



Academia Română
Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”

INTRAREA ÎN VIGOARE A NOILOR CODURI. O PRIMĂ EVALUARE

*Comunicări prezentate la Sesiunea științifică
a Institutului de Cercetări Juridice*

15 aprilie 2016
București

ISBN CD: 978-606-673-838-5

**SECȚIUNEA
DREPT PRIVAT I**

DESPRE PARTICULARITĂȚILE UNOR INSTITUȚII ALE DREPTULUI SUCESORAL ȘI DESPRE DIFICULTĂȚILE INTEGRĂRII LOR ÎN ANSAMBLUL MATERIEI MOȘTENIRII

Bogdan PĂTRAȘCU*
Ilioara GENOIU**

Abstract:

Since some time has passed indeed since the entry in force of the current Civil Code, a first evaluation would be necessary; the authors are wondering which should be the reference points for this assessment. If a theoretical examination of the legal practice already carried out under the incidence of the new regulation is too early to be done, it is not too early for instance to point out the aspects which raised controversies in the legal practice and the legal institutions about which different opinions have been expressed from one point of view or another. It could also be made an inventory of the legal institutions with features which encounter difficulties when it comes to their integration in the complex of the fields of civil law or which are difficult to reconcile with some principles of those fields. The authors stop at some of such institutions of inheritance law; they analyze for instance the relation between how a property right is acquired and how this right or a property right are proven, all of them reported at the heir certificate. Then it is considered the reinstatement of terms, with special reference at the term within which an inheritance can be accepted or rejected. Finally, authors stop at some features typical to the forced acceptance of an inheritance, particularly in terms of the extent of the accountability for inheritance liabilities belonging to the person accepting the inheritance.

Keywords: *the heir certificate, the property right, the reinstatement in option term for succession, the cancellation of legacy revocation, the forced acceptance of inheritance*

Rezumat:

Socotind că, într-adevăr, de la intrarea în vigoare a Codului civil, timpul scurs face necesară o primă evaluare, autorii se întreabă, mai întâi, care să fie reperele unei asemenea aprecieri. Dacă, în ceea ce privește un examen teoretic al practicii judecătorești pronunțate sub incidența noii reglementări este prematur a fi făcut, nu este în schimb, prea devreme, de pildă, să fie sesizate aspectele care în doctrină au născut controverse, instituțiile juridice cu privire la care, dintr-un punct de vedere sau altul, au fost exprimate păreri diferite. Se poate face, de asemenea, un inventar al instituțiilor de drept ale căror particularități prezintă dificultăți în ceea ce privește integrarea lor în ansamblul materiilor dreptului civil sau sunt greu de conciliat cu unele principii ale acestor materii. Autorii se opresc la câteva dintre asemenea instituții ale dreptului de moștenire. Se analizează, spre exemplu, relația dintre noțiunile de mod de dobândire a dreptului de proprietate, mijloc de probă a acestui drept,

* Lect. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”, București și Cercetător științific gr. II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

** Conf. univ. dr., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea Valahia din Târgoviște, ilioaragenoiu20@yahoo.fr

respectiv de titlu de proprietate, toate raportate la certificatul de moștenitor. Este, apoi, avută în vedere repunerea în termen cu privire specială la termenul de opțiune succesorală; în sfârșit autorii se opresc asupra unor trăsături specifice acceptării forțate a moștenirii, în special în ceea ce privește întinderea răspunderii pentru pasivul succesoral a celui vizat de o asemenea acceptare.

Cuvinte-cheie: *certificat de moștenitor, titlu de proprietate, repunerea în termenul de opțiune succesorală, revocarea renunțării la moștenire, acceptarea forțată a moștenirii*

1. Precizări prealabile

Timpul scurs de la intrarea în vigoare a Codului civil face, desigur, necesară, o primă evaluare. Întrebarea este următoarea: care să fie reperele unei asemenea evaluări? Într-adevăr, în legătură cu unele aspecte nu este prematur să se aprecieze consecințele reglementării date de actul normativ în discuție. Din alte puncte de vedere însă, credem că este prea devreme chiar și pentru concluzii preliminare. Așa de pildă, mai trebuie, în opinia noastră, încă așteptat pentru a desprinde un corp comun viguros și reprezentativ de soluții ale instanțelor, referitoare cel puțin la unele instituții și nu puține de drept civil și care să permită un examen teoretic concludent. Afirmția privește cu atât mai mult instituții juridice nou introduse de Codul civil în vigoare sau care au suferit prefaceri majore ale configurației lor, în comparație cu cea avută anterior. Două exemple edificatoare le constituie, în materia dreptului de moștenire, instituția reprezentării succesoriale și cea a nedemnității succesoriale. O dificultate în evaluări concludente privind practica judecătorească recentă rezidă, de asemenea, în faptul că, și ulterior intrării în vigoare a Codului civil, multe dintre litigii se poartă cu privire la moșteniri deschise anterior. Or, în considerarea principiilor care guvernează aplicarea legii civile în timp, Codul civil de la 1864 este în continuare izvorul formal pentru dreptul material aplicabil. S-ar putea face, de astă dată cu o eficiență mai mare, o evaluare privind, de exemplu, felul în care reglementările Codului civil în vigoare au fost receptate în doctrină, punctele de vedere diferite, aspectele controversate prezente în literatura juridică.

În sfârșit, s-ar putea reflecta asupra trăsăturilor specifice pe care le au unele instituții ale Codului civil și asupra dificultății integrării lor în ansamblul unor materii de drept privat, în principal de drept civil. Este și ceea ce ne-am propus cu acest prilej, cu privire specială la instituții de drept succesoral și la materia dreptului de moștenire, în ansamblul său.

2. Este certificatul de moștenitor titlu de proprietate?

S-ar părea că răspunsul afirmativ la această întrebare îl dă, fără echivoc, dispoziția cuprinsă în alin. (1) al art. 1133 C. civ., potrivit căreia „Certificatul de moștenitor face dovada calității de moștenitor, legal sau testamentar, precum și dovada dreptului de proprietate al moștenitorilor acceptanți asupra bunurilor din masa succesorală, în cota care se cuvine fiecăruia”.

Textul de lege citat este, într-adevăr, lămuritor cât privește problema pusă în discuție, însă cu o singură condiție: ca noțiunile de titlu de proprietate și de mijloc de dovadă a dreptului de proprietate să fie sinonime. Mai trebuie încă, socotim, a fi lămurit felul în care urmează să se raporteze la cei doi termeni amintiți, noțiunea de mod de dobândire a dreptului de proprietate. Aceasta deoarece, printre modurile de dobândire a proprietății, art. 557 alin. (1) C. civ. enumeră atât moștenirea legală, cât și pe cea testamentară.

În opinia noastră, deși există o suprapunere de semnificații, nu se poate însă vorbi despre sinonimie cât privește titlul de proprietate și dovada dreptului de proprietate. Aceasta, deoarece la dovada dreptului de proprietate pot concura mai multe elemente, care pot fi numite de aceea mijloace de probă, dar care nu sunt, privite *ut singuli*, titluri de proprietate¹. Certificatul de deces, de pildă, constituie mijloc de probă pentru faptul juridic al morții și, prin aceasta, pentru data la care s-a deschis moștenirea lăsată de către defunct și la care a operat transmisiunea succesorală. Certificatul de naștere, cel de căsătorie sunt, de asemenea, acte doveditoare ale calității de rudă, respectiv de soț și, în măsura în care se coroborează cu certificatul de deces menționat anterior, pot contribui la dovada dobândirii dreptului de proprietate prin moștenire legală. De altfel, moștenirea, indiferent de felul ei, *înseamnă* în singurul sens reținut de art. 953 C. civ. „... transmisiunea patrimoniului unei persoane fizice decedate către una sau mai multe persoane în ființă”. Reperele între care a operat această transmisiune – persoana decedată și cea în ființă – sunt atestate sub aspect probatoriu prin certificatul de deces, respectiv cel de naștere. Acestea probează, de asemenea – am arătat – legătura de rudenie (iar certificatul de căsătorie, dacă este cazul, calitatea de soț supraviețuitor) pe care se sprijină vocația succesorală legală. În linia acestui raționament, calificat ca dovadă a dreptului de proprietate asupra întregii mase succesorală, dacă există un singur moștenitor sau asupra cotei care se cuvine fiecăruia, în cazul existenței mai multor erezi, ni se pare că trebuie privit și certificatul de moștenitor. De altfel, chiar art. 1133 alin. (1) C. civ. precizează că, prin certificatul de moștenitor se face dovada dreptului de proprietate; acest document nu este, prin urmare calificat de textul de lege, titlu de proprietate. Credem că, pentru a fi numit astfel, un document ar trebui să se identifice, să facă corp comun, să constituie prin el însuși un mod de dobândire a proprietății. Poate fi de pildă socotit, în sens propriu, titlu de proprietate oricare dintre contractele translativ de proprietate; aceasta pentru că, în enumerarea făcută de art. 557 alin. (1) C. civ., se regăsește convenția, ca mod distinct de dobândire a proprietății. Cu această calificare juridică expresă și cu natura unui act, a unui document, contractului translativ de proprietate îi putem spune, fără rezerve, titlu de proprietate. Nu și acelor acte, înscrisuri, documente, printre care și certificatul de moștenitor, care pot contribui la dovada dreptului de proprietate, dar care nu constituie prin ele însele moduri de dobândire a proprietății. De altfel, este și greu de acceptat ca proprietatea să fie dobândită prin certificatul de moștenitor, la un moment în mod necesar ulterior dobândirii sale prin moștenire – legală sau testamentară.

Nu pot coexista două moduri de dobândire a dreptului de proprietate – moștenire și certificatul de moștenitor cu privire la una și aceeași masă succesorală. Este principalul motiv pentru care, anterior Codului civil în vigoare, certificatul de moștenitor nu constituia titlu de proprietate, ci reprezenta doar un mijloc de dovadă a calității de moștenitor². Situația, după cum rezultă din cele ce preced, nu credem că s-a schimbat în mod esențial, chiar dacă prin lege, în mod expres s-a prevăzut calitatea de mijloc de dovadă a proprietății

¹ A se vedea și Chirică D., *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 547, potrivit căruia certificatul de moștenitor este un act constatator (probator), ce poate fi eliberat oricând, titlul translativ de proprietate *mortis causa* constituindu-l, după caz, moștenirea legală, testamentară sau convențională, cu efecte de la data deschiderii moștenirii.

² Pentru această perspectivă a discuției, a se vedea de pildă, Leș I., *În legătură cu natura juridică și puterea doveditoare a certificatului de moștenitor, precum și cu acțiunea în anulare a acestuia*, în Dreptul nr. 11/1997, p. 48. În același sens este și practica judecătorească (a se vedea, de exemplu, Tribunalul județean Suceava, decizia nr. 162/1982, în RRD nr. 1/1983, p. 62, în Turianu C., *Succesiunile și partajul succesoral. Culegere de practică judiciară*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 317; este relevant și comentariul autorului, acolo făcut).

pentru certificatul de moștenitor. Că acesta nu înseamnă și titlu de proprietate mai rezultă, de asemenea, din faptul că, potrivit art. 1133 alin. (1) C. civ., certificatul de moștenitor dovedește proprietatea numai în cazul moștenitorilor *acceptanți*. Altfel spus, pentru dovada dreptului de proprietate se mai cere, în afara certificatului de moștenitor, încă un act juridic, cel de acceptare a moștenirii.

Dovada dreptului de proprietate presupune nu numai dovada existenței acestui drept asupra unei mase patrimoniale – moștenirea – dar înseamnă și identificarea titularilor dreptului, a moștenitorilor. Or, aceștia nu sunt toți cei care îndeplinesc condițiile pentru a moșteni pe defunctul în cauză, toți succesibili, ci numai aceia dintre ei care au acceptat succesiunea, devenind din succesibili succesori. Așa fiind, deși înscriși în certificatul de moștenitor, nici renunțătorii, nici persoanele străine de moștenire din alte rațiuni, de pildă nedemnii ori cei decăzuți din dreptul de opțiune neexercitat în termen nu vor fi printre titularii dreptului de proprietate asupra moștenirii. Pentru această din urmă calitate se cere, așadar, și actul lor de acceptare, act care, împreună cu certificatul de moștenitor, vor dovedi proprietatea atât în ceea ce privește obiectul dreptului, dar și – aspect de asemenea esențial – pe titularii săi.

De altfel, pe lângă întregirea firească a demersului probatoriu în privința proprietății, cu identificarea, în afară de obiectul dreptului, a titularilor acestuia, a proprietarilor, în cazul certificatului de moștenitor apare o proprietate suplimentară, anume de precizare a termenilor concreți ai moștenirii. Pornind de la un mod generic de dobândire a proprietății, prin intermediul certificatului de moștenitor se precizează dobânditorii efectivi ai patrimoniului defunctului, altfel spus beneficiarii transmisiunii. De altfel moștenirea, în principal cea legală, căci aici acționează cele trei principii consacrate ale devoluțiunii succesoriale, reprezintă singurul mod de dobândire în care, la momentul în care operează, nu se cunoaște cu siguranță care sunt persoanele către care se face transferul proprietății. Certificatul de moștenitor, pe lângă, și chiar înainte de a dovedi dreptul de proprietate, apare ca „un codicil”, necesar pentru identificarea la un caz dat, pentru determinarea datelor concrete a ceea ce în mod generic se numește transmisiune succesorală, moștenire.

Cât privește celălalt sens al moștenirii, anume de masă succesorală, de patrimoniu transmis, deși necuprins în definiția dată de art. 953 C. civ., este neîndoielnic. Dacă, de pildă, rezerva succesorală și cotitatea disponibilă sunt părți ale moștenirii, prin aceasta se înțelege ale lăsamântului succesoral. La fel, dacă sezina este un beneficiu al unora dintre moștenitorii legali de a stăpâni în mod legitim moștenirea, din chiar clipa deschiderii sale. Acest sens al moștenirii, din perspectiva dovezii dreptului de proprietate, prezintă cel mai mare interes. Aceasta, pentru că este vizată, nu dovada titularilor dreptului, ci chiar a obiectului său. Și în această ordine de idei, merită a fi subliniată, în primul rând, accepțiunea de universalitate de drept a moștenirii, de ansamblu de elemente patrimoniale, active și pasive. Pe de altă parte, nu poate fi ignorat conținutul concret al acestei universalități, elementele sale. Sunt, în esență, coordonate ce rezultă dintr-o clasificare consacrată a bunurilor, în singulare, izolate și universalități de bunuri. Întrebarea este următoarea: certificatul de moștenitor face dovada atât a ansamblului, cât și a componentelor sale, ori numai a întregului pe care îl reprezintă moștenirea? S-ar putea răspunde în sensul celei dintâi ipoteze, arătându-se că, pe lângă dobândirea întregului patrimoniu transmis, pe care o atestă, în certificat fiind trecute și principalele bunuri ale moștenirii, putem vorbi și despre dovada elementelor concrete ale universalității juridice.

La concluzia contrară s-ar putea ajunge, de pildă, prin invocarea referirii din art. 1133 alin. (1) C. civ. la dovada *cotei* cuvenite fiecărui moștenitor, este adevărat din *bunurile* aflate

în masa succesorală³. Referirea la dovada cotei-părți a fiecărui moștenitor (înțelegem noi, din moștenire) ar pleda în sensul că certificatul de moștenitor este mijloc de probă pentru universalitate, pentru moștenire în întregul acesteia. Apoi, ne putem întreba: în situația în care puterea doveditoare vizează și elemente concrete ale moștenirii, fiecare bun în parte, cât de consistentă ar fi această putere, de vreme ce, în cuprinsul certificatului de moștenitor sunt, de regulă, trecute principalele bunuri ale succesiunii; restul acestora fiind, probabil, desemnat prin formulări precum „și altele” sau „etcetera”? Cu privire la aceste bunuri, constituie certificatul de moștenitor un mijloc de probă solid?

Iată numai câteva aspecte, care merită în opinia noastră a fi păstrate în atenție, în scopul găsirii celor mai adecvate răspunsuri și soluții.

În literatura juridică⁴, pesemne pentru a fi conciliată o posibilă coexistență a două titluri de proprietate cu privire la unul și același patrimoniu transmis – moștenirea legală și certificatul de moștenitor – acesta din urmă a fost calificat ca un titlu *lato sensu*, care ar constata îndeplinirea cerințelor pentru ca titlul de proprietate *stricto sensu* să producă efecte, iar acest titlu în sens strict, propriu-zis ar fi ceea ce art. 557 alin. (1) C. civ. reține sub denumirile de moștenire legală și testamentară. În această viziune, pare a se pune în raport de echivalență titlul de proprietate cu modul de dobândire a proprietății, chiar dacă acesta din urmă, nu este neapărat un act juridic, un document. Ca în cazul în care de pildă, dobândirea proprietății se sprijină pe o stare de fapt, pe posesie, fie numai pe cea de bună-credință în cazul bunurilor mobile, ori chiar și pe cea de rea-credință, dar utilă, cum se întâmpla potrivit Codului civil de la 1864 în cazul dobândirii proprietății asupra imobilelor prin uzucapiune⁵. Este însă o perspectivă care se îndepărtează, credem noi, de sensul propriu al noțiunii de titlu, anume acela de document, de act juridic. Aceasta se poate însă sprijini pe formularea consacrată de Codul civil francez potrivit căreia posesia bunurilor

³ Apreciem că formularea articolului 1133 alin. (1) C. civ. este deficitară, atunci când vorbește despre „(...) dovada dreptului de proprietate al moștenitorilor acceptanți *asupra bunurilor din masa succesorală, în cota care se cuvine fiecăruia*” (s.n.: B.P., I.G.). Într-adevăr, cota-parte a fiecărui moștenitor este din masa succesorală în întregul ei, nu din bunurile aflate în masa succesorală. Formularea textului de lege pare că ar vorbi despre o cotă-parte pe care fiecare moștenitor ar avea-o din fiecare bun al moștenirii și asupra acestei cote-părți ar face dovada proprietății certificatul de moștenitor. Ar fi profund eronat, căci, anterior efectuării partajului, există starea de indiviziune succesorală. Este o proprietate comună pe cote-părți, cu singura particularitate că nu poartă, asemenea coproprietății, asupra unui bun singular, ci asupra unei universalități. Câtă vreme indiviziunea există, ceea ce știe fiecare moștenitor este cota-parte ideală de drept; el nu cunoaște însă asupra căroră dintre bunurile întregului, ale moștenirii poartă această cotă-parte ideală. De aceea, într-o formulare consacrată, cota-parte se găsește în fiecare moleculă a fiecăruia dintre bunurile moștenirii. Nicidecum nu poate fi identificată la nivelul fiecăruia dintre bunurile patrimoniului succesoral. Dacă, de exemplu, fiecare dintre cei 3 copii ai defunctului, moștenește 1/3, cota vizează universalitatea. Când va înceta indiviziunea, fiecare dintre cei 3 copii va deveni proprietar exclusiv al bunurilor care, în urma partajului, i-au revenit potrivit cotei de 1/3 din moștenire. *Această cotă* nu privește fiecare bun în parte, ci întregul; dacă n-ar fi așa, ar însemna, paradoxal, că indiviziunea, ca modalitate a dreptului de proprietate asupra moștenirii în ansamblu, ar fi alcătuită dintr-o sumă aritmetică de coproprietăți, ce ar purta câte una asupra fiecăruia dintre bunurile moștenirii.

⁴ Macovei C., Dobrilă M.C., în Baiaș Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coordonatori), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1177-1178.

⁵ Uzucapiunea este o instituție care a suferit, potrivit Codului civil în vigoare, mutații profunde ale regimului său juridic. „Dispozițiile privitoare la uzucapiune cuprinse în Codul civil de la 1864 se aplică pentru posesiile în curs ale căror termene pentru uzucapiune nu s-au împlinit până la intrarea în vigoare la 1 octombrie 2011 a Codului civil actual” (Uliescu M., Gherge A., *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 192. Lucrarea prezintă sintetic și actualul regim juridic al uzucapiunii – p. 189-195).

mobile valorează titlu. Este de asemenea meritorie⁶ sublinierea complexității certificatului de moștenitor din unghiul mențiunilor a căror probă o face, acest document apărând din această perspectivă, *lato sensu*, dar, credem, într-un mod aproximativ, ușor impropriu, titlu de proprietate.

Toate aceste probleme se pun, credem și ar trebui să primească aceleași soluții și în ceea ce privește certificatul european de moștenitor, reglementat de Regulamentul UE nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor⁷. Acest tip de certificat, a cărui utilizare nu este obligatorie, ar putea fi eliberat în cazul moștenirilor cu element de extraneitate și nu se substituie certificatului național de moștenitor⁸. Acesta este destinat utilizării de către moștenitori, de către executori testamentari sau administratori ai patrimoniului succesoral, care trebuie să își dovedească într-un alt stat membru statutul sau să își exercite dreptul respectiv de moștenitor și/sau atribuțiile de executor testamentar ori administrator al patrimoniului succesoral.

Potrivit art. 63 alin. (2) din Regulamentul UE, „certificatul poate fi utilizat, în special, pentru a proba unul sau mai multe dintre următoarele: a) statutul și/sau drepturile fiecărui moștenitor, sau, după caz, ale fiecărui legatar menționat în certificat și cotele-părți respective din patrimoniul succesoral; b) atribuirea unui bun anume sau a anumitor bunuri care fac parte din patrimoniul succesoral moștenitorului/moștenitorilor sau, după caz, legatarului menționat (legatarilor menționați) în certificat; c) atribuțiile persoanei menționate în certificat ca executor testamentar sau ca administrator al patrimoniului succesoral”.

Se pare, astfel, că și certificatul european de moștenitor reprezintă, ca și cel național, un mijloc de dovadă a calității de moștenitor și a dreptului de proprietate al moștenitorilor asupra bunurilor din masa succesorală, în cota care se cuvine fiecăruia.

3. Succinte considerații cu privire la conduita în planul opțiunii succesoriale a succesibilului repus în termen

Potrivit art. 1103 alin. (3) C. civ., termenului de un an pentru exercitarea dreptului de opțiune succesorală, reglementat de alin. (1) al aceluiași text de lege, îi sunt aplicabile prevederile referitoare la suspendarea și repunerea în termenul de prescripție extinctivă. Aceasta, deși dreptul de opțiune succesorală este unul subiectiv și nu un drept la acțiune în sens material și cu toate că, în consecință, termenul de un an pentru opțiune este de decădere și nu de prescripție. Soluția este socotim corectă, prezervându-se, pe de o parte, natura dreptului de opțiune, dar și cea a termenului de exercitare a acestui drept, iar, pe de alta, făcând posibilă manifestarea de voință a succesibilului, cel puțin în sensul însușirii titlului de erede, dacă nu și de repudiare a acestui titlu, prin renunțare. Și aceasta, cu toate că termenul de un an socotit, ca regulă, de la data deschiderii moștenirii, nu a fost respectat. Avem în vedere aici ipoteza existenței unor motive temeinice pentru care nu s-a optat în

⁶ Macovei C., Dobrilă M.C., în *op. cit.*, p. 1178.

⁷ Disponibil la adresa electronică <http://eur-lex.europa.eu>. Cea mai mare parte a prevederilor acestui Regulament au devenit aplicabile la data de 17 august 2015. Art. 79, 80, 81, respectiv art. 77 și 78 din acest act normativ au intrat în vigoare în data de 5 iulie 2012, respectiv în data de 16 noiembrie 2014.

⁸ Popescu D.A., *Ghid de drept internațional privat în materia succesiunilor*, Ed. Magic Print, Onești, 2014, p. 101.

termen și, cu toate acestea, în absența remediei judecătorești al repunerii în termen, ar fi atras pentru succesibil calitatea nedorită de persoană străină de moștenire.

Problema care se pune atât din punct de vedere teoretic, dar și în fața instanțelor de judecată este următoarea: are succesibilul repus în termen exercițiul opțiunii succesorală cu ambele sale laturi? Altfel spus, va putea acesta, fie să accepte, fie să renunțe? Sau, dimpotrivă, cel repus în termen este socotit, prin efectul hotărârii judecătorești, acceptant? Dacă repunerea este în *termenul de opțiune*, ar însemna că reînvie ambele posibile conduite – este adevărat – diametral opuse, în planul opțiunii succesorală.

Ne-am putea pune însă întrebarea cui folosește o asemenea soluție? Puțin probabil succesibilului, căci scopul solicitării sale era tocmai în sensul de a nu pierde calitatea de moștenitor, de a o dobândi și păstra ca efect al unui act de acceptare pe care să-l poată face. Este adevărat că, dacă soluția instanței care a decis repunerea în termen ține loc de acceptare, s-ar părea că aceasta se abate de la natura sa specifică de manifestare de voință a succesibilului, de act juridic al acestuia. Nu poate fi însă socotit un asemenea act, chiar cererea sa de a fi repus în termen? Nu se poate, de asemenea, aprecia că instanța a încuviințat cererea și a considerat-o ca acceptare făcută în timp util, prin efectul admiterii repunerii în termen?

Nu interesează, din perspectiva întinderii răspunderii moștenitorului pentru pasivul succesoral, nici felul acceptării. În această privință a fost reglementat principiul răspunderii *intra vires hereditatis*, în limita activului moștenirii, fără ca aplicarea lui să depindă de dreptul subiectiv sau de actul juridic de opțiune succesorală. Este și motivul pentru care Codul civil în vigoare nu mai reglementează, cum o făcea Codul civil de la 1864, acceptarea sub beneficiu de inventar. Așa fiind, argumentul că repunerea în termen valorând acceptare l-ar priva pe cel vizat de posibilitatea unei acceptări beneficiare, care să-l pună la adăpost de a răspunde cu propriile-i bunuri pentru excesul de datorii ale defunctului, n-ar mai fi actual.

Mutatis mutandis, o situație asemănătoare exista și în situația retractării renunțării, act posibil de făcut în anumite condiții de cel care renunțase la moștenire. Codul civil de la 1864 nu preciza dacă, în ipoteza retractării renunțării renaștea dreptul de opțiune în întregul său sau, dimpotrivă, retractarea renunțării valora și acceptare. În tăcerea legii, problema a fost controversată. Deși opinia majorității autorilor, precum și practica judecătorească erau în sensul semnificației de acceptare tacită a retractării renunțării și soluția contrară avea unele puncte de sprijin temeinice, printre care faptul că nu se refuza numai o nouă renunțare la moștenire, ci și o acceptare sub beneficiu de inventar. Într-adevăr, aceasta era un act juridic solemn, ale cărei exigențe nu puteau fi îndeplinite de actul de retractare a renunțării, care ar fi primit și valența acceptării. Codul civil în vigoare, sub denumirea de revocare a renunțării, reglementează ceea ce sub imperiul Codului civil de la 1864 se numea retractare. Noutatea este că, potrivit art. 1123 alin. (2) C. civ., „Revocarea renunțării valorează acceptare...”. Revenind la problema inițial pusă, întrebăm: față de consacrarea expresă citată, poate fi susținută cu temei, *per a contrario*, renașterea dreptului de opțiune cu ambele sale laturi – acceptare, renunțare – pentru cel repus în termen? Credem că nu, pentru identitate de rațiuni impunându-se aceeași soluție ca în cazul revocării renunțării. În caz contrar, ni se pare că, în beneficiul unei rigori teoretice, necesară fără îndoială, dar nu excesive, s-ar îngreuna fără vreun folos exercițiul dreptului de opțiune succesorală.

4. Acceptarea forțată și răspunderea pentru pasivul succesoral *ultra vires hereditatis*

Ne-am ocupat mai amănunțit de instituția acceptării forțate cu alt prilej⁹. Vom spune aici, numai că este vorba despre o sancțiune ce se aplică succesibilului, care în mod fraudulos a ascuns bunuri ale moștenirii ori o donație supusă raportului sau reducțiunii, cu scopul de a și le însuși în exclusivitate și cu consecința păgubirii comoștenitorilor sau creditorilor succesiunii.

Potrivit art. 1119 alin. (2) C. civ., moștenitorul cu o asemenea conduită „ (...) este ținut să plătească datoriile și sarcinile moștenirii proporțional cu cota sa din moștenire, *inclusiv cu propriile sale bunuri*” (subl. ns.: B.P., I.G.). Întrebarea care se pune este dacă se justifică, în situația enunțată, răspunderea chiar și *ultra vires hereditatis*. Aceasta în timp ce, prin art. 1114 alin. (2) C. civ., se consacră, în privința întinderii răspunderii pentru pasivul moștenirii, principiul limitării acesteia la activul succesoral. Condițiile și consecințele sancțiunii acceptării forțate n-ar fi trebuit, cu mai mult temei, să existe și să acționeze în limitele principiului enunțat? Credem în răspunsul afirmativ cu atât mai mult cu cât, în reglementarea Codului civil de la 1864, răspunderea moștenitorului vinovat, chiar cu propriile-i bunuri era consecința decăderii acestuia din beneficiul de inventar, dacă făcuse o acceptare beneficiară sau dacă nu, a imposibilității lui de a se mai proteja printr-o asemenea formă de acceptare. În prezent însă – am arătat – limitarea răspunderii moștenitorului pentru pasiv la activul succesoral nu mai este în relație cu opțiunea succesorală, ci constituie un principiu cât privește întinderea răspunderii.

⁹ Pătrașcu B., Genoiu I., *Aspectele esențiale ale opțiunii succesorale potrivit noului Cod civil*, în Uliescu M. (coordonator), „Noul Cod civil. Studii și comentarii”, volumul II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 936-938.

OBSERVAȚII CRITICE PRIVIND SOLUȚIILE OFERITE DE INSTITUȚIA ÎNDEPĂRTĂRII EFECTELOR NEDEMNITĂȚII SUCCESORALE

Liviu-Bogdan CIUCĂ*

Abstract:

„In our judgment, we must not forget, as I said before, that the laws of foreign origin by its amendments, through doctrine and developed jurisprudence and through implementation in time ...were romanized”¹.

Based on those written 56 years ago by A. Rădulescu, we find that nothing has changed and so today, when we go through a period of profound legislative changes, in the same way we get inspired by the laws of other states, Romanizing by partial importing of the rule, by application and not least by doctrine, which traditionally does not belong to national legislation.

In this material we want to emphasize and to analyze some aspects of successional unworthiness and introducing the possibility of forgiveness of unworthy and to remove the effects of unworthy to inherit.

We appreciate the dedication of unworthiness institution under judicial unworthiness and legal unworthiness and the possibility of forgiveness of unworthy of inheritance by the author of succession, but at the same time we criticize the Romanian legislator excessive prudence, prudence exercised in matter of forgiveness of the successional unworthiness and removal of the effects to inherit. Even if on the date of the debates that took place during the procedure for amendment and approval of the project on the Romanian Civil Code the prudence proved to be an attitude often beneficial in matters of removing the effects of unworthy to inherit, the prudence proved to be uninspired, practically eliminating the legal normal by the possibility to cover all situations encountered in real life.

Keywords: the unworthiness institution, Civil Code, effects, inheritance

Rezumat:

„În judecata noastră, nu trebuie să uităm, cum am mai spus, că legile de origine străină, prin modificările aduse, prin doctrină și jurisprudență dezvoltată și prin aplicare în timp ...s-au românizat”².

Plecând de la cele scrise în urmă cu 56 de ani de A. Rădulescu, putem constata că nimic nu s-a schimbat și astfel, astăzi când parcurgem o perioadă cu profunde modificări legislative, în același fel ne inspirăm din legislația altor state, românizând prin importul parțial al normei, prin aplicare și nu în ultimul rând prin doctrină, ceea ce nu aparține în mod tradițional legislației naționale.

În prezentul material dorim să scoatem în evidență și să analizăm unele aspecte ale nedemnității succesoriale și a introducerii posibilității de iertare a nedemnului și de înlăturare a efectelor nedemnității de a moșteni.

* Prof. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Universitatea „Dunărea de Jos”, Galați

¹ Rădulescu A., *Pagini din Istoria Dreptului Românesc*, Ed. Academiei RSR, 1970, p. 69.

² Idem.

Apreciam consacrarea instituției nedemnității sub forma nedemnității judiciare și nedemnității de drept și a posibilității iertării nedemnului succesor al de către autorul succesiunii, dar în același timp criticăm prudența excesivă a legiuitorului român, prudență manifestată în materia iertării nedemnității succesorale și a înlăturii efectelor de a moșteni. Chiar dacă la data dezbaterilor ce au avut loc în cursul procedurii de amendare și adoptare a proiectului privind Codul civil al României prudența s-a dovedit o atitudine de multe ori benefică, în materia înlăturării efectelor nedemnității de a moșteni prudența s-a dovedit neinspirată, amputând practic norma legală de posibilitatea acoperirii tuturor situațiilor întâlnite în viața reală.

Cuvinte-cheie: nedemnitate succesoră, Cod Civil, efecte, moștenire

„Plecându-se urechea la nevoile, la credințele și la nădejdiile vremii, principii noi au fost altoite pe bătrânul trunchiu al codului actual, reforme au fost introduse, făcându-se să treacă prin vechile texte suflul larg al ideilor democratice moderne.

Alcătuind în felul acesta, în respectul tradiției, dar totuși însoțit de un îndrăzneț spirit de reformă, proiectul de cod civil, înfățișare nouă a codului Napoleon, punct de ajungere al unei evoluțiuni, iar nu întrerupere brutală a firului istoriei, tocmai fiindcă se sprijină pe experiența trecutului, va fi – nădăjduim – destul de trainic pentru ca, înfruntând timpul, să poată cuprinde în cadrul așezărilor sale multe decenii de acum înainte, vieța viitoare a neamului nostru.

În această credință îl supunem discuției d-voastre”.

Plecând de la cele scrise de George Plastara³ legislația națională dar și eforturile de modificare și reformare ale acesteia au fost și sunt dominate atât de tradiția și cultura judiciară națională, cât și de nevoia de rezolvare a unor probleme noi regăsite în viața de zi cu zi, apărute ca urmare a dezvoltării și modernizării relațiilor sociale și a asumării unor obiective naționale sau comunitare. Astfel, modificarea Codului civil român reprezintă un efort comun, în lucrarea sa „Codex Iuris Civilis”⁴ autorul acesteia, prof. univ. dr. Marian Nicolae expunând o radiografie fidelă a întregii proceduri ce a avut ca rezultat adoptarea Codului civil. Lucrarea de față dorește să supună dezbaterii și analizei instituția nedemnității succesorale și posibilitatea îndepartării efectelor nedemnității de a moșteni, așa cum au fost ele introduse în Codul civil român printr-o preluare parțială și criticabilă din legislația provinciei Quebec.

Spre deosebire de Codul civil de la 1864 care dedică materiei moștenirii și liberalităților art. 651-941 nestructurate și dispersate în Cartea a III-a „Despre diferitele moduri prin care se dobândește proprietatea”, Codul civil în vigoare dedică acestei materii Cartea a IV-a denumită „Despre moșteniri și liberalități” alocând materiei articole începând cu 953 și până la 1163. În această Carte, la Capitolul II se stabilesc condițiile generale ale dreptului de a moșteni consacrând prin art. 957 alin. (1) C. civ. regula generală a capacității succesorale: „o persoană poate moșteni dacă există la momentul deschiderii moștenirii.” Precizăm că art. 36 C. civ. menționează că drepturile succesorale sunt recunoscute și în drepturile copilului nenăscut dacă, condiția de a se naște viu este îndeplinită. Și în privința moștenirii, Codul civil francez și Codul civil din Quebec și-au pus amprenta influențând prezentarea nedemnității de a moșteni sub forma nedemnității de drept și a nedemnității judiciare. Precizarea

³ Plastara G., *Curs de drept civil român*, vol. III, *Succesiuni și liberalități*, Ed. Cartea românească, București, 1925, p. 9.

⁴ Marian Nicolae, *Codex Iuris Civilis*, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

prevederilor art. 957 alin. (2) C. civ. prin care se dă posibilitatea nedemnului de a fi iertat de autorul succesiunii și, pe cale de consecință, efectele nedemnității să fie îndepărtate este parte din subiectul abordat, considerând că introducerea acestei posibilități este una benefică dacă preluarea doar parțială a acesteia din Codul civil al provinciei Quebec și prudența excesivă a legiuitorului în materie s-a dovedit neinspirată. Atât nedemnitatea de drept consacrată de art. 958 C. civ., cât și nedemnitatea judiciară reglementată de art. 959 C. civ., generează și o situație cvasi-inedită prin care o instanță de drept civil va trebui să apeleze la un probatoriu și o procedură specifică instanței penale care să conducă la sancțiunea civilă a nedemnității succesoriale.

Nedemnitatea de drept

„(1) Este de drept nedemnă de a moșteni:

a) persoana condamnată penal pentru săvârșirea unei infracțiuni cu intenția de a-l ucide pe cel care lasă moștenirea;

b) persoana condamnată penal pentru săvârșirea, înainte de deschiderea moștenirii, a unei infracțiuni cu intenția de a-l ucide pe un alt succesibil care, dacă moștenirea ar fi fost deschisă la data săvârșirii faptei, ar fi înlăturat sau ar fi restrâns vocația la moștenire a făptuitorului.

(2) În cazul în care condamnarea pentru faptele menționate la alin. (1) este împiedicată prin decesul autorului faptei, prin amnistie sau prin prescripția răspunderii penale, nedemnitatea operează dacă acele fapte au fost constatate printr-o hotărâre judecătorească civilă definitivă.

(3) Nedemnitatea de drept poate fi constatată oricând, la cererea oricărei persoane interesate sau din oficiu de către instanța de judecată ori de către notarul public, pe baza hotărârii judecătorești din care rezultă nedemnitatea”⁵.

Din prezentarea acestui text vrem să evidențiem în mod special alin. (2) care stabilește că „în cazul în care condamnarea pentru faptele menționate la alin. (1) este împiedicată prin decesul autorului faptei, prin amnistie sau prin prescripția răspunderii penale, nedemnitatea operează dacă acele fapte au fost constatate printr-o hotărâre judecătorească civilă definitivă”⁶. Apreciem că acest text aliniază practic instituția nedemnității succesoriale la exigențele în materie a Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO) așa cum aceste exigențe se impun prin hotărârea pronunțată în cazul *Velcea și Mazăre c. României*⁷. Este interesant aspectul care a condus la adoptarea textului care dă posibilitatea ca fapte de natură penală să fie constatate printr-o hotărâre judecătorească civilă definitivă, ca urmare a instrumentării de către o instanță civilă a unui probatoriu specific instanțelor penale.

Nedemnitatea judiciară

Nedemnitatea judiciară reglementată de art. 959 C. civ. stabilește că:

„(1) Poate fi declarată nedemnă de a moșteni:

a) persoana condamnată penal pentru săvârșirea, cu intenție, împotriva celui care lasă moștenirea a unor fapte grave de violență, fizică sau morală, ori, după caz, a unor fapte care au avut ca urmare moartea victimei;

⁵ Art. 958 Cod civil.

⁶ Art. 958 alin. (2) Cod civil.

⁷ CEDO, Hotărârea pronunțată în Cauza Velcea și Mazăre c. României (Cererea nr. 64.301/01), publicată în M. Of. nr. 373 din 7 iunie 2010.

b) persoana care, cu rea-credință, a ascuns, a alterat, a distrus sau a falsificat testamentul defunctului;

c) persoana care, prin dol sau violență, l-a împiedicat pe cel care lasă moștenirea să întocmească, să modifice sau să revoce testamentul.

(2) Sub sancțiunea decăderii, orice succesibil poate cere instanței judecătorești să declare nedemnită în termen de un an de la data deschiderii moștenirii. Introducerea acțiunii constituie un act de acceptare tacită a moștenirii de către succesibilul reclamant.

(3) Dacă hotărârea de condamnare pentru faptele prevăzute la alin. (1) lit. a) se pronunță ulterior datei deschiderii moștenirii, termenul de un an se calculează de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare.

(4) Atunci când condamnarea pentru faptele menționate la alin. (1) lit. a) este împiedicată prin decesul autorului faptei, prin amnistie sau prin prescripția răspunderii penale, nedemnită se poate declara dacă acele fapte au fost constatate printr-o hotărâre judecătorească civilă definitivă. În acest caz, termenul de un an curge de la apariția cauzei de împiedicare a condamnării, dacă aceasta a intervenit după deschiderea moștenirii.

(5) În cazurile prevăzute la alin. (1) lit. b) și c), termenul de un an curge de la data când succesibilul a cunoscut motivul de nedemnită, dacă această dată este ulterioară deschiderii moștenirii.

(6) Comuna, orașul sau, după caz, municipiul în a cărui rază teritorială se aflau bunurile la data deschiderii moștenirii poate introduce acțiunea prevăzută la alin. (2), în cazul în care, cu excepția autorului uneia dintre faptele prevăzute la alin. (1), nu mai există alți succesibili. Dispozițiile alin. (2)-(5) se aplică în mod corespunzător.”

Constatăm în urma acestei dispoziții că sunt reglementate limitativ trei cazuri care generează situații de nedemnită succesorală judiciară. Textul alin. (4) al articolului 959 C. civ. al acestui articol menține soluția pe care o regăsim în alin. (2) al art. 958, și anume „sub sancțiunea decăderii, orice succesibil poate cere instanței judecătorești să declare nedemnită în termen de un an de la data deschiderii moștenirii. Introducerea acțiunii constituie un act de acceptare tacită a moștenirii de către succesibilul reclamant” și în această situație apreciem că legiuitorul din dorința pe de-o parte de a conserva sensul nedemnității succesoriale dar și de a pune pe de altă parte textul Codului civil în acord cu exigentele CEDO⁸, plasează în aceeași situație cvasi-inedită instanța civilă care va trebui să apeleze la o procedură și un probatoriu specific instanței penale pentru a pronunța o condamnare judecătorească civilă definitivă.

Înlăturarea efectelor nedemnității succesoriale

Subliniem încă de la început că introducerea posibilității de a înlătura efectele nedemnității succesoriale consolidează respectul față de voința autorului succesiunii și vine să rezolve o problemă reală și concretă. Chiar dacă este evidentă și se constată cu ușurință inspirația legiuitorului român în materia îndeplinirii efectelor nedemnității de a moșteni din legislația Codului civil al provinciei Quebec, preluarea doar parțială a art. 620 din acest cod și renunțarea la pct. 2 al acestui articol apreciem că este o abordare criticabilă. Considerăm că voința autorului succesiunii este mai puternică și mai presus de opiniile sau considerentele celor care nu au legătură cu succesiunea și că dacă în realitate, în fapt, între autorul succesiunii și nedemnității a intervenit iertarea, relația dintre aceștia va trebui reabilitată nu numai din perspectivă familială sau socială, ci și din perspectiva drepturilor și

⁸ CEDO, Hotărârea pronunțată în Cauza Velcea și Mazăre c. României (Cererea nr. 64.301/01), publicată în M. Of. nr. 373 din 7 iunie 2010.

a capacității succesoriale. Precizăm că, a mai existat o încercare de modificare a acestei materii prin modificarea Codului civil de la 1864, Cod civil ce nu reglementează această instituție, încercare semnalată și evidențiată de dr. Mircea Dan Bob în lucrarea „Probleme de moșteniri în vechiul și în noul Cod civil”, Editura Universul Juridic, 2012⁹.

În această lucrare se menționează că art. 815 alin. (2) dorea să creeze posibilitatea iertării nedemnului printr-un text destul de apropiat ca și redactare, de reglementarea consacrată de Codul civil în vigoare. Astfel, inițiativa de modificare a art. 915 alin. (2) propunea ca „cei vinovați de fapte de nedemnitate sunt totuși admiși la succesiune dacă defunctul i-a iertat în mod expres printr-un act autentic sau prin testament”¹⁰. Cu toate aceste încercări, clarificarea relației dintre autorul succesiunii și nedemnul iertat de către acesta s-a reușit prin preluarea în Codul civil în vigoare a art. 622 din Codul civil din Quebec. Criticabilă este totuși, în opinia noastră, preluarea parțială a reglementărilor ce au în vedere îndepărtarea efectelor nedemnității, deoarece textul din Codul civil în vigoare, spre deosebire de textul Codului civil al provinciei Quebec, stabilește că simpla gratificare a nedemnului nu dă posibilitatea acestuia să vină la moștenire și că în această materie trebuie ca autorul succesiunii să precizeze clar, expres și fără echivoc că iartă nedemnul și dorește îndepărtarea efectelor nedemnității. Astfel, reținerea legiuitorului român spre deosebire de soluția legiuitorului din Quebec este precizată de art. 961 C. civ. care în teza finală stabilește că „fără o declarație expresă, nu constituie înlăturarea efectelor nedemnității legatul lăsat nedemnului după săvârșirea faptei care atrage nedemnitatea”¹¹. Apreciem critic limitarea condițiilor procedurale a efectelor nedemnității doar la *declarațiile exprese prin acte autentice notariale* sau prin *legate testamentare valabile*. Considerăm că această limitare lasă fără soluție și acoperire situații pe care în mod natural și uzual le regăsim în viața de zi cu zi. În formularea acestei critici avem în vedere ipoteza în care din lipsă de informare, datorită gradului de educație sau locației unde își duce existența autorul succesiunii nu a îndeplinit cu rigoare condițiile impuse de art. 961 alin. 1 C. civ.¹² dar cu toate acestea, în fapt între autorul succesiunii și nedemn a intervenit iertarea, fapt cunoscut public de întreaga comunitate. În ipoteza prezentată, chiar dacă iertarea intervenită între *de cuius* și succesorul nedemn este de notorietate în comunitatea în care cei doi conviețuiesc și chiar dacă există posibilitatea concretă a demonstrării existenței iertării intervenită între cei doi prin documente, martori, sau alte mijloace de probă, neîndeplinirea condițiilor excesive pe care Codul civil le-a impus în materie, va bloca practic voința autorului succesiunii în raport cu moștenitorul declarat nedemn dar care a fost iertat.

Propuneri de lege ferenda

Considerăm că, dacă pe fond suntem de acord că autoritatea pe care o are *de cuius* în raport cu moștenirea și moștenitorii acestuia este valoarea pe care trebuie să o conservăm, în cazul în care după momentul săvârșirii faptei care conduce la nedemnitatea succesorală, între viitorul autor al moștenirii și moștenitorul nedemn a intervenit iertarea, lipsa unei declarații exprese sau a unei prevederi testamentare explicite care să menționeze iertarea și

⁹ Dr. Bob M.D., *Probleme de moșteniri în vechiul și noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 108-109.

¹⁰ *Ibidem*, p. 109.

¹¹ Alin. 1 art. 961 C. civ.

¹² Efectele nedemnității de drept sau judiciare pot fi înlăturate expres prin testament sau printr-un act autentic notarial de către cel care lasă moștenirea. Fără o declarație expresă, nu constituie înlăturare a efectelor nedemnității legatul lăsat nedemnului după săvârșirea faptei care atrage nedemnitatea.

Înlăturarea efectelor nedemnității de a moșteni nu poate bloca și amputa voința reală a autorului succesiunii. De aceea, apreciem că o hotărâre judecătorească poate constata, folosind toate mijloacele de probă prevăzute de lege, că între autorul succesiunii și moștenitorul nedemn a intervenit iertarea și, pe cale de consecință, efectele nedemnității sunt îndepărtate. Avem în vedere situația prin care împăcarea dintre cei doi este dovedită prin declarațiile martorilor care cunosc că cei doi s-au împăcat, că au locuit împreună și chiar cel considerat nedemn i-a oferit îngrijire, afecțiune și sprijin viitorului autor al succesiunii și ca urmare a acestui comportament împăcarea dintre cei doi a devenit un fapt recunoscut de comunitatea în care cei doi își desfășoară existența. Apreciam că, într-o asemenea ipoteză, instanța se poate pronunța, sesizată fiind pentru îndepărtarea efectelor nedemnității chiar de către nedemnul însuși, de creditorii acestuia sau de orice altă persoană interesată și care la solicitarea instanței ar putea prezenta martori care să susțină că în fapt a intervenit iertarea între cei doi sau documente justificative prin care să se demonstreze că cel considerat nedemn i-a furnizat autorului succesiunii pe când acesta era în viață, după săvârșirea faptelor ce au condus la nedemnitatea de a moșteni, asistență medicală, alimente, locuință, întreținere etc.

Formulăm o propunere de lege ferenda în sensul introducerii posibilității prin care instanța de judecată să constate prin orice mijloc de probă iertarea nedemnului de către *de cuius* și, pe cale de consecință, înlăturarea efectelor. În acest sens, susținem preluarea modelului din Codul civil canadian – provincia Quebec prin care orice gratificație făcută de autorul succesiunii în favoarea nedemnului produce efecte în sensul îndepărtării efectelor nedemnității, cu condiția ca respectiva gratificație să fi intervenit după săvârșirea faptei care a atras nedemnitatea de a moșteni. În sensul celor prezentate în lucrare, formulăm concret o propunere de lege ferenda care constă în modificarea art. 961 C. civ. după cum urmează:

(1) Efectele nedemnității de drept sau judiciare pot fi înlăturate:

a) expres, prin testament sau printr-un act autentic notarial de către cel ce lasă moștenirea;

b) ca urmare a unei gratificații lăsate de autorul succesiunii în favoarea nedemnului după săvârșirea faptei care atrage nedemnitatea;

c) prin hotărârile judiciare definitive prin care se constată, folosind orice mijloc de probă, ca între cel ce a lăsat moștenire și nedemn a intervenit în fapt iertarea și pe cale de consecință, efectele nedemnității sunt înlăturate;

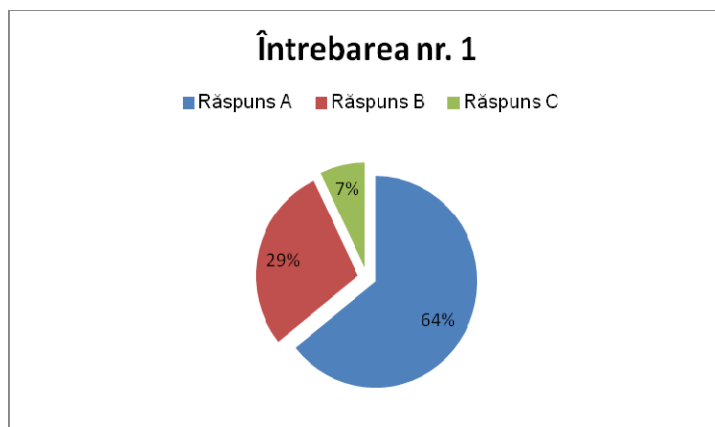
d) ca urmare a constatării notarului public prin act autentic notarial, pe baza documentelor justificative și a declarațiilor de martori că între autorul succesiunii și nedemn a intervenit iertarea și, pe cale de consecință, efectele nedemnității sunt înlăturate.

Prevederile alin. (2) al art. 961 C. civ. se mențin integral.

Concluzii

Apreciam semnificativ în raport cu subiectul abordat că instituția moștenirii dar mai ales modificările rezultate ca urmare a reformei legislative în materie, reprezintă un domeniu de interes și cu impact semnificativ în viața fiecărei persoane. Considerăm că materia moștenirii este o materie marcată de semnificații culturale, sociale și patrimoniale ce evidențiază acest domeniu ca un domeniu ce generează tot mai multe modificări legislative și abordări doctrinare. Apreciam ca fiind interesante rezultatele Institutului Național pentru Evaluare și Cercetare Sociologică, ca urmare a unui sondaj de opinie ce a fost efectuat în perioada 15-25 ianuarie 2016 și care din totalul întrebărilor ce au vizat

cunoștințele cetățenilor cu privire la instituțiile reglementate de noul Cod civil, un număr de 6 întrebări au fost dedicate domeniului succesoral.

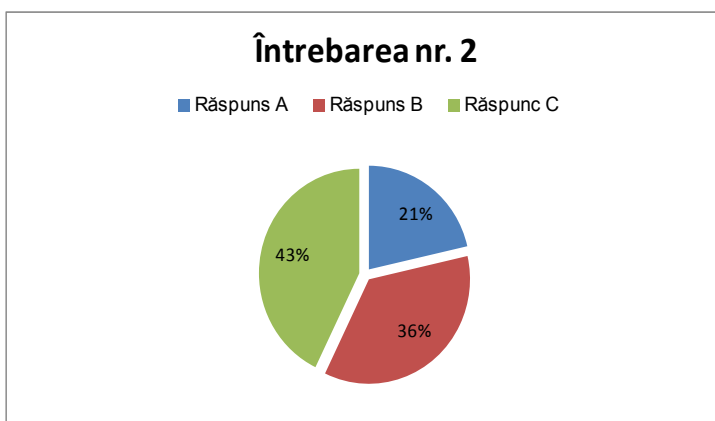


La întrebarea prin care repondenții sondajului au trebuit să răspundă dacă înțeleg ce reprezintă „*dezbaterea moștenirii*”

A – **64,26%** dintre aceștia au declarat că prin „*dezbaterea moștenirii*” înțeleg de fapt împărțirea patrimoniului succesoral între moștenitori (partaj succesoral).

B – **28,57%** dintre aceștia au declarat că înțeleg prin „*dezbaterea moștenirii*” transferul proprietăților celui decedat la cei în viață stabilit prin lege/testament.

C – **7,17%** dintre aceștia au declarat că nu cunosc ce înseamnă „*dezbaterea moștenirii*”.

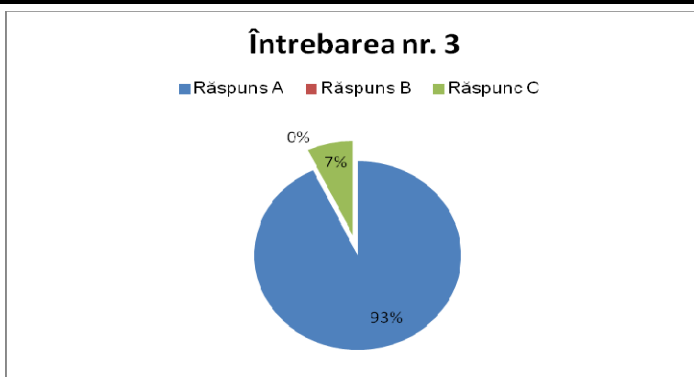


La întrebarea prin care repondenții sondajului au trebuit să răspundă dacă înțeleg ce reprezintă „*vacanța succesorală*”

A – **21,42%** dintre repondenți au declarat că „*vacanța succesorală*” reprezintă de fapt moștenire fără bunuri.

B – **35,73%** au declarat că prin „*vacanța succesorală*” înțeleg moștenire fără moștenitori.

C – **42,85%** dintre aceștia au declarat că nu cunosc ce înseamnă „*vacanța succesorală*”.

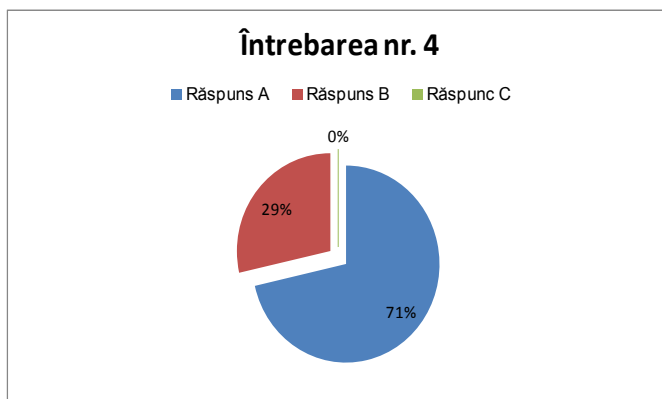


La întrebarea prin care repondenții sondajului au trebuit să spună unde se dezbate moștenirea dacă moștenitorii se înțeleg între ei, aceștia au răspuns astfel

A – **92,86%** au declarat că dezbaterea moștenirii se face în fața notarului public.

B – niciun repondent nu a bifat căsuța „alt răspuns” ca variantă corectă.

C – **7,14%** au afirmat că dezbaterea moștenirii se efectuează la mediator.

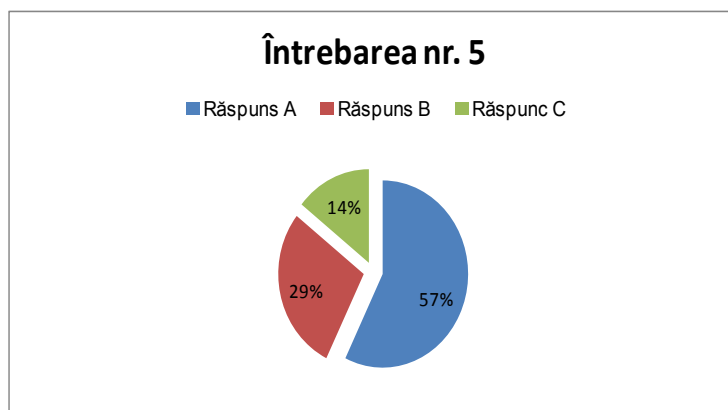


La întrebarea prin care repondenții sondajului au trebuit să răspundă dacă știu ce reprezintă „*nedemitatea succesorală*”

A – **71,42%** au răspuns afirmativ.

B – **28,58%** au răspuns negativ.

C – niciun repondent nu a bifat acest răspuns ca variantă corectă.

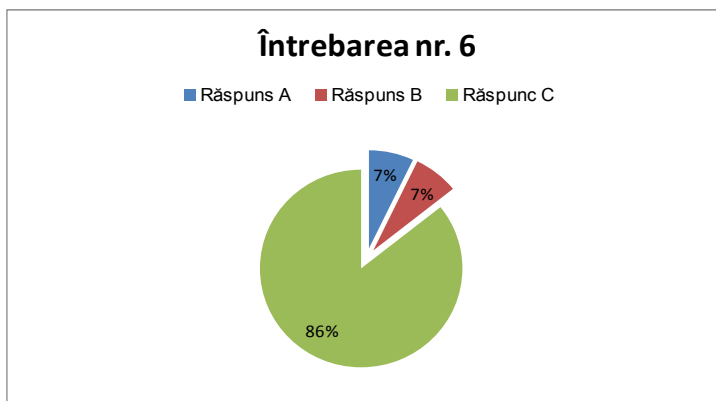


La întrebarea prin care repondenții sondajului au trebuit să răspundă dacă apreciază că cel nedemn de a moșteni (pentru că a săvârșit o faptă gravă împotriva celui ce lasă moștenirea poate fi iertat de cel care lasă moștenirea) poate fi iertat de cel care lasă moștenirea, aceștia au răspuns

A – **57,14%** au răspuns afirmativ.

B – **28,57%** au răspuns negativ.

C – **14,29%** au selectat varianta „alt răspuns”.



La întrebarea prin care repondenții sondajului au trebuit să răspundă la cine ar apela pentru a obține informații cu privire la o dezbatere de moștenire, aceștia au răspuns

A – **7,14%** au răspuns că ar solicita informații despre o dezbatere la moștenire avocatului.

B – **7,14%** au răspuns că ar solicita informații despre o dezbatere la moștenire mediatorului.

C – **85,72%** au răspuns că ar solicita informații despre o dezbatere la moștenire notarului public.

UNELE CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA PARTAJ, CONFORM REGLEMENTĂRILOR NOULUI COD CIVIL

Cristian JORA*

Abstract:

Certain particular features of the partition demand a deeper approach, according to Art. 669-686 of the current Civil Code. Conventions on suspension of the partition and suspension of pronouncement by court decision may arise some peculiar difficulties in judicial practice. It is necessary to establish whether the renewal of the agreements on partition suspension is possible, after the expiry of the maximum period set by law and the manner in which it can be returned to the suspension procedure of partition pronouncement.

Keywords: *partition, suspension of the partition pronouncement, agreements on partition pronouncement*

Rezumat:

Unele aspecte deosebite atrag atenția cu privire la partaj, conform prevederilor art. 669-686 din actualul Cod civil. Convențiile privind suspendarea partajului și suspendarea pronunțării partajului prin hotărâre judecătorească pot pune unele probleme deosebite în practica judiciară. Este necesar a se stabili dacă este posibilă reînnoirea convențiilor privind suspendarea partajului, după scurgerea termenului maxim stabilit de lege, precum și modalitatea în care se poate reveni asupra măsurii de suspendare a pronunțării partajului.

Cuvinte-cheie: *partaj, suspendarea pronunțării partajului, convenții privitoare la suspendarea partajului*

Întrucât coproprietatea obișnuită reprezintă o stare temporară, aceasta încetează prin partaj, fără însă ca împărțeala să fie singurul mod de sistare a sa, iar prin împărțeală, coproprietarii nu transmit și nu dobândesc drepturi, ci partajul are efect declarativ, în sensul că drepturile se consideră dobândite retroactiv, din momentul nașterii stării de coproprietate sau indiviziune.

Dreptul de a cere partajul este *imprescriptibil sub aspect extinctiv*, indiferent dacă prin împărțeală se urmărește a se pune capăt stării de indiviziune sau de coproprietate și în acest sens, art. 669 Cod civil prevede că încetarea coproprietății prin partaj poate fi cerută oricând, cu excepția cazului în care partajul a fost suspendat prin lege, act juridic ori hotărâre judecătorească.

Coproprietatea poate să înceteze, prin dobândirea tuturor cotelor-părți ale coproprietarilor de către unul singur dintre aceștia¹, prin cumpărare, prin succesiune, prin donație²

* Universitatea Creștină "Dimitrie Cantemir" București, prof. univ. dr.; Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, cercetător științific asociat; jora.cristian@gmail.com.

¹ Stoica V., *Drept civil. Drepturile reale principale*, ediția 2, Ed. CH Beck, București, 2013, p. 297; Boroi G., Anghelescu C.A., Nazat B., *Curs de drept civil. Drepturile reale principale conform noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 77-78

ori atunci când toți coproprietarii înstrăinează cotele-părți unei terțe persoane care devine proprietar pur și simplu, exclusiv asupra bunului în cauză sau prin pieirea totală a bunului ori prin exproprierea acestuia. Cel mai adesea, coproprietatea încetează prin partaj (împărțeață), care reprezintă modul specific de încetare a acesteia.

Partajul constituie operațiunea juridică prin care încetează starea de coproprietate sau de indiviziune, bunul sau bunurile stăpânite pe cote-părți fiind împărțite în materialitatea lor între coproprietari. Pe această cale, fiecare dintre coproprietari devine proprietar exclusiv asupra unei părți determinate din bun sau asupra unor bunuri dintre cele care constituie obiectul dreptului de proprietate comună³, drept care se transformă într-un drept de proprietate exclusivă.⁴

Partajul poate fi convențional, adică efectuat prin bună învoială sau judiciar, adică urmare a înaintării unei acțiuni în partaj instanței judecătorești, acesta din urmă va fi necesar întotdeauna când coproprietarii nu se înțeleg cu privire la modul de împărțire a bunului sau bunurilor.

În cazul partajului voluntar fiecare coproprietar devine proprietarul exclusiv al bunurilor sau, după caz, al sumelor de bani care i-au fost atribuite numai cu începere de la data stabilită în actul de partaj, dar nu mai devreme de data încheierii actului, în cazul partajului voluntar sau, după caz, de la data rămânării definitive a hotărârii judecătorești. În cazul în care bunurile supuse partajului sunt imobile, efectele juridice ale partajului se produc numai dacă actul de partaj încheiat în formă autentică *ad validitatem* sau hotărârea judecătorească rămasă definitivă, după caz, au fost înscrise în cartea funciară.

Dacă, pe calea partajului voluntar, s-a împărțit întregul bun sau întreaga masă de împărțit, partajul judiciar este inadmisibil.⁵

Pot fi făcute unele discuții cu privire la conținutul art. 671 din Codul civil, care reglementează partajul părților comune ale clădirilor, cu precizarea că asupra părților comune din clădirile cu mai multe etaje sau apartamente se exercită un drept de coproprietate forțată.

Astfel, la alin. (1) al art. 671 Cod civil se prevede că partajul nu este admisibil cu privire la cazurile prevăzute de secțiunile a 3-a și a 4-a din Capitolul IV *Proprietatea comună* și în alte cazuri prevăzute de lege. Cele două secțiuni la care face referire legiuitorul reglementează coproprietatea forțată și, respectiv, proprietatea comună în devălmășie.

Pe cale de excepție, însă, partajul poate fi cerut și în cazul părților comune din clădirile cu mai multe etaje sau apartamente (care aparțin unor proprietari diferiți), atunci când aceste părți încetează de a mai fi destinate folosinței comune. Se poate face aici, o discuție cu privire la posibilitatea partajării părților comune ale clădirilor cu mai multe etaje și apartamente care sunt proprietate a unor titulari diferiți, corelat cu denumirea Secțiunii a 3-a, *Coproprietatea forțată*. Însăși denumirea acestei forme sub care se prezintă proprietatea comună diferă de denumirea clasică consacrată în doctrină, anume aceea de

² Pop L., *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 138. Filipescu I.P., Filipescu A.I., *Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Ed. Actami, București, 2000, p. 220. Filipescu I.P., *Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Ed. Actami, București, 1996, p. 160 și 161.

³ Stătescu C., Bîrsan C., *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*, Universitatea București, 1998, p. 181. A se vedea și Comăniță Gh., *Dreptul de a cere partajul și titularii săi*, în *Dreptul nr. 1/2000*, p. 63-72.

⁴ Bîrsan C., *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 237.

⁵ Pop L., Harosa L-M., *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 199.

coproprietate forțată și perpetuă. De vreme ce nu mai este consacrată ca și coproprietate perpetuă, atunci ar rezulta că voința legiuitorului a fost ca acestea să i se poată pune capăt prin partaj, în condițiile legii.

La alin. (3) al art. 671 Cod civil se precizează că partajul este posibil *numai prin bună învoială (adică partaj convențional)* în cazul proprietății periodice și în celelalte cazuri de coproprietate forțată. Astfel fiind, ne punem două întrebări, prima, de ce s-a renunțat la caracterul perpetuu al acestei forme de coproprietate și a doua, care au fost considerentele pentru care legiuitorul a prevăzut (dacă, totuși a renunțat la caracterul perpetuu), numai posibilitatea partajării bunurilor coproprietate forțată prin bună învoială, excluzând partajul judiciar.

De vreme ce acestei forme de coproprietate îi lipsește caracterul perpetuu, consacrat clasic și poate fi partajată convențional, atunci înseamnă că și caracterul forțat nu mai este „atât de forțat” și poate fi pusă în discuție însăși existența distinctă a acestei forme de proprietate comună.

În doctrina juridică problema partajului convențional în cazul coproprietății forțate a mai fost ridicată, subliniindu-se justificat și îndreptățit, că asemenea reglementare „... deschide calea unor soluții convenționale dintre cele mai neobișnuite și desigur puțin dorite pe termen lung...”.⁶

Rețin atenția și reglementările cuprinse la art. 672 și 673 din Codul civil, în ce privește existența convențiilor privitoare la suspendarea partajului și, mai cu seamă, suspendarea pronunțării partajului prin hotărâre judecătorească.

Astfel, prin reglementarea cuprinsă la art. 672 din actualul Cod civil se prevede că în cazul convențiilor privind suspendarea partajului, acestea nu pot fi încheiate pentru o perioadă mai mare de 5 ani, cu precizarea că, în cazul imobilelor, este necesară încheierea convențiilor în formă autentică și aceste convenții sunt supuse formalităților de publicitate prevăzute de lege. Nici nu mai era necesară precizarea legiuitorului că asemenea convenții trebuie încheiate în formă autentică, deoarece este cunoscut, conform reglementărilor legale, Legea nr. 7/1996, cu modificările și completările ulterioare și actualul Cod civil, că numai actele încheiate în formă autentică *ad validitatem* pot fi intabulate în cartea funcară.

Vom observa că și în reglementarea Codului civil român de la 1864 legiuitorul a prevăzut că starea de indiviziune era vremelnică și că nimeni nu putea fi obligat să rămână în stare de indiviziune, iar chiar și în cazul în care ar fi existat convenții privind rămânerea în stare de indiviziune, oricare dintre coindivizari putea solicita efectuarea partajului. La vremea respectivă, legiuitorul a gândit posibilitatea încheierii unor convenții privind suspendarea partajului pentru o perioadă de cel mult cinci ani, existând posibilitatea de a se reînnoi asemenea convenții, după scurgerea perioadei amintite. În tăcerea legiuitorului rezulta că exista posibilitatea nelimitată de încheiere a unor asemenea convenții de prelungire a stării de indiviziune.

Amintim că art. 1030 din Codul civil din Quebec prevede, ca și art. 728 din Codul civil român de la 1864, că nimeni nu poate fi ținut să rămână în stare de indiviziune, precizând că partajul poate fi cerut întotdeauna, mai puțin în cazurile în care a fost amânat printr-o convenție, printr-o dispoziție testamentară, prin hotărâre judecătorească, prin efectul legii sau când acesta nu se poate face datorită unei anume afecțiuni a bunului supus partajului. În același sens, art. 815 din Codul civil francez prevede că nimeni nu poate fi constrâns să

⁶ Florea B., *Drept civil. Drepturile reale principale conform noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 139.

rămână în indiviziune și partajul poate fi solicitat întotdeauna, cu excepția cazurilor în care s-a dispus suspendarea acestuia fie printr-o hotărâre judecătorească, fie printr-o convenție.

Revenind la reglementarea art. 672, teza I din actualul Cod civil, trebuie să răspundem la întrebarea dacă, în tăcerea legiuitorului, în cazul în care este încheiată o convenție de suspendare a partajului, după scurgerea perioadei maxime de cinci ani, asemenea convenție poate fi reînnoită. Ni se pare că, pentru a nu exista niciun fel de discuție cu privire la o asemenea posibilitate, ar fi fost util ca legiuitorul să prevadă expres dacă există posibilitatea reînnoirii unor asemenea convenții sau nu. Dacă încercăm să facem o analiză comparativă între actuala reglementare și prevederile art. 728 din Codul civil român de la 1864, vom observa că în vechea reglementare se prevedea expres posibilitatea reînnoirii convențiilor de suspendare a partajului încheiat pe cinci ani, ceea ce lipsește din actuala reglementare. Aceasta ne-ar putea duce la concluzia că asemenea convenții privind suspendarea partajului pot fi încheiate *numai* pentru o perioadă de cel mult cinci ani, fără să existe posibilitatea coproprietarilor de a reînnoi asemenea convenții. Raționamentul ar fi acela că, dacă legiuitorul ar fi dorit să prevadă posibilitatea de prelungire a efectelor unor asemenea convenții o prevedea expres, mai cu seamă, având exemplul reglementării anterioare din Codul civil român de la 1864. De asemenea, dacă s-ar permite posibilitatea reînnoirii la infinit a convențiilor privind suspendarea partajului s-ar putea ajunge, în mod practic, la menținerea stării de indiviziune pe o durată nedeterminată, perpetuă, ceea ce, în unele situații ar putea da naștere unor reale inconveniente pentru unele categorii de terți sau pentru avânzii cauză.

Pe de altă parte, nu poate fi exclusă nici opinia în conformitate cu care ar fi posibilă prelungirea convențiilor de suspendare a partajului, atunci când acestea sunt încheiate pe o perioadă de cinci ani, cu argumentul că, în tăcerea legii, atunci când din dispozițiile legale nu rezultă expres o interdicție, înseamnă că este permis contrariul. Înclinăm să credem că această din urmă interpretare se poate da textului de lege cu privire la care facem vorbire. Oricum, pentru a pune capăt unor asemenea posibilități de interpretare a textului legal, credem că legiuitorul ar putea interveni, în viitor, la o eventuală modificare a dispozițiilor actualului Cod civil, adăugând la teza I a art. 672, fie posibilitatea reînnoirii convențiilor privind suspendarea partajului, fie interzicerea reînnoirii unor asemenea convenții și în acest mod reglementarea ar fi clară și nu ar da naștere diverselor interpretări.

O altă problemă care reține atenția și este generată și aceasta de modul de reglementare folosit de către legiuitor, sau, mai bine spus, în lipsa unei reglementări a tuturor aspectelor problemei, o constituie concepția legiuitorului evidențiată la art. 673 din Codul civil, cu privire la posibilitatea suspendării pronunțării partajului prin hotărâre judecătorească. Astfel, în prima teză a articolului amintit se specifică posibilitatea instanței care a fost sesizată cu o cerere de partaj să suspende pronunțarea partajului, pentru o perioadă de cel mult un an, pentru a nu se aduce prejudicii grave intereselor celorlalți coproprietari.

În primul rând, observăm, din modul în care este formulat textul legal, că o asemenea posibilitate a instanței ar exista, chiar și în cazul în care ar constata ea însăși posibilitatea producerii unor prejudicii grave intereselor celorlalți coproprietari și chiar și în cazul în care aceia dintre coproprietari care ar putea fi prejudiciați nu au solicitat expres suspendarea pronunțării partajului. Ar rezulta că, în baza rolului său activ, pe care nimeni nu-l poate contesta instanței judecătorești, aceasta este în măsură să analizeze și să aprecieze cu privire la necesitatea suspendării pronunțării partajului, pentru cel mult un an.

Subliniem aceea că instanța ar putea dispune o asemenea măsură chiar atunci când acesata nu îi este solicitat, acționând numai în baza rolului său activ.

În *al doilea rând*, din formularea legiuitorului înțelegem că nu în toate situațiile în care s-ar produce prejudicii celorlalți coproprietari este posibilă suspendarea pronunțării partajului, ci *numai* atunci când este vorba despre *prejudicii grave* aduse intereselor celorlalți coproprietari. De aici rezultă că, în cazul în care sunt aduse prejudicii, fără ca acestea să fie apreciate ca fiind grave, nu este posibil ca instanța judecătorească să dispună suspendarea pronunțării partajului, deci, condiția ar fi aceea ca existența stării de coproprietate să conducă la crearea unor *prejudicii grave*.

În *al treilea rând*, reglementarea analizată conduce la ideea că se poate cere suspendarea pronunțării partajului fie la cererea expresă a unuia sau a mai multor coproprietari care ar suferi prejudicii grave urmare partajului fie, fără solicitarea expresă a acestora, numai în baza rolului activ al instanței.

În *al patrulea rând*, trebuie să ne punem întrebarea dacă rolul activ al instanței nu vine în coliziune cu atitudinea părților, ținând cont de aceea că ne aflăm în domeniul dreptului privat, unde rolul activ al instanței trebuie să fie ponderat, limitat, lăsându-se libertate exprimării voinței părților, atunci când aceasta nu contravine normelor imperative ale legii, ordinii publice și preceptelor moralei. Din modul de redactare a textului legal rezultă că instanța poate lua măsura suspendării partajului, chiar dacă părțile nu o cer, în baza rolului activ, ceea ce nu se pliază pe concepția legiuitorului creator al actualului Cod civil, care recunoaște părților libertate în exprimarea voinței acestora.

Semnalăm aceea că, în baza art. 1032 din Codul civil din Quebec, la cererea unuia dintre coindivizari, instanța este în măsură, pentru a evita o pierdere, să amâne pronunțarea partajului, fie în totalitate, fie cu privire la o anume parte din bun și să mențină starea de indiviziune pentru o durată de cel mult doi ani.

Tot astfel, art. 815 alin. (2) din Codul civil francez prevede că, la solicitarea unuia dintre coindivizari, instanța judecătorească poate amâna partajul pentru cel mult doi ani, dacă există pericolul de a se aduce atingere valorii bunurilor indivize sau dacă unul dintre coindivizari nu poate începe exploatarea agricolă a unui bun din cuprinsul masei succesoriale, până la expirarea acestui termen.

Se poate observa că, nici în Codul civil francez și nici în Codul civil din Quebec nu este reglementată posibilitatea instanței judecătorești de a aprecia, fără să existe o cerere a părților, cu privire la suspendarea pronunțării partajului. Numai la cererea părților instanța poate lua măsura suspendării partajului.

Revenind la reglementarea art. 673 din Codul civil român, observăm că, în conformitate cu cea de-a doua teză a acestui articol, atunci când pericolul producerii prejudiciilor grave este înlăturat, înainte de împlinirea termenului, instanța judecătorească poate reveni asupra măsurii suspendării pronunțării partajului, *numai la cererea părții interesate*. Rezultă, fără niciun dubiu, că într-o asemenea situație, instanța este în măsură să revină asupra măsurii pe care a dispus-o, aceea de suspendare a pronunțării partajului, chiar înainte de împlinirea termenului pe care l-a stabilit, atunci când partea interesată solicită înlăturarea acestei măsuri de protecție.

Din analiza dispozițiilor cuprinse la art. 673 din Codul civil se poate observa că este o asimetrie a reglementării posibilității suspendării partajului prin hotărâre judecătorească. Astfel, dacă suspendarea pronunțării partajului o poate face instanța judecătorească, fie la cererea părții sau părților interesate, fie din oficiu, în baza rolului activ, atunci când se pune

problema revenirii asupra acestei măsuri, instanța o poate face numai la cererea părții interesate.

În opinia noastră, aflându-ne pe tărâmul dreptului privat, credem că singura posibilitate de suspendare a pronunțării partajului ar fi trebuit să rezulte numai urmare a exprimării voinței coproprietarului sau coproprietarilor interesați. Nu poate fi interpretat textul de la teza I a art. 673 din Codul civil, în sensul că instanța este în măsură să aprecieze posibilitatea și necesitatea suspendării pronunțării partajului numai când i se solicită aceasta, deoarece voința legiuitorului este clară, iar atunci când a dorit să prevadă posibilitatea de a se revenii asupra măsurii suspendării, a făcut expres referire la voința părții interesate.

Folosința exclusivă a bunului de către unul singur dintre coproprietari nu împiedică efectuarea partajului, excepție făcând cazul în care unul dintre coproprietari a dobândit dreptul de proprietate exclusivă ca urmare a uzucapiunii și când nu se mai pune problema partajului, deoarece în acest caz a intervenit transformarea detenției precare în posesie.

Au fost concepute anumite reguli cu privire la partaj, reglementate la art. 676 Cod civil. Astfel, din formularea legiuitorului rezultă că regula este aceea că partajul bunurilor comune se face în natură, aceasta fiind cea mai importantă modalitate de împărțire, fiind considerată ca principiu în materia partajului.

În cazul partajului voluntar, coproprietarii pot deroga de la regula împărțelii în natură, chiar atunci când bunul poate fi comod partajat în această modalitate.⁷

În toate situațiile, instanța judecătorească va recurge la partajarea în natură, care este singurul mod de a asigura egalitatea în drepturi a foștilor coproprietari.

Atunci când bunul este indivizibil sau nu este comod partajabil în natură, fie se atribuie întregul bun unuia sau mai multor coproprietari, la solicitarea acestora, cu obligarea la plata unei sulțe, fie se vinde bunul, în modul stabilit de către coproprietari și se împarte prețul obținut, în raport cu cota-parte din drept deținută de fiecare dintre coproprietari. Dacă coproprietarii nu se înțeleg cu privire la modul de efectuare a vânzării bunului comun, atunci regula stabilită de către legiuitor este aceea că bunul se vinde la licitație publică, în condițiile legii. Când instanța judecătorească constată că bunul proprietate comună nu poate fi împărțit în mod concret în natură, fiind indivizibil și trebuie să pună capăt coproprietății prin atribuirea bunului unuia dintre coproprietari, va decide în acest sens, urmând ca restul coproprietarilor să primească echivalentul în bani a valorii cotelor-părți pe care le dețin.

Instanța trebuie să ia în considerare anumite criterii cu privire la atribuirea bunului comun, cum ar fi cotele-părți pe care le au coproprietarii, natura bunului, ocupația, profesiunea, meseria coproprietarilor, durata în timp a folosirii bunului de către coproprietari, puterea de cumpărare a coproprietarilor, necesitatea și posibilitatea valorificării bunului și orice alte împrejurări de natură a crea o oarecare departajare între coproprietari.

Cu privire la evaluarea bunului ce constituie obiect al atribuirii, se poate recurge la acordul coproprietarilor, iar atunci când aceștia nu se înțeleg, instanța judecătorească trebuie să administreze orice mijloc de probă admis de lege, pentru a determina valoarea bunului respectiv. În cele mai multe situații, instanța judecătorească recurge la o expertiză judiciară.

⁷ Stoica V., *Coproprietatea obișnuită în lumina dispozițiilor legale actuale și a celor din Proiectul Codului civil. Obligațiile coproprietarilor și încetarea coproprietății obișnuite*, în *Dreptul* nr. 5/2005, p. 49.

Practica judiciară a stabilit că atunci când este vorba despre evaluarea unei construcții se ține seama de anumite criterii, cum ar fi materialele încorporate în clădire, gradul finisajelor, gradul de confort, amplasamentul zonal al construcției, vechimea, prețurile practicate în zonă, adică valoarea de circulație a imobilului. În cazul partajării bunurilor imobile nu este necesară obținerea autorizației administrative. Dacă însă, este necesară partajarea în natură a construcțiilor, prin efectuarea de lucrări și modificări, conform reglementărilor din Legea nr. 50/1991, modificată și republicată, autorizația administrativă este necesară.

Dacă se pune problema partajării terenurilor, se are în vedere valoarea de circulație a acestora, care se raportează la calitatea și proprietățile solului, zona de relief, amplasament, destinația terenului, starea de degradare, dacă este cazul, gradul de fertilitate ș.a.⁸

În privința datoriilor care au luat naștere cu privire la bunul comun, în condițiile art. 677 Cod civil, oricare dintre coproprietari este în măsură să solicite stingerea datoriilor născute în legătură cu coproprietatea și care sunt ori devin scadente în cursul anului în care are loc partajul, iar suma necesară pentru stingerea obligațiilor se preia, în lipsă de stipulație contrară, din prețul vânzării bunului comun cu ocazia partajului și este suportată de către coproprietari proporțional cu cota-parte a fiecăruia.

Prin dispozițiile actualului Cod civil au fost stabilite reguli cu privire la executarea silită privitoare la bunul comun. Astfel, în mod expres legiuitorul a prevăzut posibilitatea creditorilor unui coproprietar de a urmări cota-parte a acestuia din dreptul asupra bunului comun sau de a cere instanței împărțirea bunului și în acest din urmă caz urmărirea se face asupra părții de bun sau asupra sumei de bani care se cuvine debitorului, urmare partajului.

În cazul în care se pune problema vânzării silită a unei cote-părți din dreptul de proprietate asupra unui bun, executorului judecătoresc îi revine obligația de a-i notifica pe ceilalți coproprietari, precizându-le ora și locul licitației. Aici legiuitorul a instituit un drept de preemțiune în favoarea coproprietarilor, care le permite acestora să dobândească dreptul asupra cotei-părți din dreptul de proprietate asupra bunului supus vânzării silită, la preț egal. S-ar putea ridica problema modului de exercitare a dreptului de preemțiune menționat în cazul în care la preț egal, mai mulți coproprietari își manifestă intenția de a cumpăra cota-parte a coproprietarului debitor. Credem că aceștia sunt îndreptățiți să dobândească o cotă-parte din cota-parte care se vinde silit, rămânând în continuare în stare de coproprietate, ceea ce, în mod clar, ar conduce la complicarea exercitării drepturilor asupra bunului comun. Credem că, în acest caz, legiuitorul ar fi putut concepe anumite criterii pentru exercitarea unui asemenea drept de preemțiune, pentru a se putea face departajare a coproprietarilor care își manifestă dorința de cumpărare.

Creditorii care au un drept de garanție asupra bunului comun sau aceia a căror creanță s-a născut în legătură cu conservarea sau administrarea acestuia, au dreptul de a urmări silit bunul, în mâinile oricui s-ar găsi acesta, fie înainte de partaj, fie după împărțirea bunului comun.

Coproprietarilor le este recunoscută posibilitatea de a încheia convenții cu privire la suspendarea partajului, însă acestea pot fi opuse creditorilor numai dacă, înainte de nașterea creanțelor acestora, convențiile au dobândit dată certă, în cazul bunurilor mobile sau aceste convenții au fost autentificate, în cazul bunurilor imobile și au fost îndeplinite formalitățile legale de publicitate.

⁸ Pentru evaluarea proprietății condiționale, Stoica V., *op. cit.*, în Dreptul nr. 5/2005, p. 57 și 58.

Conform prevederilor art. 679 alin. (1) Cod civil, creditorii personali ai unui coproprietar pot interveni, pe cheltuiala lor, în partajul cerut de coproprietari sau de alt creditor, dar nu pot ataca un partaj efectuat, decât dacă s-a făcut în lipsa lor și fără să se țină seama de opoziția pe care au făcut-o ori dacă partajul a fost simulat sau dacă s-a făcut astfel încât creditorii nu au putut interveni în proces. Aceste reglementări legale sunt aplicabile și în cazul creditorilor care au un drept de garanție asupra bunului comun și în cazul acelor a căror creanță s-a născut în legătură cu conservarea sau administrarea bunului respectiv.

Legea recunoaște valabilitatea actelor juridice încheiate de către un coproprietar cu privire la bunul comun și acestea sunt opozabile aceluia căruia i-a fost atribuit bunul în urma partajului. Tot astfel, garanțiile care au fost constituite de către un coproprietar asupra cotei sale părți se strămută asupra bunului care i-a fost atribuit sau, după caz, a sumelor de bani care i-au fost atribuite ca urmare a partajului.

Un singur coproprietar nu are posibilitatea de a încheia singur, fără acordul unanim al celorlalți coproprietari, nici *acte de dispoziție*, prin care să înstrăineze sau să greveze întregul bun sau o parte materială determinată din acesta, astfel încât, conform acestei reguli, actele încheiate ar trebui să nu fie valabile.

Însă, în practica judiciară anterior adoptării noului Cod civil, s-a decis că valabilitatea unui asemenea act diferă după cum dobânditorul avea cunoștință sau nu avea cunoștință că înstrăinătorul nu are calitatea de proprietar exclusiv cu privire la bunul asupra căruia a contractat. Astfel, atunci când dobânditorul *a cunoscut*, la momentul încheierii contractului, că înstrăinătorul nu este proprietar exclusiv al bunului, s-a statuat că actul juridic este valabil, dar este afectat de o condiție rezolutorie.

Consolidarea sau desființarea actului respectiv depinde de rezultatul partajului.⁹ Dacă urmare partajului bunul revine în proprietate exclusivă coproprietarului înstrăinător, atunci dreptul dobânditorului se consolidează, însă, dacă bunul înstrăinat revine, în urma partajului, în lotul altui coproprietar, atunci înstrăinarea se desființează ca urmare a efectului declarativ al partajului.

În concepția majoritară, la care ne raliem, s-a arătat că, până la partaj, actul de dispoziție juridică este afectat de o *condiție rezolutorie*. S-a precizat că venimentul cu valoare de condiție este reprezentat de cuprinderea, cu ocazia realizării partajului, în lotul coproprietarului care nu a participat la încheierea actului, a bunului sau bunurilor cu privire la care s-a încheiat actul de dispoziție. Producerea acestui eveniment are semnificația îndeplinirii condiției rezolutorii, consecința fiind aceea a desființării retroactive a actului de înstrăinare, desființare ca urmare a căreia dobânditorul poate cere transmitătorului restituirea contraprestației, fie pe temeiul îmbogățirii fără justă cauză, fie al plății lucrului nedatorat, în funcție de modul în care este privită condiția erorii în care s-a aflat *solvens-ul*.¹⁰

Dacă, urmare partajului, bunul este inclus în lotul coproprietarului care a încheiat actul de dispoziție, actul este consolidat retroactiv, întrucât coproprietarul care a dispus de bun este considerat proprietar pur și simplu din momentul nașterii stării de coproprietate.¹¹

Punctul de vedere pe care l-am prezentat nu s-a aflat la adăpost de critici, arătându-se că un astfel de raționament nu ar explica totuși situația dobânditorului, care nu poate fi considerat ca având un drept de proprietate asupra întregului bun, chiar și sub condiție rezolutorie, atâta vreme cât autorul său are numai o cotă-parte din dreptul de proprietate. Astfel fiind, s-a propus o reinterpretație a evenimentului cu valoare de condiție, în sensul că

⁹ Pop L., *op. cit.*, p. 137. Filipescu I.P., Filipescu A.I., *op. cit.*, p. 216; Filipescu I.P., *op. cit.*, p. 157.

¹⁰ Stătescu C., Bîrsan C., *op. cit.*, p. 180.

¹¹ Toader C., *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 51.

inclusiunea la partaj a bunului în lotul coproprietarului care a dispus de bun în integralitatea sa reprezintă, de fapt, o condiție suspensivă, iar nu o condiție rezolutorie.

Susținătorii opiniei prezentate au arătat că urmarea care decurge dintr-o astfel de interpretare este aceea că, în ipoteza atribuirii bunului proprietarului care a dispus de el, proprietarul sub condiție suspensivă devine proprietar exclusiv, iar în caz contrar, condiția nu poate fi considerată ca îndeplinită, astfel încât părțile se găsesc în situația în care actul de dispoziție nu ar fi fost încheiat.

În cazul în care actul de dispoziție îmbracă forma unui act de înstrăinare, ne-am afla în prezența unui caz de proprietate rezolubilă atipică, unde caracterul atipic ar fi determinat, pe de o parte, de împrejurarea că evenimentul cu valoare de condiție nu este stabilit prin voința părților, iar pe de altă parte, de faptul că transmitătorul nu este proprietar pur și simplu, ci are numai o cotă-parte din dreptul de proprietate.¹²

O altă parte a doctrinei a considerat că nu ar putea fi acceptată teoria dobândirii de către comostenitor a bunurilor succesoriale sub condiția suspensivă de a fi cuprinse în lotul lui, întrucât „pentru a ști care sunt bunurile care aparțin coeredelui sub condiție suspensivă și care sunt cele asupra cărora dreptul său de proprietate este sub condiție rezolutorie, trebuie să așteptăm împărțeala, adică îndeplinirea condiției. O condiție trebuie însă să fie suspensivă sau rezolutorie, de la nașterea ei. Altfel spus, *pendente conditione*, orice proprietar sub condiție suspensivă presupune în mod necesar existența unui proprietar sub condiție rezolutorie, căci bunul trebuie să aibă un proprietar actual. În cazul împărțelii, însă, acesta din urmă nu poate fi determinat. Ar urma că toți coerezii sunt proprietari sub condiție suspensivă, ceea ce ar însemna că nimeni, în timpul indiviziunii, nu are proprietatea actuală a bunurilor succesoriale, ceea ce este inadmisibil.¹³

Trebuie menționată și opinia potrivit căreia, în situația vânzării bunului ce formează obiectul dreptului de proprietate comună pe cote-părți s-ar impune aplicarea soluției prin care a fost rezolvată problema vânzării bunului altuia.¹⁴

Coproprietarii își datorează garanție pentru evicțiune și vicii ascunse în limita cotelor-părți, aplicându-se reglementările legale în materia garanției vânzătorului. Fiecare coproprietar are obligația de a-l despăgubi pe coproprietarul prejudiciat urmare survenirii evicțiunii sau viciului ascuns, iar atunci când unul dintre coproprietari este insolubil, partea datorată de acesta se suportă, proporțional de către ceilalți coproprietari, dar și de către coproprietarul prejudiciat. Atunci când prejudiciul este urmarea faptei săvârșite de un alt coproprietar, precum și atunci când coproprietarii au fost scutiți prin actul de partaj, acestora nu le mai revine obligația de garanție.

Convenția de partaj este necesar să îndeplinească toate condițiile de valabilitate ale actului juridic civil. Contractul de partaj nu este supus vreunei formalități speciale, deci este un act consensual, de unde rezultă că poate fi încheiat în orice formă dorită de părți, fiind valabil chiar și în formă verbală. Ne referim la *negotium* sau *negotium juris* și nu la *instrumentum* sau *instrumentum probationis*.

Sub aspectul probei, este necesară respectarea existenței formei scrise numai *ad probationem*, iar nu pentru validitatea actului în cauză.

¹² Stoica V., *Coproprietatea obișnuită în lumina dispozițiilor legale actuale și a celor din Proiectul Codului civil. Noțiuni, principii și exercitare*, în *Dreptul* nr. 4/2005, p. 60-62.

¹³ Eliescu M., *Curs de succesiuni*, Ed. Humanitas, București, 1997, p. 521 și 522.

¹⁴ Deak Fr., *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 58-61. Trușcă P., *Drept civil. Introducere în dreptul civil. Persoana fizică. Persoana juridică*, Ed. Universul Juridic, București, 2003, p. 135-236.

În privința posibilității de a desființa partajul, dacă acesta este convențional, conform art. 684 alin. (1) Cod civil, este susceptibil de desființare pentru aceleași cauze ca și contractele. Însă, nu are posibilitatea de a invoca nulitatea relativă a partajului convențional coproprietarul care, deși a cunoscut cauza de nulitate, a înstrăinat în tot sau în parte bunurile atribuite (art. 685 Cod civil). În acest din urmă caz, înstrăinarea bunurilor atribuite are valoare de confirmare a nulității relative.

De asemenea, pentru încheierea valabilă a convenției de partaj, este necesar ca toți coproprietarii/coindivizarii să fie prezenți și să consimtă cu privire la împărțea bunurilor. În cazul efectuării partajului fără participarea tuturor coproprietarilor, acesta este sancționat cu nulitatea absolută.

Înainte de adoptarea actualului Cod civil s-a precizat că dacă unul dintre aceștia lipsește, atunci actul încheiat este anulabil, deci sancționat cu *nulitatea relativă* (de protecție). Într-o altă opinie, în cazul în care partajul s-a făcut în lipsa unui coproprietar/coindivizar, s-a apreciat că convenția de împărțea este *inopozabilă* coproprietarului/coindivizarului absent, întrucât actele juridice prin care se exercită dreptul de a cere partajul sunt acte de dispoziție.¹⁵ Noul Cod civil a tranșat această problemă reglementând expres sancțiunea nulității absolute atunci când partajul este efectuat fără participarea tuturor coproprietarilor.

Atunci când partajul nu cuprinde toate bunurile comune este totuși valabil, iar pentru bunurile care au fost omise este posibil să se facă oricând un partaj suplimentar.

¹⁵ Stoica V., *op. cit.*, în Dreptul nr. 5/2005, p. 47. Pop L., Harosa L.-M., *op. cit.*, p. 198.

OBLIGAȚIA CREDITORULUI CONTRACTUAL DE A CONTRIBUI LA LIMITAREA PREJUDICIULUI – FORMĂ DE MANIFESTARE A BUNEI – CREDINȚE ÎN NOUL COD CIVIL

Nora Andreea DAGHIE*

Abstract:

European projects systematizing the law of obligations evoke the principle of good faith throughout the entire contract development, as the Civil Code of 2009 also does. Good and bad faith in contracts have received a role worthy of attention and of great value in our civil law, with the entry into force of the new Civil Code on 1 October 2011.

Modern vision extends the obligation to behave in good faith and avoid any behaviour in bad faith to the creditor as well. For the contract performance phase, the obligation to minimize its own damage resulting from non-performance of its obligations is seen as a function of good faith.

By establishing, for the first time in the Romanian private law, a real obligation for the contractual creditor to leave passivity in order to moderate future damage, the new Civil Code fully meets the requirements of operation of a modern justice, which increasingly encourages the performance oriented towards the economic finality of the contract, and not just the lawfulness of the contract or its compliance with the commitment undertaken.

Thus, according to the provisions of art. 1534 of the Civil Code, the court shall order the sharing of responsibility between the creditor of the unperformed contractual obligation and the responsible debtor, when the creditor's lack of reaction unduly increases the amount of the damage. According to this rule, compensation is limited to the damage that cannot be reasonably avoided by the plaintiff after non-performance of the contract by its contractual partner.

Keywords: *non-performance of contract, good faith, damage, passivity, sharing responsibility*

Rezumat:

Proiectele europene de codificare a dreptului obligațiilor evocă principiul bunei-credințe în toată evoluția contractului, așa cum o face și Codul civil din 2009. Buna și reua-credință în contracte au primit un rol demn de atenție și cu o valoare deosebită în dreptul nostru civil, prin intrarea în vigoare a noului Cod civil la data de 1 octombrie 2011.

Viziunea modernă extinde îndatorirea de a se comporta cu bună-credință și de a evita orice comportament de rea-credință și asupra creditorului. Pentru faza de executare a contractului, obligația de a minimaliza propriul prejudiciu ca urmare a neexecutării obligațiilor este văzută ca funcție a bunei-credințe.

Prin consacrarea pentru prima dată în dreptul privat român a unei veritabile obligații în sarcina creditorului contractual de a ieși din pasivitate pentru moderarea prejudiciului viitor, noul Cod civil răspunde pe deplin imperativelor funcționării unei justiții moderne, care

* Conf. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice din cadrul Universității „Dunărea de Jos” Galați, nora.daghie@ugal.ro

încurajează tot mai mult executarea orientată spre finalitatea economică a contractului, și nu doar legalitatea contractului sau conformitatea sa cu angajamentul asumat.

Astfel, în temeiul dispozițiilor art. 1534 C. civ., instanța de judecată va putea dispune un partaj de responsabilitate între creditorul obligației contractuale neexecutate și debitorul responsabil, atunci când lipsa de reacție a creditorului augmentează în mod nejustificat valoarea prejudiciului. Potrivit acestei reguli, despăgubirile sunt limitate la prejudiciul care nu poate fi rezonabil evitat de către reclamant după neexecutarea contractului de către partenerul său contractual.

Cuvinte-cheie: neexecutarea contractului, bună-credință, prejudiciu, pasivitate, partaj de responsabilitate

Domeniul contractelor respectă principiile fundamentale de drept civil și le completează cu principii specifice, precum principiul bunei-credințe.

Potrivit dispozițiilor imperative ale art. 1170 C. civ., „Părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație”.

Buna-credință trebuie să însoțească atât perioada precontractuală (negocierea), cât și perioada contractuală (încheierea și executarea contractului), iar părțile nu pot să înlătore sau să limiteze prin convenție această obligație legală întrucât norma are caracter imperativ și nu permite în mod expres derogarea.

În zilele noastre, se admite în unanimitate, în dreptul intern, dreptul internațional privat, dreptul comerțului internațional și în dreptul european al contractelor, că buna-credință este o importantă normă de comportament în spațiul contractual, fiind evaluată ca un principiu general al dreptului menit să guverneze toate raporturile juridice, indiferent de izvoarele și de natura lor¹. De altfel, recunoașterea de care buna-credință beneficiază în prezent relevă autoritatea de care dispune adeseori „de monarh absolut asupra unui imperiu nelimitat”².

Unul dintre motivele recunoscute pentru existența unei obligații de bună-credință rezultă din imposibilitatea de a redacta contracte complete. Dacă părțile ar putea să prevadă toate situațiile neprevăzute și ar putea să negocieze toate prevederile contractuale fără costuri, nu ar exista nicio justificare pentru existența unei îndatoriri de bună-credință. Toate aspectele legăturii contractuale ar fi guvernate de prevederile exprese ale convenției

¹ Principiile dreptului european al contractelor, în art. 1.201, stabilesc o îndatorire a părților de a acționa cu bună-credință și de a se comporta onest (*good faith and fair dealing*), îndatorire care nu poate fi eliminată complet și nici nu poate fi limitată convențional de părți. Noțiunea de „bună-credință” este folosită aici ca un concept subiectiv, care se referă la intenția de a acționa onest și cinstit, ceea ce înseamnă interzicerea acțiunilor neprofitabile pentru partea care le săvârșește și care au ca scop doar vătămarea celeilalte. Termenul *fair dealing* adaugă o dimensiune obiectivă conceptului, referindu-se la obligația de a acționa cinstit.

Principiile UNIDROIT reglementează asemănător, în art. 7.1 par. 1, obligația tuturor părților de a acționa în conformitate cu buna-credință și cinstea (*good faith and fair dealing*) în comerțul internațional, par. 2 al aceluiași articol stabilind caracterul imperativ al obligației de bună-credință, care nu poate fi nici exclusă și nici măcar limitată convențional. A se vedea, pentru o serie de exemple care permit înțelegerea concretă a conceptului, Floare M., *Buna și reaua-credință în negocierea și executarea contractelor de drept comun*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 90.

² Loussouarn Y., *La bonne foi: rapport de synthèse*, în *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1992, Litec, Paris, 1994, p. 10 *apud* Pop L., *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. II – *Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 514.

părților și orice potențială încălcare a acesteia ar fi expres reglementată. Părțile nu pot însă să prevadă toate situațiile extraordinare, iar redactarea minuțioasă a unui contract nu este lipsită de costuri, astfel încât contractele sunt inerent incomplete³.

Buna-credință în executarea contractului constă pentru fiecare dintre părți în a nu înșela încrederea pe care i-a suscitată-o cealaltă parte atunci când a contractat. Această previzibilitate se află în inima contractului, în special atunci când legătura contractuală trebuie să dureze⁴. Ea este expresia îndatoririi generale de loialitate în comportament și, totodată, prelungirea forței obligatorii a contractului. În alți termeni, buna-credință nu-l obligă pe creditor să renunțe la dreptul sau la interesul său, în numele unei vagi solidarități juridice, ci să-i dea contractului deplina sa eficacitate, într-o măsură compatibilă cu propriul său interes. În ceea ce-l privește pe debitor, „toate prestațiunile cuprinse într-un raport de obligație, oricare ar fi originea și natura acelui raport, fie că obligația va fi de *dare*, de *facere* sau de *non facere*, impun debitorului un fel de a fi și de a se purta, adică o îngrijire, o diligență, care să corespundă cu o neprihănită bună-credință, și cu o scrupuloasă bunăvoință, dibăcie, băgare de seamă și prudență, care trebuie să preșadă la îndeplinirea tuturor acestor prestații, căci pentru fiecare dintre ele întrebarea nu va fi numai dacă debitorul a făcut lucrarea, a transmis dreptul sau s-a abținut de a face ceea ce nu trebuie să facă, ci întrebarea va mai fi dacă a făcut lucrarea și a transmis dreptul așa cum lucrarea trebuia făcută și astfel cum dreptul trebuia transmis, și dacă a luat toate precauțiunile pentru ca ceea ce nu trebuia să fie, să nu fie”⁵.

Buna-credință loialitate prevăzută expres, în prezent, de art. 1170 C. civ. reprezintă un instrument juridic care permite judecătorilor sancționarea comportamentului contractual al părților în situația în care este contrar calităților morale care formează conținutul acestei reguli, precum: fidelitatea, sinceritatea, onestitatea și, în sens mai larg, loialitatea⁶. Astfel, pe de o parte, art. 1170 C. civ. interzice creditorului anumite comportamente contradictorii, precum: să invoce o clauză rezolutorie de plin drept atunci când a lăsat să se perpetueze neexecutarea sau să nu uzeze de punerea în întârziere decât ca pretext pentru ruperea contractului, iar pe de altă parte, implică o îndatorire la inițiativă, la cooperare sau la colaborare, cu scopul de a permite o executare eficientă a contractului. De altfel, doctrina consideră că buna-credință la executarea contractului se traduce prin necesitatea respectării de către părți a două obligații: obligația de loialitate sau de fidelitate și obligația de cooperare.

³ În acest sens, a se vedea Klein B., *Transaction Cost Determination of „Unfair” Contractual Arrangements*, în Wittman D.A. (edited by), *Economic Analysis of the Law – Selected Readings*, Blackwell Publishing, Oxford, 2003, p. 134 *apud* Floare M., *op. cit.*, p. 145.

⁴ Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck P., *Drept civil. Obligațiile*, traducere din limba franceză de D. Dănișor, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 402.

⁵ Cantacuzino M.B., *Elementele dreptului civil*, Ed. All Educational, București, 1998, p. 427.

⁶ În doctrina franceză se afirmă că buna-credință este „la fidélité aux engagements-et-la sincérité dans les paroles” sau „est synonyme de sincérité, de franchise et plus largement de loyauté”. De asemenea, buna-credință este frecvent caracterizată prin cuvântul „onestitate”: „du côté du débiteur, elle l’oblige à une exécution honnête et complète de l’obligation promise”. A se vedea: Volansky A., *Essai d’une définition expressive du droit basée sur l’idée de bonne foi*, Thèse, Paris, 1929, p. 163 *apud* Pop L., *Contractul, op. cit.*, p. 515; Bénabent Al., *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 204.

Obligația de loialitate reprezintă îndatorirea părților de a se informa reciproc, pe toată durata contractului⁷ și de a-și îndeplini angajamentele contractuale cu diligența unui bun părinte de familie sau „a unui bun proprietar sau gospodar”⁸.

Obligația de cooperare constă în îndatorirea părților de a facilita executarea contractului pentru a se asigura echilibrarea prestațiilor. În virtutea acestei obligații părțile sunt ținute să încerce tot ceea ce este necesar și posibil pentru executarea cât mai bună, sănătoasă și utilă a contractului. De exemplu, atunci când dificultățile în executarea contractului sunt proprii sau personale uneia dintre părți, obligația de cooperare cuprinde în conținutul său îndatorirea de toleranță în exercitarea drepturilor celeilalte părți: toleranță în exercitarea dreptului său de a cere executarea integrală a contractului; toleranță în invocarea excepției de neexecutare; toleranță în cererea de rezoluțiune a contractului etc.⁹

În același spirit, partea contractantă care este victima neexecutării contractului trebuie să se comporte în așa fel încât să se ajungă la limitarea sau minimizarea prejudiciului care îi

⁷ A se vedea Popa I.-F., *Dolul și obligația de informare în contractele sinalagmatice*, în Dreptul nr. 7/2002, p. 62; Almășan A., *Noțiunea, fundamentarea și sfera de aplicație a obligației de informare la încheierea contractelor*, în AUB Drept 2013-II, p. 194-195.

Prin recursul la exemplul clasic al jurisprudenței negustorului din Rhodos, mai exact la interpretările formulate în diverse stadii istorice ale gândirii juridice asupra soluției, vom evoca modul în care sedimentarea ideii de informare a depășit intersecția dintre morală și drept. Un negustor din Alexandria se îndreaptă cu o mare cantitate de grâu către insula Rhodos ai cărei locuitori trăiesc vitregia foametei. El știe că nave purtând încărcături de grâne vor pleca din Alexandria spre aceeași destinație. În măsura în care ar sosi primul în Rhodos, ar trebui să dezvăluie potențialilor săi cumpărători sfârșitul în viitorul apropiat al foametei sau, păstrând tăcerea, să vândă marfa sa la cel mai bun preț posibil?

Cicero, invocând preceptele moralei ca fundament teoretic al contractului, aprecia că negustorul nostru are obligația de a-i informa pe clienți. Un om onest este ținut să dezvăluie ceea ce este legat de obiectul contractului, întrucât cumpărătorul care urmează să-și dea sau nu consimțământul nu ar trebui să ignore nimic din ceea ce vânzătorul cunoaște despre bunul pe care vrea să i-l vândă; bineînțeles, aceasta atâta timp cât, în economia mai largă a contractului, informația prezintă interes în formarea consimțământului cumpărătorului. Sf. Thoma din Aquino, rămânând pe același teren al moralei, vedea o altă soluție; apreciind că vânzătorul nu este ținut de obligația de a-i avertiza pe locuitorii din Rhodos, el consideră că vânzătorul poate, fără ca aceasta să însemne vreo lezare a ideii de justiție, să vândă marfa la prețul obișnuit al pieței. În fine, ilustrul Pothier, raționând în spiritul distincției dintre drept și morală consideră că, în temeiul principiilor dreptului, nu i se poate pretinde vânzătorului, decât a-l informa pe cumpărător asupra tuturor elementelor exterioare bunului vândut chiar dacă în „forul conștiinței” profitul astfel obținut ar trebui considerat injust în considerarea faptului că diminuarea semnificativă a prețului urma să intervină rapid. A se vedea Fabre-Magnan M., *Droit des obligations*, t. 1, PUF, Thémis, 2008, n° 146, *apud* Orga-Dumitriu G., *Dreptul european al contractelor*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 188-189.

⁸ Diligența „unui bun gospodar” este, de regulă, aceea cerută oricărei persoane. Debitorul este deci răspunzător de greșelile pe care o persoană cu pregătire medie și diligență normală le comite în propriile sale afaceri, care constituie astfel modelul abstract al unui „bun gospodar” sau „bun părinte de familie”. A se vedea Gherasim D., *Buna-credință în raporturile juridice civile*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1981, p. 79. În acest sens, jurisprudența franceză a hotărât că instalatorul de electricitate are îndatorirea de a căuta și realiza bransamentul cel mai scurt sau un transportator trebuie să urmeze itinerariul cel mai avantajos pentru expeditor; un șofer de taxi este necesar să aleagă calea cea mai puțin oneroasă pentru a-l duce pe pasager la destinație. De asemenea, jurisprudența a statuat că beneficiarul unei lucrări trebuie să faciliteze munca antreprenorului, în sensul de a nu aduce proiectului modificări nejustificate ori care provoacă întreruperea activității. A se vedea Cass. civ. 3, 5 iun 1968, R.T.D. civ. 1969, p. 141, observation Cornu G.; Cass. com., 8 mars 2005, R.T.D. civ. 2005, p. 392, observation Mestre J. et Fages B. *apud* Pop L., *Contractul*, *op. cit.*, p. 517.

⁹ A se vedea Picod Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Paris, 1989, nota 144-156 *apud* Pop L., *Contractul*, *op. cit.*, p. 520.

este cauzat, ceea ce în dreptul englez se numește „duty to mitigate”¹⁰. Ideea o regăsim și în viziunea americană și de common law, unde reaua-credință în ceea ce privește remedierea deficiențelor contractuale include abuzul de dreptul de a obține garanții adecvate, refuzul nejustificat de a accepta executarea în natură din partea celeilalte părți, eșuarea deliberată în atenuarea prejudiciilor suferite și abuzul de dreptul de a obține încetarea contractului¹¹. Un autor american de referință în domeniul analizei economice a dreptului, Richard A. Posner, a arătat că executarea cu bună-credință este o clauză implicită a tuturor contractelor și înseamnă, în acest context economic, a nu încerca să profiți de vulnerabilitățile create de caracterul succesiv al executării contractului. Nimeni nu s-ar lăsa de bunăvoie la discreția celeilalte părți, astfel încât este rezonabil să se presupună că dacă părțile ar fi anticipat posibilitatea unui comportament de rea-credință, ele l-ar fi interzis expres¹².

Spre deosebire de abordarea din Codul nostru civil de la 1864, care nu cunoștea instituția partajului de responsabilitate în ipoteza pasivității culpabile a creditorului, de natură a augmenta nejustificat valoarea prejudiciului înregistrat, noul Cod civil face un transplant reușit prin consacrarea în textul art. 1534 a obligației creditorului de moderare a pagubei¹³: „(1) Dacă, prin acțiunea sau omisiunea sa culpabilă, creditorul a contribuit la producerea prejudiciului, despăgubirile datorate de debitor se vor diminua în mod corespunzător. Această dispoziție se aplică și atunci când prejudiciul este cauzat în parte de un eveniment al cărui risc a fost asumat de creditor. (2) Debitorul nu datorează despăgubiri pentru prejudiciile pe care creditorul le-ar fi putut evita cu o minimă diligență. Creditorul poate însă recupera cheltuielile rezonabile făcute în vederea limitării prejudiciului”¹⁴.

Așadar, art. 1534 C. civ. se aplică în cazurile în care victima, după încălcarea obligațiilor contractuale de către debitor, agravează paguba produsă ori împiedică diminuarea acesteia, printr-o atitudine care îi este imputabilă.

Dispozițiile art. 1726 C. civ. reglementează o aplicație în materia contractului de vânzare. Astfel, în cazul unui contract de vânzare având ca obiect bunuri fungibile supuse unui preț curent, care nu este executat din culpa vânzătorului, cumpărătorul poate achiziționa bunuri de același gen, pe cheltuiala vânzătorului, prin intermediul unei persoane autorizate, având, totodată, obligația de a-l încunoștința pe vânzător.

¹⁰ În acest sens, Mazeaud D., *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?*, în *L’avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Paris, 1999, p. 603-634 *apud* Pop L., *Contractul, op. cit.*, p. 520.

¹¹ Dubroff H., *The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviling a Revered Relic*, în *St. John’s Law Review*, vol. 80, nr. 2/2006, p. 593 *apud* Floare M., *op. cit.*, p. 77.

¹² Mackaay E., Leblanc V., *The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law of Contract*, Conference of the European Association of Law and Economics, Nancy, France, 18-20 September 2003, disponibil la papyrus.bib.umontreal.ca, p. 9.

¹³ A se vedea Goicovici J., *Culpa creditorului în moderarea prejudiciului, conform Noului Cod civil*, în *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, nr. 1/2015, p. 25; Goicovici J., *Obligația creditorului de limitare a prejudiciului în reglementarea art. 1534 din noul Cod civil*, în *Curierul Judiciar* nr. 3/2010, p. 141-148.

¹⁴ Regăsim obligația de moderare a pagubelor și în textul art. 77 din Convenția de la Viena privind vânzarea internațională de mărfuri din 11 aprilie 1980: „Partea care invocă încălcarea contractului este datoare a lua toate măsurile rezonabile, în circumstanțele date, pentru a limita întinderea prejudiciului, inclusiv a câștigului neobținut, rezultat în urma încălcării contractului. Dacă partea neglijează întreprinderea acestor măsuri, contractantul în culpă poate obține o reducere a daunelor-interese datorate, reducere egală cu cuantumul prejudiciului care ar fi putut fi evitat.”.

Într-un exemplu folosit de Domat¹⁵, viticultorul care – în contextul nelivrării la timp a instalațiilor de recoltare de către vânzător – omite să închirieze alte instalații în acest interval, compromițându-și astfel recolta anuală (supusă înghețului), nu-i poate imputa debitorului său contractual distrugerea recoltei, întrucât prejudiciul suportat este atașat, într-un asemenea caz, mai degrabă pasivității frapante a creditorului, decât neexecutării de către vânzător a obligației inițiale de predare la termen a lucrului vândut. În atare situații, neexecutarea de către debitor a îndatoririlor contractual asumate nu explică în mod direct surveniența pagubei suplimentare, provenite din neglijența impardonabilă a creditorului de a se interesa de diminuarea prejudiciului înregistrat.

În același sens, într-o speță, Curtea de Apel București a reținut că obligația de furnizare software pentru operațiuni determinate este o obligație de rezultat. Cu toate acestea, obligația de rezultat a debitorului (furnizor) nu exclude datoria creditorului (beneficiar) de a coopera la obținerea rezultatului. Neîndeplinirea acestei datorii are drept consecință partajarea răspunderii între debitor și creditor¹⁶. Aceeași instanță, într-o altă speță, constată de această dată că nu poate fi imputat creditorului faptul că, după ce debitorul a oprit lucrările de construcție pe care era obligat să le finalizeze, acesta nu a luat măsuri pentru protejarea construcției edificate până în acel moment, pentru a evita degradarea lor, în condițiile în care, conform contractului, debitorul, și nu creditorul avea obligația de a lua toate măsurile de protejare a lucrărilor până la momentul predării lor către beneficiar¹⁷.

Privitor la obligația creditorului de a evita producerea prejudiciului, doctrina reține: „este natural ca, într-un contract, creditorul să îl atenționeze pe debitor cu privire la caracterul defectuos al executării acestuia și nu să aștepte o finalizare defectuoasă a acestei executări necorespunzătoare pentru ca apoi să solicite daune-interese mai mari. (...) în funcție de diligențele pe care creditorul le poate depune în vederea minimizării prejudiciului, daunele-interese pot fi reduse proporțional”¹⁸.

Obligația de moderare a prejudiciului, aplicație a principiului bunei-credințe, poate fi definită ca reprezentând obligația creditorului de a avea inițiativa oricăror măsuri rezonabile de natură să-i limiteze paguba rezultată din neexecutarea obligației civile de către debitor¹⁹.

Judecătorului investit cu soluționarea cererii de plată a daunelor-interese îi revine sarcina să aprecieze asupra existenței raportului de cauzalitate între fapta prejudiciabilă a debitorului și prejudiciul survenit. Dacă va constata că, printr-o atitudine care îi este imputabilă, creditorul a rupt nexul causal dintre prejudiciu și fapta ilicită a debitorului, agravând paguba produsă sau împiedicând diminuarea acesteia, instanța va reduce cuantumul despăgubirilor pentru fracțiunea din prejudiciu care putea fi evitată.

¹⁵ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. V, Introduction, Secțiunea a II-a, *apud* Chazal J.-P., „L'ultra-indemnisation”: une réparation au delà des préjudices directs, Note, „Recueil Dalloz”, 2003, Jurisprudence, p. 2327.

¹⁶ A se vedea C. Ap. București, s. a V-a com., dec. nr. 2002, în Terzea V., *Codul civil adnotat*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 787-788.

¹⁷ A se vedea C. Ap. București, s. a IV-a civ., dec. nr. 2319/2006, în Rusu A., *Executarea obligațiilor. Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 135.

¹⁸ Pop L., Popa I.-F., Vidu S.I., *Tratat elementar de drept civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 309. Dacă este cert că debitorul nu își va îndeplini obligația, creditorul nu trebuie să aștepte împlinirea termenului de executare, ci trebuie să ia măsuri în scopul reducerii prejudiciilor cauzate ca urmare a neîndeplinirii obligației [a se vedea Comentariile proiectului Convenției Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri (documentul A/CONF.97/5 din 14 martie 1979, p. 61), disponibile la adresa de internet: <http://www.uncitral.org>].

¹⁹ Goicovici J., *Culpa creditorului în moderarea prejudiciului, conform Noului Cod civil, op. cit.*, p. 25.

Textul art. 1534 C. civ. nu impune eforturi excepționale și nerezonabile din partea creditorului, ci doar luarea de măsuri pe care nivelul normal al diligenței le presupun²⁰. Numai prejudiciul care ar fi putut fi evitat printr-o minimă diligență este un prejudiciu imputabil celui care l-a suferit sau l-a tolerat. În acest sens, ne alăturăm doctrinei²¹ care apreciază că moderarea pagubei nu reprezintă un apel la diligență excepțională adresat creditorului, ci doar eforturi rezonabile de diminuare a prejudiciului. Criteriul caracterului rezonabil al măsurilor întreprinse nu reclamă ca eforturile depuse de creditor să se fi dovedit, cu necesitate, cele mai inspirate economic sau să fi fost întotdeauna încununate de succes. Astfel, creditorul nu este dator să întreprindă măsuri ce ar presupune costuri exorbitante și nici să procedeze la denunțarea unilaterală a altor contracte, doar pentru a reduce paguba rezultată din neexecutarea respectivului contract de către debitorul său. Dimensiunea bunei-credințe în dreptul contractual se stabilește prin raportare la un set de reguli/standarde de conduită rezonabilă în relațiile contractuale²².

Vom folosi un exemplu pentru a evidenția utilitatea practică a textului art. 1534 C. civ. Să presupunem că X, în calitate de producător de mere, livrează societății Y cantitatea de 1 tonă mere pentru a face aprovizionarea timp de o lună cu fructe la școlile din județ. Din cauza temperaturilor scăzute și a condițiilor de depozitare necorespunzătoare ale producătorului, în interval de 4 zile de la momentul livrării toate fructele s-au stricat. Societatea Y ajunge astfel în imposibilitate de a-și executa contractele încheiate cu școlile din județ. Ce atitudine poate adopta creditorul Y? Societatea Y poate să nu-și îndeplinească propriile obligații asumate contractual față de școli și să suporte consecințele juridice stipulate în contracte sau, dimpotrivă, poate să cumpere fructele de la un alt producător – soluție mai avantajoasă din punct de vedere economic. Tradițional, creditorul aștepta, tolera neexecutarea contractului și/sau, în final, invoca răspunderea contractuală a debitorului, pentru a obține despăgubirea sa integrală, atât pentru beneficiul nerealizat, cât și pentru *damnum emergens*. Potrivit dispozițiilor Codului civil de la 1864, creditorul putea fi autorizat să procedeze la executarea din proprie inițiativă, dar nu putea fi constrâns să iasă din pasivitate.

Revenind la situația ipotetică supusă analizei, este cert faptul că alegând varianta a doua, respectiv să cumpere fructele de la un alt producător și să-și onoreze contractele, creditorul face aplicarea dispozițiilor art. 1534 C. civ. și diminuează prejudiciul, care va fi acoperit prin angajarea răspunderii contractuale a debitorului X.

²⁰ În ce privește sintagma „cheltuieli rezonabile”, legiuitorul a avut în vedere acele cheltuieli stricte pe care le-a efectuat creditorul cu diligența unui *bonus pater familias*. A se vedea Adam I., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 539.

²¹ Goicovici J., *Culpa creditorului în moderarea prejudiciului, conform Noului Cod civil, op. cit.*, p. 27. În jurisprudența statului Minnesota, judecătorii au reținut neîndeplinirea obligației de moderare a pagubelor în ipoteza în care, deși municipalitatea a denunțat unilateral, în chip abuziv, un contract de exploatare a unui teren riveran, creditorul a rămas pasiv vreme de câțiva ani, neîncheind contracte de locațiune cu alte persoane interesate, în urma cărora prejudiciul ar fi putut fi parțial acoperit de suma primită cu titlu de chirie – a se vedea Calamari J.D., Perillo J.M., *Contrats*, 3rd ed., Ed. West Publishing Co., Minnesota, 1987, p. 611-612 apud Goicovici J., *Culpa creditorului în moderarea prejudiciului, conform Noului Cod civil, op. cit.*, p. 28.

²² Articolul 1:302 din Principiile dreptului european al contractelor arată că rezonabilitatea se apreciază în funcție de conduita persoanelor care acționează cu bună-credință în situații similare, ținând cont și de uzanțele relevante. În acest sens, a se vedea C. von Bar, Clive E., Schulte-Nölke H., Beale H., Herre J., Huet J., Storme M., Swann S., Varul P., Veneziano A. and Zoll F. (edited by), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, disponibil la ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, p. 138.

Obligația de moderare a prejudiciului rămâne însă o obligație de mijloace²³, caracterizată de faptul că debitorul este ținut de îndatorirea de a depune toată diligența necesară ca un anumit rezultat să se realizeze. Cu alte cuvinte, debitorul plătește folosind toate mijloacele pentru atingerea rezultatului promis.

În ceea ce privește sancțiunea neexecutării acestei obligații, ea poate consta numai în refuzul instanței de a indemniza integral victima prejudiciului. Despăgubirile datorate de debitor se vor diminua în mod corespunzător cu valoarea prejudiciului care ar fi putut fi evitat prin intervenția creditorului²⁴.

Dovada neexecutării obligației de moderare a pagubei, impusă prin dispozițiile art. 1534 C. civ., trebuie adusă de către debitorul contractual interesat să obțină partajarea răspunderii civile cu creditorul prejudiciat. Astfel, nu creditorul este ținut să probeze faptul că a întreprins toate măsurile rezonabile necesare restrângerii pagubei finale, ci revine persoanei răspunzătoare de producerea prejudiciului inițial sarcina de a dovedi pasivitatea imputabilă a creditorului (proba culpei concurente a creditorului)²⁵.

În concluzie, buna-credință impune părților să facă tot ceea ce este rațional posibil pentru a asigura perenitatea actului de previziune inițial. Violarea îndatoririi de bună-credință este sancționată prin antrenarea răspunderii²⁶. În condițiile reglementării pentru prima dată în dreptul privat român a obligației creditorului de plafonare a prejudiciului, prin dispozițiile art. 1534 C. civ., pasivitatea nerezonabilă a creditorului reprezintă o faptă ilicită care-i angajează răspunderea.

Astfel, dat fiind faptul că ambele părți au contribuit în mod culpabil la cuantumul final al prejudiciului (debitorul, prin neexecutarea obligațiilor asumate contractual, și creditorul, prin neîndeplinirea eforturilor de moderare a pagubei), instanța de judecată, la cererea debitorului, îl va exonera parțial de răspundere civilă, astfel încât fracțiunea din prejudiciu care a intervenit ulterior săvârșirii faptei ilicite a debitorului, de cele mai multe ori prin neglijența creditorului, să fie suportată exclusiv de către acesta din urmă. În aceste cazuri,

²³ Această clasificare a obligațiilor o regăsim reglementată expres de Codul civil în art. 1481 Obligațiile de mijloace și obligațiile de rezultat: „(1) În cazul obligației de rezultat, debitorul este ținut să procure creditorului rezultatul promis. (2) În cazul obligațiilor de mijloace, debitorul este ținut să folosească toate mijloacele necesare pentru atingerea rezultatului promis. (3) Pentru a stabili dacă o obligație este de mijloace sau de rezultat se va ține seama îndeosebi de:

- a) modul în care obligația este stipulată în contract;
- b) existența și natura contraprestației și celelalte elemente ale contractului;
- c) gradul de risc pe care îl presupune atingerea rezultatului;
- d) influența pe care cealaltă parte o are asupra executării obligației”.

²⁴ A se vedea Gherghes A., *Executarea prin echivalent*, în M. Uliescu (coordonator), *Noul Cod civil Studii și comentarii*, vol. III, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 764.

²⁵ Goicovici J., *Culpa creditorului în moderarea prejudiciului, conform Noului Cod civil, op. cit.*, p. 29.

²⁶ Ca principiu general de drept, buna-credință își găsește cel mai frecvent sancțiunea și eficiența prin intermediul răspunderii civile. A se vedea Lefebvre B., *La bonne foi: notion protéiforme*, în *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke (Québec)*, vol. 26, nr. 2/1996, p. 336 *apud* Floare M., *op. cit.*, p. 104.

Condițiile abuzului de drept și ale răspunderii pe care o angajează sunt următoarele: a) existența unui drept subiectiv; b) săvârșirea unei fapte ilicite prin exercitarea sau prin neexercitarea dreptului subiectiv; c) prejudiciul patrimonial sau moral; d) raportul de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu; e) vinovăția (greșeala) autorului faptei ilicite. Cu privire la aceste condiții, pe larg a se vedea Deleanu I., *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1988, p. 78 și urm.

instanța deduce din cuantumul daunelor-interese la plata cărora este obligat debitorul, valoarea daunelor care reprezintă produsul pasivității culpabile a creditorului²⁷.

Chiar dacă majoritatea aplicațiilor principiului bunei-credințe pot fi considerate ca inspirate de o etică mai degrabă comunitară decât individualistă, unele par a promova interese individualiste lipsindu-le logica altruistă. Astfel, în cazul obligației analizate, faptul că o parte trebuie să ia în calcul interesele celeilalte părți sub un anumit aspect are ca efect paradoxal eliberarea celeilalte părți de grija de a se preocupa de acest aspect. Este vorba despre așa-numita funcție moderatoare sau limitativă²⁸ a bunei-credințe, care interzice uneori creditorului să-și exercite drepturile în plenitudinea lor, atunci când o anumită modalitate de executare a obligației sau o anumită sancțiune a neexecutării obligațiilor debitorului poate fi deosebit de păgubitoare pentru debitor. Din această perspectivă, funcția moderatoare sau limitativă a bunei-credințe se află în legătură directă cu teoria abuzului de drept în varianta abuzului de comportament al contractantului²⁹.

²⁷ A se vedea Goicovici J., *Culpa creditorului în moderarea prejudiciului, conform Noului Cod civil, op. cit.*, p. 31; Ghinoiu D.-A., în lucrarea colectivă *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Baiaș Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coordonatori), ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 1728-1729.

²⁸ Masse C., *Rapport général*, în *Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées louisianaises 1992, La bonne foi*, t. XLIII, Litec, Paris, 1994, p. 225-226, *apud* Floare M., *op. cit.*, p. 88.

²⁹ P. van Ommeslaghe, *Rapport général*, în *Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées louisianaises 1992, La bonne foi*, t. XLIII, Litec, Paris, 1994, p. 29, *apud* Floare M., *op. cit.*, p. 88.

IMPLICAȚII ALE CARACTERULUI DE INSTITUȚIE DE ORDINE PRIVATĂ AL PRESCRIPTIEI EXTINGTIVE

Pompilia DOANĂ*
Laurențiu RADU**

Abstract:

The purpose of this article is to emphasize the main elements that provide the statute of limitations with the nature of private order, in the vision of the New Civil Code (NCC). The particularities of the institution allow legal subjects to customize their legal regime applicable in virtue of the suppletive norms governing the institution. In contrast to the benefits brought by the NCC, the law-maker compels the defendant to show an increased diligence, as the latter is the only one with the duty to invoke the relative exception of expiry of the limitation period. The main conclusion of this work is that, in the viewpoint of the NCC, the use of elements specific to the statute of limitations is frail, at this moment, because the enforcement of the civil law in time forces us to temporarily postpone the implementation of the legal construction of the statute of limitations, in the manner effective since 2011, and to witness the appearance of the last effects of the statute of limitations in the regulation of Decree no. 167/1958.

Keywords: statute of limitations, New Civil Code, private-order institution

Rezumat:

Scopul acestei lucrări este de a puncta principalele elemente care conferă prescripției extinctive caracterul de ordine privată în viziunea Noului Cod Civil (NCC). Particularitățile instituției permit subiectelor de drept să își personalizeze regimul juridic aplicabil în virtutea normelor supletive care reglementează instituția. În contrast cu beneficiile aduse de NCC, legiuitorul obligă pârâtul la o diligență sporită, întrucât îi revine în totalitate sarcina de a invoca excepția relativă a împlinirii termenului de prescripție. Concluzia principală a acestei lucrări este că utilizarea elementelor specifice prescripției extinctive în accepțiunea NCC este la acest moment firavă, întrucât aplicarea legii civile în timp ne constrânge să amânăm temporar implementarea construcției juridice a prescripției în modalitatea legiferată în anul 2011 și să asistăm la producerea ultimelor efecte ale prescripției extinctive în reglementarea Decretului nr. 167/1958.

Cuvinte-cheie: prescripție extintivă, noul cod civil, instituție de ordine privată

Introducere

Instituția prescripției extinctive a cunoscut, prin intrarea în vigoare a Noului Cod Civil¹, o schimbare fundamentală de viziune, adaptată realității sociale și economice. Dinamica circuitului civil a impus transformarea prescripției extinctive dintr-o instituție caracterizată printr-un dominant caracter de ordine publică într-una de ordine privată, ce permite subiectelor de drept civil să dispună după propria voință.

* Avocat colaborator „Mușat și Asociații”, e-mail: pompilia.doana@musat.ro

** Avocat colaborator „Mușat și Asociații”, e-mail: laurentiu.radu@musat.ro

¹ Legea nr. 287/2009, republicată în Monitorul Oficial nr. 505 din 15 iulie 2011.

În acest sens, părțile au la îndemână o serie de posibilități, cum ar fi derogarea de la termenele legale sau posibilitatea renunțării la prescripția împlinită. Cu toate acestea, așa cum vom observa, reglementarea prescripției extinctive din Noul Cod Civil a stabilit în sarcina debitorului o obligație de diligență, în sensul că va fi nevoit să invoce el însuși prescripția dreptului material la acțiune al creditorului, eliminându-se posibilitatea ca instanța să intervină.

Din aceste considerente, este necesară îndreptarea atenției către noile trăsături specifice prescripției extinctive. Prin urmare, această lucrare are ca scop aducerea în prim plan a principalelor elemente care caracterizează prescripția extintivă ca o instituție de ordine privată și în ce manieră noua reglementare a produs efecte de la momentul intrării în vigoare până în prezent. În cadrul lucrării, nu ne-am propus să analizăm instituția prescripției în ansamblu său, având în vedere complexitatea ce o definește. În schimb, am urmărit să prezentăm câteva dintre aspectele ce conferă prescripției extinctive un caracter de ordine privată și mai ales în ce măsură sunt acestea aplicate în practică.

Considerente pentru care legiuitorul a revenit la reglementarea inițială

Reforma legislativă a noilor coduri a generat dezbateri publice intense cu privire la necesitatea unei noi reglementări care să asigure o protecție juridică adecvată raporturilor de drept. În acest context al discrepanței dintre normele în vigoare și realitatea social-economică, în literatura de specialitate s-au exprimat diverse opinii cu privire la necesitatea revizuirii instituției prescripției extinctive, în sensul adaptării acesteia la natura raporturilor de drept civil preponderente.

În primul rând, a fost adusă în prim plan desuetudinea prevederilor art. 18 din Decretul nr. 167/1958² și faptul că acestea nu mai corespund situațiilor juridice actuale din spațiul teritorial în care s-a aplicat.

În acest sens, s-a arătat că *„textul analizat a fost edictat în anul 1958, deci acum 53 de ani, atunci când situația socială, economică, culturală, politică era de o cu totul altă natură decât cea din prezent. Sistemul de sorginte comunist avea ca deziderat, și în justiție, o strictețe exagerată și un control cât mai mare asupra raporturilor socio – juridice. Așa se explică inclusiv această dispoziție legală, ca instanțele de judecată să sancționeze din oficiu eventualele acte de delăsare și pasivitate din partea creditorilor, în apărarea drepturilor lor patrimoniale (această din urmă noțiune fiind ea însăși contrară principiilor regimului comunist, care dezavua orice se afla în legătură cu patrimonial și cu apărarea lui prin mijloace juridice). În prezent, realitățile sunt cu totul altfel: România este un stat de drept, este membră a Uniunii Europene, a ratificat Convenția europeană a drepturilor omului, iar legislația noastră se pregătește să primească noile coduri esențiale. Este, în opinia noastră, limpede că o dispoziție de genul celei din art. 18, citat mai sus, nu își mai poate găsi aplicare într-o ordine juridică de acest tip³.”*

Importantă în demersul nostru este și opinia lui Marian Nicolae, care observă carențele normelor Decretului nr. 167/1958, printre care și faptul că *„în materie civilă, prescripția extintivă trebuie să reprezinte atât expresia unor interese generale, (...), cât și expresia intereselor particulare, constând în faptul că prescripția trebuie lăsată la îndemâna părților interesate, singurele în măsură să decidă dacă vor sau nu să se prevaleze de efectele ei; (...)*

² Publicat în Monitorul Oficial nr. 19 din 21 aprilie 1958.

³ Radu F., *Exceptia prescripției extinctive este o veritabilă excepție de ordine publică?*, disponibil aici: <http://www.juridice.ro/157841/exceptia-prescripției-extinctive-este-o-veritabilă-excepție-de-ordine-publică.html>.

aplicarea ei (prescripției – n.n.) din oficiu contravine însuși fundamentului și funcțiilor acesteia⁴.”

Într-o prima etapă, proiectul de Cod civil din 2004 păstra specificul reglementării Decretului nr. 167/1958 în privința caracterului imperativ al normelor. Astfel, dispozițiile art. 1946 din Proiect prevedeau că *„Orice clauză care se abate de la reglementarea legală a prescripției este lovită de nulitate absolută”*, adăugând chiar câteva exemple de clauze contrare reglementării legale a prescripției.

În sistemul Noului Cod Civil, deși rămâne o instituție juridică de interes general, prescripția extinctivă nu mai este reglementată emanent de norme de ordine publică. Având în vedere că prin funcțiile pe care le îndeplinește în viziunea Noului Cod Civil, prescripția extinctivă este o instituție de drept privat, aceasta este reglementată în mod preponderent prin norme supletive.

În literatura de specialitate recentă se consideră că interesele preponderent private deservite de instituția prescripției extinctive au condus către o *„reglementare mai flexibilă, liberală, a acestei instituții, bazată pe două principii fundamentale: (i) necesitatea asigurării certitudinii și stabilității raporturilor juridice civile, precum și (ii) respectarea principiului libertății contractuale în materia prescripției extinctive, cu condiția ca aceasta să nu aducă atingere ordinii publice, normelor imperative și bunelor moravuri”*⁵.

Principalele caractere ale instituției de ordine privată

Convenții și clauze convenționale

Noul Cod Civil prevede posibilitatea părților contractante de a stabili anumite reguli ale regimului prescripției extinctive aplicabil actului juridic, reguli care pot deroga de la normele supletive ce reglementează instituția prescripției.

Astfel, pot fi stipulate clauze sau pot fi încheiate convenții prin care părțile actului juridic *„pot, prin acord expres, să modifice durata termenelor de prescripție sau să modifice cursul prescripției prin fixarea începutului acesteia ori prin modificarea cauzelor legale de suspendare ori de întrerupere a acesteia, după caz”*⁶.

Convențiile și clauzele convenționale prin care se stabilește regimul juridic al prescripției extinctive reprezintă acte de dispoziție, astfel că pot fi încheiate numai de persoane cu capacitate deplină de exercițiu (sau de persoane fără capacitate deplină de exercițiu, cu autorizațiile sau aprobările prevăzute de lege).

Noul Cod Civil stabilește, de asemenea, și limitele dreptului de dispoziție al părților în ceea ce privește regimul derogatoriu al prescripției extinctive. Limitele se raportează atât la durata până la care termenul de prescripție poate fi redus/mărit, cât și la tipurile de contracte care nu permit instituirea unor clauze sau convenții derogatorii de la regimul legal al prescripției.

Renunțarea la prescripția împlinită

O altă consecință a caracterului de instituție de ordine privată a prescripției extinctive instituit de Noul Cod Civil este posibilitatea renunțării la prescripția câștigată (împlinită). Potrivit art. 2507 NCC, *„se poate renunța la prescripția împlinită, precum și la beneficiul termenului scurs pentru prescripția începută și neîmplinită.”*

⁴ Nicolae M., *Tratat de prescripție extintivă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 1196.

⁵ Nicolae M., op. cit., p. 1153.

⁶ Art. 2515 alin. (3) NCC.

Renunțarea la prescripție are natura juridică a unui act „*unilateral, consensual, neutru, pur și simplu, respectiv abdicativ*”⁷. Ca orice act juridic, și renunțarea la prescripție trebuie să îndeplinească toate condițiile de fond și de formă prevăzute de lege.

La rândul său, această prerogativă a părților este condiționată de dispozițiile Noului Cod Civil, care prevăd felurile renunțării, persoanele care nu pot renunța la prescripție, efectele, respectiv întinderea renunțării la prescripție.

Invocarea prescripției extinctive

Poate cel mai important aspect ce derivă din caracterul în general supletiv al normelor ce reglementează instituția prescripției extinctive în Noul Cod Civil este reprezentat de modul în care prescripția poate fi invocată. Considerată până la intrarea în vigoare a Noului Cod Civil o veritabilă excepție procesuală de fond, peremptorie și absolută, prescripția extinctivă devine, sub noua reglementare, **o excepție relativă**. Conform prevederilor NCC, „*prescripția nu operează de plin drept*”⁸. În acest sens, noua lege fundamentală civilă stabilește că „*prescripția poate fi opusă numai de cel în folosul căruia curge*”⁹ (...). Complementar, în interiorul aceluiași articol se prevede că „*organul de jurisdicție competent nu poate aplica prescripția din oficiu*”¹⁰, soluție diametral opusă celei propuse de Decretul nr. 167/1958.

Mai mult, nici în cazul în care invocarea prescripției ar fi în interesul statului sau al unităților sale administrativ-teritoriale, instanța de judecată nu va putea aplica *ex officio* prescripția extinctivă¹¹. Astfel, interesul de ordin general al statului și al unităților administrativ-teritoriale este subsidiar principiului disponibilității, soluția legiuitorului fiind, și în acest caz, împiedicarea organului de jurisdicție de a interveni în raportul de drept dedus judecății.

Scopul acestei reglementări din Noul Cod Civil este acela „*de a lăsa prescripția extinctivă la atitudinea diligentă a părâtului*”¹².

Astfel, deși judecătorul trebuie să manifeste un rol activ, acesta nu poate substitui pasivitatea părâtului, care va suporta consecințele lipsei sale de diligență.

Caracterul relativ al excepției prescripției extinctive este incompatibil cu o ipotetică atitudine a instanței, care ar pune în vederea părâtului posibilitatea opunerii acestei excepții¹³.

Deși elimină organul de jurisdicție din sfera celor ce pot opune prescripția extinctivă, dispozițiile Noului Cod Civil permit nu numai debitorului unei obligații să invoce prescripția dreptului material la acțiune al creditorului. Astfel, prescripția poate fi invocată de orice persoană interesată (fideiusorul, codebitorii solidari etc.). Creditorii debitorului au la îndemână mecanismul acțiunii oblice, prin care pot opune prescripția extinctivă, evitând astfel prejudiciul decurgând din lipsa de diligență a debitorului lor. Dacă debitorul renunță la prescripție, creditorii interesați pot obține desființarea actului renunțării, pe calea acțiunii

⁷ Nicolae M., op. cit., p. 682.

⁸ Art. 2506 alin. (1) NCC.

⁹ Art. 2512 alin. (1) NCC.

¹⁰ Art. 2512 alin. (2) NCC.

¹¹ Art. 2512 alin. (3) NCC.

¹² Vasile A., *Excepțiile procesuale în noul Cod de procedură civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 437.

¹³ Ibidem.

pauliene, urmând să invoce, apoi, excepția prescripției extinctive a dreptului material la acțiune¹⁴.

Noul Cod Civil impune și o limită temporară în interiorul căreia se poate opune prescripția extintivă: „numai în prima instanță, prin întâmpinare sau, în lipsa invocării, cel mai târziu la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate¹⁵.”

Neinvocarea prescripției înăuntrul termenului limită se sancționează cu decăderea părții din dreptul de a mai invoca prescripția, cu consecința analizării pretențiilor îndreptate împotriva sa ca și cum acțiunea s-ar fi promovat în termenul de prescripție prevăzut de lege.

Repunerea în termenul de prescripție

Contrar dispozițiilor Decretului nr. 167/1958, prevederile NCC nu permit instanței de judecată să dispună ex officio repunerea în termen. Conform art. 2522 NCC, partea interesată trebuie să adreseze instanței o cerere de repunere în termen, indicând motivele temeinice care au justificat depășirea termenului de prescripție¹⁶.

Impactul resimțit în practica asupra raporturilor juridice

Deși legea prevede posibilitatea părților unui contract de a deroga de la prevederile legale ce reglementează prescripția extintivă, în practică se remarcă o oarecare precauție în ceea ce privește instituirea unor clauze derogatorii.

De asemenea, sunt rare situațiile întâlnite în practică în care debitorul unei obligații renunță la prescripția împlinită, ceea ce se justifică prin faptul că debitorul urmărește să-și protejeze interesele de natură patrimonială și preferă să își rezerve dreptul de a invoca prescripția extintivă a dreptului material la acțiune în cazul în care va fi necesar.

Având în vedere că majoritatea covârșitoare a litigiilor în care este incidentă instituția prescripției extinctive sunt întemeiate pe drepturi de creanță supuse termenului general de prescripție extintivă de 3 ani, până în prezent s-a soluționat un număr redus de cauze în baza reglementării Noului Cod Civil.

O parte însemnată a litigiilor pendinte au la bază un drept material la acțiune a cărei prescripție a început să curgă sub imperiul Decretului nr. 167/1958.

Prin Decizia nr. 1/2014¹⁷, pronunțată de completul pentru soluționarea recursurilor în interesul legii, Înalta Curte de Casație și Justiție a admis recursurile în interesul legii declarate de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și de Colegiul de conducere al Curții de Apel Constanța, statuând că:

„În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 5, art. 201, art. 223 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil și ale art. 6 alin. (4), art. 2512, art. 2513 din Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil, stabilește că **prescripțiile extinctive începute anterior datei de 1 octombrie 2011, împlinite ori neîmplinite la aceeași dată, rămân supuse dispozițiilor art. 18 din Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extintivă, republicat, astfel încât atât instanțele de judecată, din oficiu, cât și părțile interesate pot invoca excepția prescripției extinctive, indiferent de stadiul procesual, chiar în litigii începute după 1 octombrie 2011.”**

¹⁴ Terzea V., în Baiaș Fl. A. (coord.), *Noul Cod civil – Comentariu pe articole*, Ed. CH Beck, București, 2012, comentariul art. 2515, p. 2516.

¹⁵ Art. 2513 NCC.

¹⁶ Art. 2522 NCC.

¹⁷ Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 283 din 17 aprilie 2014.

Practic, împlinirea termenului general de 3 ani în cazul prescripțiilor extinctive supuse noii reglementări a început să se realizeze ulterior datei de 1 octombrie 2014. Astfel, pe rolul instanțelor judecătorești au fost înregistrate și soluționate conform noii reglementări un număr limitat de cauze, care sunt cu precădere în prima fază procesuală având în vedere argumentele mai sus menționate.

Din spețele analizate, observăm că instanțele de judecată aplică noua reglementare, recunoscând limitele rolului activ al acestora din moment ce doar persoana interesată poate invoca prescripția extintivă și numai în termenul instituit de NCC, cu toate consecințele juridice ce decurg de aici.

În acest sens, o urmare de natură procesuală a modificării regimului de invocare al prescripției extinctive este reprezentată de apariția unui nou tip de excepție: **excepția decăderii din dreptul de a invoca excepția prescripției extinctive**. Specifică poziției procesuale a reclamantului, excepția sancționează lipsa de diligență și pasivitatea pârâtului care nu a opus excepția prescripției în termenul de decădere stabilit de art. 2513 NCC.

În practica recentă a instanțelor s-a stabilit că invocarea de către pârât a excepției prescripției extinctive pentru prima dată, în cadrul concluziilor orale pe fondul cauzei, dă dreptul reclamantului să invoce decăderea pârâtului din dreptul de a invoca excepția prescripției. Pe cale de consecință, instanța investită cu soluționarea excepției a respins ca tardiv formulată excepția prescripției extinctive: *„asupra excepției decăderii din dreptul de a invoca excepția prescripției capătului 6 al cererii invocată de pârâtă (...) instanța reține că este întemeiată urmând a fi admisă (...)”*¹⁸.

Într-o altă speță, instanța a considerat tardivă invocarea excepției prescripției extinctive a dreptului material la acțiune (referitor la pretențiile din cererea introductivă) prin întâmpinarea la cererea de modificare a acțiunii formulată de către reclamant¹⁹.

Prevederile Noului Cod Civil se completează în acest caz cu dispozițiile Noului Cod de Procedură Civilă²⁰, conform cărora atunci *„când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afară de cazul în care legea dispune altfel. Actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate”*²¹.

Caracterul de ordine privată al excepției prescripției extinctive nu se transpune, însă, excepției decăderii din dreptul de a invoca excepția prescripției. Cu alte cuvinte, organul de jurisdicție are posibilitatea de a constata tardivitatea invocării excepției prescripției, deși reclamantul nu a fost într-atât de diligenț încât să opună excepția decăderii din acest drept²².

¹⁸ Sentința civilă nr. 1018 din 25.06.2015 pronunțată de Tribunalul Constanța, secția de Contencios administrativ și fiscal, disponibilă aici: <http://rolii.ro/hotarari/56b336dd774bca9a32004802>

¹⁹ Sentința civilă nr. 19 din 12.01.2016, pronunțată de Tribunalul Gorj, Secția conflicte de muncă și asigurări sociale, disponibilă aici: <http://rolii.ro/hotarari/56b4320e057a86335757d4b6>

²⁰ Legea nr. 134/2010, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 485 din 15 iulie 2010.

²¹ Art. 185 NCPC.

²² Decizia civilă nr. 859/A din 16.11.2015, pronunțată de Tribunalul Mehedinți, Secția I Civilă; disponibilă aici: <http://www.rolii.ro/hotarari/56b3ed026558455785cca0fd>; Sentința Civilă nr. 640 din 28.04.2015, pronunțată de Judecătoria Motru disponibilă aici: <http://www.rolii.ro/hotarari/56b6424a69e690d912bb7925>

Concluzii

Pentru a putea aprecia în ce măsură noua reglementare și-a atins scopul vizat de legiuitor, este necesar un termen mai îndelungat care să permită incidența prescripției extinctive.

Cu toate că aplicarea legii civile în timp în această materie a îngreunat aplicarea noii reglementări, instanțele și-au limitat rolul activ și au respectat elementele ce definesc instituția prescripției extinctive ca o instituție preponderent de ordine privată.

Pe de altă parte, justițiabilii și participanții la procesul civil în general trebuie să conștientizeze ce presupune transformarea unei instituții de ordine publică într-una de ordine privată și care este sancțiunea neinvocării în termen a prescripției. Nu în ultimul rând, este necesară o mai bună cunoaștere a posibilităților legale de care dispun în virtutea normelor supletive și care să îi sprijine în derularea și executarea raporturilor contractuale și nu numai.

Referințe bibliografice

1. Baias Fl. A. (coord.), *Noul Cod civil – Comentariu pe articole*, Editura CH Beck, București, 2012.
2. Beleiu Gh., *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a IX-a, Editura Universul Juridic, București, 2004.
3. Boroi G., Stănciulescu L., *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod Civil*, Editura Hamangiu, București, 2015.
4. Ciobanu V.M., Nicolae M. (coord.), *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, Vol. I – art. 1-526*, Editura Universul Juridic, București, 2013.
5. Ionașcu T., Barasch E., *Tratat de drept civil, Vol. I – Partea generală*, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1967
6. Nicolae M., *Tratat de prescripție extintivă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010.
7. Radu F., *Exceptia prescripției extinctive este o veritabila exceptie de ordine publică?*, disponibil aici: <http://www.juridice.ro/157841/exceptia-prescripției-extinctive-este-o-veritabila-exceptie-de-ordine-publica.html>
8. Reghini I., *Introducere în dreptul civil, ed. a II-a*, Editura Sfera Juridică, Colecția Universitaria, Cluj-Napoca, 2008.
9. Reghini I., *Reflecții privitoare la modul în care operează prescripția extintivă în reglementarea Codului civil*, în revista Dreptul nr. 9/2012.
10. Vasile A., *Excepțiile procesuale în noul Cod de procedură civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2013.
11. www.rolii.ro, portal de jurisprudență.

ASPECTE PRIVIND PRESCRIPTIA EXTINGTIVĂ ÎN NOUL COD CIVIL

*Livia PASCU**
*Amelia SINGH***

Abstract:

Extinctive prescription, as legal sanction, regards the extinction of the substantive action that enables the proprietor of the subjective right to demand and obtain, judicial, the protection of a right violated or challenged. Limitation does not affect the civil subjective right and the correlative obligation.

Extinctive prescription is a genuine manner or means of removing liability, in the sense that after the expiry of the limitation period, the bound legal relationship can no longer be constrained by condemnatory or enforceable action, to execute obligation, but it can run whenever voluntary obligation that incumbent.

Limitation of the right to claim the main action does not attract the loss of entitlement to mortgage action.

Under the provisions of the New Civil Code, extinctive prescription is no longer regulated as a legal institution of public policy, new legislation giving it the character of a private order.

Consequences arising from the character of private orders in the prescription extinctive are the following: parties can modify by agreement length of prescription periods, the beginning of prescription, legal causes of suspension or interruption by providing according to new cases, removal of legal causes or modification of the effects causes legal; also parties can abandon express or implied the prescription.

The interruption of prescription admit more complex regulation, which provides for the holder of the right action the stronger opportunities to realize their right.

Keywords: *Aspects regarding the regime of extinctive prescription regulate in the new Civil Code*

Rezumat:

Prescripția extingtivă, ca sancțiune juridică, privește stingerea dreptului material la acțiune, adică posibilitatea titularului dreptului subiectiv de a pretinde și de a obține, pe cale judiciară, protecția unui drept încălcat sau contestat. Prescripția nu afectează dreptul subiectiv civil și nici obligația corelativă.

Prescripția extingtivă este un veritabil mod sau mijloc de înlăturare a răspunderii civile, în sensul că după împlinirea termenului de prescripție, cel obligat în temeiul raportului juridic nu mai poate fi constrâns, prin acțiune condamnatorie sau executorie, să execute obligația, însă acesta poate executa oricând voluntar obligația ce îi incumbă.

Prescripția dreptului la acțiune privind creanța principală nu atrage și stingerea dreptului la acțiune ipotecară.

* Avocat, Baroul Argeș, livia.pascu@ymail.com

** Lect. univ. dr., Universitatea din Pitești – Facultatea de Drept și Științe Administrative, singh.amelia@yahoo.com

Potrivit dispozițiilor Noului Cod Civil, prescripția extinctivă nu mai este reglementată ca o instituție juridică de ordine publică, noile dispoziții legale conferindu-i caracter de ordine privată.

Consecințele care decurg din caracterul de ordine privată al prescripției extinctive sunt următoarele: părțile pot modifica prin convenție durata termenelor de prescripție, începutul prescripției, cauzele legale de suspendare sau de întrerupere, prin prevederea de cauze noi, eliminarea cauzelor legale sau prin modificarea efectelor cauzelor legale; de asemenea părțile pot renunța expres sau tacit la prescripție.

Întreruperea cursului prescripției cunoaște o reglementare mai complexă, ceea ce oferă titularului dreptului la acțiune posibilități mai energice de a-și realiza dreptul.

Cuvinte-cheie: Aspecte privind regimul prescripției extinctive în reglementarea Noului Cod civil

În prezent, sediul materiei privind prescripția extinctivă îl reprezintă normele juridice cuprinse, în principal în Cartea a VI-a Codului civil – *Despre prescripție extinctivă, decădere și calculul termenelor* – Titlul I fiind dedicat în întregime reglementării acestei instituții.

Deși prescripția extinctivă în dreptul civil nu a fost definită *in terminis* de legea civilă, plecând de la prevederea ce consacră efectul prescripției extinctive, a revenit doctrinei sarcina de a defini prescripția extinctivă.

În literatura de specialitate, de-a lungul timpului s-au format două curente de opinii, cu privire la efectele prescripției extinctive.

În opinia majoritară, de factură civilistă, prescripția extinctivă a fost în genere înțeleasă ca fiind stingerea dreptului material la acțiune neexercitat în termenul de prescripție stabilit de lege,¹ făcându-se uneori, și mențiunea, pentru mai multă exactitate, că, „urmare a împlinirii termenului de prescripție, se stinge nu numai dreptul material la acțiune, dar și dreptul de a cere executarea silită, atunci când este cazul, adică, atunci când există fie o hotărâre judecătorească susceptibilă de a fi executată silit, fie un alt înscris care, potrivit legii, constituie titlu executoriu. ¶

Într-o altă opinie, de inspirație proceduristă, prescripția extinctivă este definită ca fiind stingerea acelei componente a dreptului la acțiune care este posibilitatea titularului dreptului subiectiv de a obține obligarea subiectului pasiv la executarea obligației corelative sau la recunoașterea dreptului subiectiv contestat, fie a însuși dreptului real principial (sau, în situațiile expres prevăzute de lege, a dreptului nepatrimonial), datorită neexercitării în termenul prevăzut de lege.²

În practica judiciară, s-a apreciat că prescripția extinctivă reprezintă un mijloc de stingere a obligațiilor și a acțiunilor determinat de un interes de ordine publică și de stabilitate socială, ca situațiile de fapt stabilite într-un timp anterior să nu mai poată fi schimabate. Ea apare ca o sancțiune a creditorului nediligent care a lăsat mai mult timp să treacă, fără a-și valorifica dreptul subiectiv.³

¹ În acest sens: Mateiaș J., Ionașcu A., Roman E., Pop A., Beileu Gh., Cosmovici P.M., Răuschi Șt., Dogaru I., Pop T., Lupan E., Lupulescu D., Cojocar A., Ungureanu O., Dogaru I., Cercel S. în Nicolae M., *Tratat de prescripție extinctivă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 38

² Boroi G., *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. ALL Beck, București, 2001, p. 225 în Nicolae M., *op. cit.*, p. 39

³ ICCJ, s. com. dec. nr. 5073/2005, www.legalis.ro, în Baias Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. și colectivul, *Noul Cod civil, Comentariu pe articole*, Ed. Ch. Beck, București, 2012, p. 2511

Potrivit art. 2500 Noul Cod Civil, *Dreptul material la acțiune se stinge prin prescripție, dacă nu a fost exercitat în termenul stabilit de lege. Prin drept la acțiune se înțelege dreptul de a constrânge o persoană, cu ajutorul forței publice, să execute o anumită prestație, să respecte o anumită situație juridică sau să suporte orice altă sancțiune civilă, după caz.*

Prin urmare, se pot reține următoarele elemente definitorii: prescripția extictivă, ca sancțiune juridică, privește doar dreptul material la acțiune, adică posibilitatea titularului dreptului subiectiv de a pretinde și de a obține, pe cale judiciară, protecția unui drept încălcat sau contestat, nu afectează dreptul subiectiv civil și nici obligația corelativă; prescripția extictivă, prin efectul ei, produce o transformare juridică a dreptului subiectiv civil și a obligației corelative, care devin imperfecte, astfel dreptul subiectiv civil nu mai este apărat prin concursul forței publice, obligația corelativă nu mai poate fi adusă la îndeplinire pe calea executării silit, dar este posibilă executarea voluntară a acesteia; prin efectele pe care le produce, prescripția extictivă este un veritabil mod sau mijloc de înlăturare a răspunderii civile, în sensul că după împlinirea termenului de prescripție, cel obligat în temeiul raportului juridic nu mai poate fi constrâns, prin acțiune condamnatorie sau executorie, să execute obligația, însă acesta poate executa oricând voluntar obligația cer îi incubă⁴.

În principiu, ca și în sistemul anterior, drepturile la acțiune privind drepturile de creanță sunt prescriptibile extictiv, indiferent de izvorul lor, potrivit dispozițiilor art. 2501 alin. (1) Noul Cod Civil.

În materia drepturilor reale, regula este imprescriptibilitatea, iar excepția prescriptibilitatea acestora.

Potrivit dispozițiilor Noului Cod civil, sunt imprescriptibile extictiv următoarele acțiuni reale: acțiunea în revendicare imobiliară sau mobilă, întemeiată pe dreptul de proprietate publică sau privată, acțiunea negatorie, acțiunea confesorie de superficie, petiția de ereditate, acțiunea ipotecară.

Prin excepție sunt prescriptibile extictiv, *inter alia*: acțiunea posesorie, acțiunea confesorie de uzufruct, uz abitație și servitute, acțiunea în protecția dreptului de administrare, concesiune și folosință cu titlu gratuit.⁵

În principiu, potrivit dispozițiilor art. 2502 alin. (2), sunt imprescriptibile extictiv drepturile privitoare la acțiunea privind apărarea unui drept personal nepatrimonial, cu excepția celor pentru care prin lege se dispune altfel.

Prin reglementarea cuprinsă în Noul Cod civil se menține principiul prescrierii dreptului la acțiune privind un drept accesoriu odată cu prescrierea dreptului la acțiune privind un drept principal.

Acest principiu este o aplicație a principiului *accessorium sequitur principale*, și în consecință, odată cu stingerea dreptului la acțiune privind un drept de creanță principal, se stinge și dreptul la acțiune privind eventualele dobânzi, garanții reale sau personale.

În schimb, în cazul clauzei penale, dat fiind natura juridică a acesteia – convenție autonomă și accesorie – prescripția dreptului la acțiune pentru plata penalităților convenționale exigibile, este, în principiu, independentă de prescripția dreptului la acțiune privind dreptul principal.⁶

Asemănător, principiul stingerii printr-o prescripție deosebită a dreptului la acțiune pentru fiecare prestație datorată, în cazul obligațiilor succesive, prevăzut de art. 2503 alin.

⁴ Baiaș Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. și colectivul, *op. cit.*, p. 2511

⁵ Nicolae M., *op. cit.*, p. 1162-1163

⁶ Baiaș Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. și colectivul, *op. cit.*, p. 2517

(2) Noul Cod Civil își găsește aplicare ori de câte ori debitorul este ținut de prestații succesive. Dacă prestațiile succesive alcătuiesc, potrivit legii sau convenției un tot unitar, prescripția curge pentru întreaga creanță de la data scadenței ultimei prestații neexecutate.

În ceea ce privește prescripția dreptului la acțiune privind creanța garantată, prin reglementarea din art. 2504 alin. (1) NCC, legiuitorul stabilește că prescripția dreptului la acțiune privind creanța principală nu atrage și stingerea dreptului la acțiune ipotecară.

Ipoteca are un caracter accesoriu, subzistând cât timp există obligația pe care o garantează. Totuși în cazul prescripției dreptului material la acțiune privind creanța principală, dreptul la acțiunea ipotecară va continua să existe, putând fi valorificat în condițiile legii. Anterior acestei reglementări, se decisese în practica judiciară⁷ că stingerea dreptului la acțiune privind valorificarea dreptului de creanță principală pe calea prescripției extinctive, determină și o stingere pe cale accesorie a dreptului de ipotecă.

Noua reglementare fixează însă două limite; o primă limitare rezultă din art. 2504 alin. (1) teza a II-a Noul Cod Civil, potrivit căruia creditorul ipotecar, va putea urmări, în condițiile legii, doar bunurile mobile sau imobile ipotecate, însă numai în limita valorii acestor bunuri. O a doua limitare rezultă din art. 2504 alin. (2) din același act normativ, anume valoarea capitalului, în sensul că dobânzile și alte accesorii ale creanței ipotecare nu mai pot fi acoperite în afara capitalului după împlinirea prescripției din valorificarea pe cale silită a bunului ipotecat.⁸

Potrivit dispozițiilor Noului Cod Civil, prescripția extinctivă nu mai este reglementată ca o instituție juridică de ordine publică, noile dispoziții legale conferindu-i caracter de ordine privată.

În conformitate cu dispozițiile art. 2512 alin. (1) din Noul Cod Civil, prescripția extinctivă poate fi invocată numai de cel în favoarea căruia curge, personal sau prin mandatar, fără a fi ținut să producă un titlu contrar ori să-și dovedească buna-credință.

Prescripția nu operează de drept, deoarece prin simpla împlinire a termenului, cel în folosul căruia curge prescripția nu este exonerat de răspundere, ci doar îndreptățit să refuze îndeplinirea obligației de care este ținut.

Dreptul de a invoca beneficiul prescripției extinctive, este un drept de natură potestativă, distinct de dreptul subiectiv primar afectat de împlinirea termenului de prescripție, și poate fi exercitat, sau, după caz, abandonat prin efectul renunțării la prescripție.

Prescripția nu mai poate fi invocată din oficiu de către organul de jurisdicție competent, chiar dacă invocarea prescripției ar fi în interesul statului sau al unităților administrativ teritoriale, potrivit dispozițiilor art. 2512 alin. (2) Noul Cod Civil.

Mai mult, prescripția extinctivă nu poate fi pusă în discuție, în baza rolului activ, din moment ce, pe de o parte, e vorba de o excepție personală, iar nu de o excepție de ordine publică, și pe de altă parte o asemenea chestiune în plan procesual interesează principiul disponibilității, fiind un aspect ori o facultate inerentă dreptului fiecărei părți de a dispune, în cursul procesului, de drepturile sale materiale și procedurale, iar acest aspect trebuie lăsat la aprecierea acesteia, iar nu a instanței de judecată.⁹

⁷ ICCJ, S. civ. și de prop. intel., dec. nr. 5702/2005, www.legalis.ro, în Baiaș FLA., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. și colectivul, *op. cit.*, p. 2519

⁸ Boroi G., Stănculescu L., *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, 2012, București, p. 281

⁹ Nicolae M., *op. cit.*, p. 1159

Totodată, nu interesează buna sau reaua-credință a celui în folosul căruia curge prescripția și nici faptul dacă a dobândit vreun titlu contrar, deoarece prescripția sancționează lipsa de acțiune sau neglijența titularului dreptului la acțiune.

Pornind de la întrebarea care este natura juridică dreptului material la acțiune, s-a născut o altă întrebare, legată de locul prescripției în sistemul de drept românesc. Astfel, unii autori o consideră o instituție de drept material, o sancțiune de drept civil. Pe de altă parte, alți autori afirmă că prescripția este o instituție de drept procesual, întrucât dreptul la admiterea acțiunii, care se prescrie, are o natură strict procesuală, fiind alături de alte drepturi (dreptul de a sesiza instanța, dreptul de a propune probe, dreptul la apărare etc.), componente ale dreptului la acțiune în sens general.

Așa cum s-a subliniat¹⁰, prin reglementarea prescripției extinctive în Cartea a VI-a din noul Cod civil, legiuitorul a consacrat natura civilă, de drept material a prescripției extinctive, în detrimentul celei procesuale.

Prescripția extintivă este o instituție ce aparține dreptului material (aplicându-i-se regulile referitoare la caracterele juridice, termenele de prescripție, întreruperea, suspendarea prescripției, renunțarea la prescripție, însă ea capătă și un caracter procesual în momentul în care se invocă excepția prescripției dreptului la acțiune (aspect la care face trimitere chiar art. 2512-2513 Noul Cod civil, modalitatea de invocare a excepției prescripției, actul procedural prin care se invocă și prin care se soluționează fiind elemente de drept procesual civil); cu alte cuvinte, prescripția devine excepție.¹¹

Prescripția poate fi opusă pe cale de excepție, formulată de cel în folosul căruia curge prescripția sau poate fi invocată pe cale principală prin formularea unei acțiuni în constatare, ori de câte ori există interesul clarificării, pe cale judecătorească, a unei situații incerte.¹²

Există și opinia potrivit căreia, este exclusă posibilitatea promovării unei acțiuni distincte, în constatare cu acest obiect, în condițiile în care, în noua reglementare, în art. 2513 Noul Cod Civil arată că prescripția poate fi opusă doar prin întâmpinare sau, dacă nu a fost invocată, până la primul termen de judecată când părțile sunt legal citate.¹³

Fiind o excepție de fond, relativă prescripția nu poate fi invocată oricând, în orice stare a pricinii, ci numai la instanța de fond, prin întâmpinare sau în lipsa invocării, cel mai târziu la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate.

Precipția extintivă va putea fi invocată de persoana în favoarea căreia curge, dacă debitorul nu a renunțat la ea, în condițiile art. 2507 Noul Cod Civil.

Prescripția extintivă poate fi invocată, pe lângă persoana în favoarea căreia curge, și de orice altă persoană interesată, cum ar fi codebitorul solidar sau indivizibil, fideiusorul, creditorul persoanei în favoarea căreia curge. Prescripția va putea fi invocată chiar dacă debitorul a neglijat să o invoce sau chiar a renunțat la ea.

Consecințele care decurg din caracterul de ordine privată al prescripției extinctive sunt următoarele: părțile pot modifica prin convenție durata termenelor de prescripție, începutul prescripției, cauzele legale de suspendare sau întrerupere, prin prevedea de

¹⁰ Suci Al., *Excepțiile de procedură în noul Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 37-38, în Vasile A., *Excepțiile procesuale în noul Cod de procedură civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 425

¹¹ Vasile A., *op. cit.*, p. 426

¹² Baias Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. și colectivul, *op. cit.*, p. 2526

¹³ Vasile A., *op. cit.*, p. 427

cauze noi, eliminarea cauzelor legale sau prin modificarea efectelor cauzelor legale; de asemenea părțile pot renunța expres sau tacit la prescripție.

În acord cu caracterul preponderent dispozitiv al normelor privitoare la prescripție din noua reglementare, părțile le este recunoscut dreptul de a încheia convenții privitoare la prescripție.

Pentru a fi valabile, convențiile trebuie să fie făcute de o persoană cu capacitate deplină de exercițiu și să aibă un obiect licit. Sunt interzise de lege (art. 2515 Noul Cod Civil) următoarele clauze:

- Clauza prin care, în mod direct sau indirect, o acțiune prescriptibilă este declarată ca fiind imprescriptibilă;
- Clauza prin care, în mod direct sau indirect, o acțiune imprescriptibilă este declarată ca fiind prescriptibilă;
- Clauze prin care se modifică durata termenelor de prescripție sau cursul prescripției, în cazul drepturilor la acțiune de care părțile nu pot să dispună sau al acțiunilor derivate din contractele de adeziune, de asigurare și cele supuse protecției consumatorului;
- Clauza prin care se reduce termenul de prescripție sub un an;
- Clauza prin care se mărește termenul de prescripție la peste 10 ani, în cazul termenelor legale de prescripție mai mici de 10 ani;
- Clauza prin care se mărește termenul de prescripție la peste 20 ani, în cazul termenelor legale de prescripție de 10 ani sau mai mari de 10 ani;
- Clauza prin care se stabilește momentul începerii prescripției la o dată în raport de care prescripția ar fi socotită ca împlinită, ceea ce echivalează, implicit, cu suprimarea dreptului la acțiune;
- Clauza prin care sunt suprimate cauzele legale de suspendare ori de întrerupere a prescripției; legea admite doar modificarea acestora, iar nu înlăturarea lor, ceea ce ar conduce indirect, fie la imprescriptibilitatea dreptului la acțiune, fie la suprimarea acestuia și exonerarea de răspundere a debitorului;
- Clauza prin care este înlăturată posibilitatea repunerii în termen, atunci când depășirea termenului de prescripție a fost cauzată de existența unor motive temeinic justificate, o astfel de clauză este de asemenea prohibită, deoarece este abuzivă și contrară echității și bunelor moravuri.¹⁴

Sanțiunea aplicabilă convențiilor prohibite de lege este nulitatea absolută, fiind încălcate norme de ordine publică, nulitatea va putea fi invocată de orice persoană interesată, inclusiv de către instanța de judecată.

Ca efect al constatării nulității absolute al clauzelor prohibite de lege, va redeveni aplicabil regimul legal al prescripției extinctive.¹⁵

Noua reglementare permite renunțarea la dreptul de a invoca prescripția extintivă.

Potrivit art. 2507 Noul Cod Civil nu se poate renunța la prescripție cât timp nu a început să curgă, dar se poate renunța la prescripția împlinită, precum și la beneficiul termenului scurs pentru prescripția începută și neîmplinită.

Așadar renunțarea poate privi fie prescripția împlinită, caz în care, potrivit art. 2510 alin. (1) Noul Cod Civil, după renunțare începe să curgă o nouă prescripție de același fel, fie numai beneficiul termenului scurs, caz în care sunt aplicabile dispozițiile privind întreruperea prescripției prin recunoașterea dreptului.

¹⁴ Baiaș FL.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. și colectivul, *op. cit.*, p. 2528 și 2529; Nicolae M., *op. cit.*, p. 1154

¹⁵ Baiaș FL.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. și colectivul, *op. cit.*, p. 2528

Renunțarea la prescripție poate fi expresă, făcută prin act de renunțare, sau tacită, dacă rezultă din manifestări neechivoce și este neîndoiebnică.

Renunțarea expresă la prescripție se poate realiza prin manifestarea de voință a debitorului, exprimată prin înscris sub semnătură privată sau prin înscris autentic, sau chiar verbal, întrucât legea nu impune o condiție de formă în acest sens.

Renunțarea tacită la prescripție rezultă dintr-un fapt sau o serie de fapte ale debitorului care denotă intenția acestuia de a renunța la dreptul de a invoca prescripția, fapte care trebuie să fie neechivoce.

Reprezintă o renunțarea tacită la dreptul de a invoca prescripția, executarea de bună-voie a unei obligații prescrise (art. 2506 alin. (3) Noul Cod Civil). De asemenea, conform art. 2506 alin. (4) Noul Cod Civil, tot o renunțare tacită la dreptul de a invoca prescripția extinctivă, se reține și în cazul constituirii unor garanții în favoarea debitorului, pentru plata creanței prescrise.¹⁶

De asemenea, reprezintă o renunțare tacită la dreptul de a invoca prescripția extinctivă, situația în care debitorul contestă doar întinderea creanței sau solicită noi termene de eșalonare a datoriei, plata unui acot sau a unei părți din datorie, exercitarea retractului litigios. Totuși, în cazul în care debitorul plătește doar o parte din datorie, declarând că nu recunoaște restul datoriei, atunci o asemenea plată parțială nu mai are semnificația unei renunțări tacite la beneficiul prescripției extinctive împlinite, pentru diferența de datorie.¹⁷

Actul de renunțare la prescripție reprezintă un act de dispoziție, astfel încât cel ce face renunțarea trebuie să aibă capacitate deplină de exercițiu. În cazul în care renunțarea este făcută de o persoană care nu are capacitatea deplină de exercițiu, sancțiunea care intervine este nulitatea relativă.

Renunțarea la prescripție produce efecte relative, decât împotriva celui de la care emană, precum și a succesorilor săi universali sau cu titlu universal, ea nu poate fi opusă codebitorilor solidari ori a unei obligații indivizibile, nici împotriva fideiusorilor sau creditorilor celui interesat ori altor persoane interesate.

Renunțarea la prescripție fiind un act personal, în cazul codebitorilor solidari sau în cazul unei obligații indivizibile, efectele renunțării, din partea unui debitor, nu se vor răsfrânge și asupra celorlalți debitori. Astfel, aceștia vor fi îndreptățiți să invoce intervenirea prescripției, care este un mijloc de apărare comun, conform art. 1448 alin. (1) din Noul Cod Civil, chiar dacă unul dintre codebitorii solidari ar fi renunțat la prescripție.

De asemenea, atunci când debitorul renunță la prescripție, în cazul unei obligații garantate de un fideiusor, acesta din urmă va fi îndreptățit să invoce intervenirea prescripției extinctive, întrucât acesta reprezintă un mijloc de apărare comună, conform art. 2296 Noul Cod Civil, ce poate fi invocat chiar dacă debitorul a renunțat expres la aceasta.¹⁸

Renunțarea la prescripție nu este condiționată de consimțământul sau acordul creditorului.

Noul Cod civil reglementează prin art. 2532 cauzele generale de suspendare a prescripției, stabilind condițiile de aplicare a acestora, cât și cauze de suspendare în materie succesorală prin art. 2533.

De observat că spre deosebire de vechea reglementare, sunt prevăzute noi cazuri în care intervine suspendarea cursului prescripției (de exemplu: cursul prescripției este suspendat cât timp debitorul, în mod deliberat, ascunde creditorului existența datoriei sau

¹⁶ Baiaș Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I.și colectivul, *op. cit.*, p. 2526

¹⁷ Baiaș Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I.și colectivul, *op. cit.*, p. 2525

¹⁸ Baiaș Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I.și colectivul, *op. cit.*, p. 2526

exigibilitatea acesteia; cursul prescripției este suspendat pe întreaga durată a negocierilor purtate în scopul rezolvării pe cale amiabilă a neînțelegerilor dintre părți, însă numai dacă acestea au fost ținute în ultimele șase luni înainte de expirarea termenului de prescripție.)

Cauzele de suspendare prevăzute de art 2532-2533 din Noul Cod civil prezintă următoarele trăsături: sunt cauze de suspendare legale, iar nu convenționale, drept pentru care părțile pot prin convenție să prevadă modificarea lor, însă nu le pot suprima; sunt limitative, fiind de strictă interpretare și aplicare; produc efecte de drept.

Cauzele de suspendare produc un efect suspensiv al cursului prescripției, numai dacă intervin după ce prescripția a început să curgă, dacă intervin înainte ca prescripția să fi început să curgă, se amână începutul cursului prescripției.

Și în ceea ce privește întreruperea cursului prescripției, legiuitorul a prevăzut în art. 2537 noi cazuri de întrerupere a prescripției, precum și posibilitatea invocării pe cale de excepție, a dreptului a cărui acțiune se prescrie și punerea în întârziere a debitorului, noua reglementare fiind mai complexă decât reglementarea cuprinsă în Decretul nr. 167/1958.

Caracterele esențiale ale cauzelor de întrerupere sunt următoarele: sunt cauze de încetare legale, iar nu convenționale, drept pentru care părțile pot prin convenție să prevadă modificarea lor, însă nu le pot suprima; sunt limitative, fiind de strictă interpretare și aplicare; produc efecte *ope legis*.

Recunoașterea dreptului a cărui acțiune se prescrie este o cauză de întrerupere a cursului prescripției dacă este voluntară, neîndoielnică, pură și simplă, și făcută în termenul de prescripție.

Recunoașterea se face, de regulă unilateral, dar poate fi făcută și pe cale convențională.

Recunoașterea tacită rezultă, în primul rând, dintr-un act volutar de executare a prestației datorate, dar și din alte acte neechivoce ce atestă confirmarea dreptului celui împotriva căruia curge prescripția, precum achitarea, în tot sau în parte, a dobânzilor sau penalităților, solicitarea unui termen de plată, constituirea unei garanții. De asemenea, poate invoca recunoașterea tacită și cel îndreptățit la restituirea unei prestații făcute în executarea unui act juridic ce a fost desființat pentru nulitate, rezoluțiune sau altă cauză de ineficacitate, atâta timp cât bunul individual determinat, primit de la cealaltă parte cu ocazia executării actului desființat, nu este pretins de aceasta din urmă pe cale de acțiune reală sau personală.¹⁹

Potrivit art. 2538 alin. (2) și (3), coroborate cu art. 2539, prescripția este întreruptă prin orice cerere de chemare în judecată ori arbitrală, indiferent dacă este formulată sub forma unei cereri introductive de instanță, incidentală (cerere reconvențională, de intervenție) sau accesorie, făcută în instanța civilă sau penală (constituirea de parte civilă), în cadrul etapei judecătorești sau a executării silite, prin care titularul dreptului la acțiune solicită condamnarea pârâtului, și chiar atunci când invocarea dreptului a cărui acțiune se prescrie este făcută pe cale de excepție. Mai mult, în materie penală, atunci când despăgubirile se acordă, potrivit legii, din oficiu, începerea urmăririi penale întrerupe prescripția, chiar dacă nu a avut loc constituirea ca parte civilă de către partea vătămată. Pentru a produce efectul întreruptiv cererea în justiție ori arbitrală trebuie să îndeplinească anumite condiții: să fie introdusă la o instanță judecătorească sau alt organ cu atribuții juridictionale, chiar dacă acestea n-ar fi competente ori cererea ar fi nulă pentru lipsă de formă; să privească fondul dreptului dreptului sau cel puțin să tindă la recunoașterea ori conservarea lui; să fie serioasă – renunțarea ori perimarea cererii, precum și neexecutarea

¹⁹ Nicolae M., *op. cit.*, p. 1182

hotărârii de condamnare în termenul de prescripție a dreptului de a obține executarea silită demonstrează neîndeplinirea acestei condiții, respectiv lipsa de stăruință ori de convingere în sensul realizării dreptului dedus judecății; să fie admisă, printr-o hotărâre definitivă cu autoritatea de lucru judecat – respingerea sau anularea cererii dovedește, în schimb, neîndeplinirea condiției, respectiv fie lipsa de temeinicie a pretenției, fie formularea unei cereri nule, anulabile sau inadmisibile.²⁰

În cazul respingerii sau anulării cererii, în ambele cazuri pentru motive formale, iar în fond dacă reclamantul, în termen de șase luni de la data la care hotărârea de respingere sau anulare a rămas definitivă, introduce o nouă cerere, prescripția este considerată întreruptă prin cererea de chemare în judecată sau de arbitrare precedentă, cu condiția însă ca noua cerere să fie admisă.

Punerea în întârziere a debitorului, pentru a produce efect întreruptiv, este condiționată de introducerea cererii de chemare în judecată în termen de 6 luni de la data la care a operat punerea în întârziere.

Întreruperea cursului prescripției are ca efect înlăturarea, ștergerea prescripției scurse anterior datei când a avut loc întreruperea, urmată de începerea unei noi prescripții.

Dacă întreruperea cursului prescripției s-a produs ca efect al recunoașterii, va începe să curgă o nouă prescripție de același fel cu cea înlăturată, respectiv prescripția dreptului material la acțiune. Dacă întreruperea s-a produs prin efectul cererii în justiție, inclusiv al punerii în întârziere, va începe să curgă o nouă prescripție având însă un alt obiect, și anume prescripția dreptului de a obține executarea silită.

Bibliografie:

1. Baias Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. și colectivul, *Noul Cod civil, Comentariu pe articole*, Ed. Ch. Beck, București, 2012
2. Boroi G., Stănciulescu L., *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2012
3. Nicolae M., *Tratat de prescripție extinctivă*, Editura Universul Juridic, București, 2010
4. Suciu Al., *Excepțiile procesuale în noul Cod de procedură civilă*, București, Universul Juridic, 2014
5. Vasile A., *Excepțiile procesuale în noul Cod de procedură civilă*, București, Hamangiu, 2013

²⁰ Nicolae M., *op. cit.*, p. 1183

APLICABILITATEA DREPTULUI DE PREEMPTIUNE IN CLAUZELE CONTRACTELOR DE ARENDA SI A CELOR DE VANZARE-CUMPARARE

Adela PIRLICA*

Abstract:

This thesis shows how pre-emption right is applied for contracts of sale-purchase and lease contracts, making a brief foray into the evolution of this right in Romanian legislation. But approaching the period in which they created a legal vacuum because there were no legal provisions which governs pre-emption right, provisions that were updated by the NCC disposition.

Keywords: pre-emptive right; pre-emption; lease agreements; sale-purchase agreement

Rezumat:

Lucrarea de fata prezinta modul in care dreptul de preemtiune este aplicat in cazul contractelor de vanzare-cumparare cat si in contractele de arendare, facand o scurta incursiune in evolutia acestui drept in legislatia romana. Dar abordand si perioada in care s-a creat un vid legislativ neexistand prevederi legale care se reglementeaza dreptul de preemtiune, dispozitii ce au fost reactualizate prin dispozitiile NCC¹.

Cuvinte-cheie: drept de preemtiune, preemptor, contract de arenda, contract de vanzare-cumparare

Scurt istoric

Dreptul de preemtiune este cunoscut, inca din cele mai vechi timpuri sub denumirea de „drept de protimis” si apare sub doua forme distincte: prima privind recumpararea „protimis-ul propriu-zis” si cea de-a doua referitoare la rascumparare „retractul”.

Dispozitiile Codului civil român de la 1864, în prezent abrogat, nu facea referiri privind existenta prevederilor speciale privitoare la circulatia terenurilor proprietate privată.

In legislatia postdecembrista a tarii noastre, dreptul de preemtiune a fost reglementat prin:

Legea nr. 18/1991a fondului funciar², prin care se instituia un drept de preemtiune, adica un drept de precumparare in favoarea coproprietarilor, vecinilor, arendasilor si apoi statului, doar pentru terenurile agricole situate in extravilan.

Ulterior in 1998 a fost adoptata Legea nr. 54/1998 privind circulatia juridica a terenurilor, care reia principiul consacrat in Legea nr. 18/1991, eliminand insa dreptul de preemtiune al statului n calitate de titular al acestuia. Dispozitiile Legii nr. 54/1998 au fost

* Consilier juridic definitiv, Colegiul Consilierilor Juridici Timiş

¹ NCC-abreviere pentru Noul Cod Civil

² Publicata in *Monitorul Oficial* al Romaniei, nr. 37 DIN 20/02/91 (actualizata si republicata);

abrogate prin Legea nr. 247/2005³ privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente.

Noul Cod Civil⁴ în articolul 1730 alin. 1 definește dreptul de preemțiune: „în condițiile stabilite prin lege sau contract, titularul dreptului de preemțiune, numit preemtor, poate să cumpere cu prioritate un bun”.

Pornind de la cele menționate putem defini dreptul de preemțiune ca fiind acel drept ce are un caracter temporar, ce este stabilit de lege sau prin convenție de către părți, prin intermediul căruia anumți titulari, numți preemtori, dețin un drept prioritar de cumpărare pentru un bun mobil sau imobil.

Felurile dreptului de preemțiune

Raportat la dispozițiile NCC, dreptul de preemțiune în funcție de izvorul său, se împarte în drept de preemțiune contractual sau convențional și drept de preemțiune legal.

Dreptul de preemțiune legal sau preemțiunea legală reprezintă un drept prioritar la cumpărarea unui bun, fiind prevăzut expres de lege în favoarea anumtor persoane fizice sau juridice ori a statului care satisface un interes general.⁵

Dreptul de preemțiune contractual sau convențional rezultă dintr-un acord al părților, în care proprietarul unui bun se obligă față de tert numit preemtor, că, în situația în care detinatorul se decide să vândă bunul, să-l prefere drept cumpărător, la preț și în condiții egale, pe tertul ce are calitatea de preemtor. Trebuie precizat în această situație că proprietarul bunului nu se obligă să vândă bunul ce-l deține, ci doar să acorde dreptul de achiziționare bunului către tertul cu care a încheiat convenția. Pornind de la aceste considerații putem considera că dreptul convențional de preemțiune privește doar un interes particular, în sensul că, în caz de concurs între preemtori potrivit NCC se acordă prioritate titularului dreptului legal de preemțiune atunci când se află în concurs cu titulari ai unor drepturi convenționale/contractuale de preemțiune.

Aplicabilitatea dreptului de preemțiune

Coroborat cu prevederile art. 1730-1740 NCC, domeniul de aplicabilitate al dreptului de preemțiune se întinde asupra tuturor bunurilor mobile și imobile, iar titularii dreptului legal de preemțiune sunt următorii:

a) *Terenurile din fondul forestier aflate în proprietate privată se pot vinde cu respectarea, în ordine, a dreptului de preemțiune al coproprietarilor sau vecinilor*, (art. 1746 NCC), raportat la art. 45 alin. 6 din Codul silvic în care se stipulează că coproprietarii și vecinii proprietari de fond forestier, persoane fizice sau juridice, de drept public sau privat, au un drept de preemțiune, în ordinea prevăzută la art. 1746 din Codul civil și în condițiile prezentei legi, la cumpărarea de terenuri din fondul forestier aflate în proprietate privată, la preț și în condiții egale.

³ Publicată în *Monitorul Oficial* al României, nr. 653, din 22 iulie 2005;

⁴ Noul Cod Civil (NCC) adoptat prin Legea nr. 287/2009, publicat în *Monitorul Oficial* al României nr. 511 din 24.07.2009, completat și modificat prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil, publicat în *Monitorul Oficial* al României nr. 505/15.07.2011. NCC a fost republicat în *Monitorul Oficial* al României nr. 505 din 15.07.2011, corelându-se dispozițiile Legii nr. 287/2009 cu cele ale Legii nr. 71/2011

⁵ F. Deak, *Tratat de drept civil. Contractele special*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 28

b) art. 1849 NCC face referire la dreptul de preemțiune al arendasului cu privire la bunurile agricole arendate. Din categoria bunurilor agricole ce pot fi arendate sunt incluse terenurile cu destinație agricolă existente atât în intravilanul cât și în extravilanul localității, cum ar fi:

- terenurile cu destinație agricolă, și anume terenuri agricole productive – arabile, viile, livezile, pepinierele viticole, pomicele, arbuștii fructiferi, plantațiile de hamei și duzi, pășunile împădurite, terenurile ocupate cu construcții și instalații agrozootehnice, amenajările piscicole și de îmbunătățiri funciare, drumurile tehnologice, platformele și spațiile de depozitare care servesc nevoilor producției agricole și terenurile neproductive care pot fi amenajate și folosite pentru producția agricolă;

- animalele, construcțiile de orice fel, mașinile, utilajele și alte asemenea bunuri destinate exploatarei agricole.

Pe lângă aceste prevederi mai există și unele norme speciale cu dreptul de preemțiune al arendasului în cazul terenurilor agricole aflate în extravilanul localității stabilite prin Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, ale caror norme metodologice⁶ au fost adoptate prin Ordinul nr. 719 din 12 mai 2014, unde se face referire în art. 7⁷ la faptul că:

- titularul dreptului de preemțiune trebuie ca, în termenul de 30 de zile prevăzut la art. 6 alin. (2)⁸, să își manifeste în scris intenția de cumpărare, să comunice acceptarea ofertei vânzătorului și să o înregistreze la sediul primăriei unde aceasta a fost afișată. Primăria va afișa, în termen de 24 de ore de la înregistrarea acceptării ofertei de vânzare, datele prevăzute în normele metodologice de aplicare a prezentei legi, respectiv le va trimite pentru afișare pe site către structura centrală, respectiv structurile teritoriale, după caz;

- dacă în termenul de 30 de zile prevăzut la art. 6 alin. (2), mai mulți preemtori de rang diferit își manifestă în scris intenția de cumpărare, la același preț și în aceleași condiții,

⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 178 din 12 martie 2014;

⁷ Prevederile din art. 7 al Legii nr. 17/2014 trebuie raportate la prevederile art. 7 din normele metodologice alin. 1-5 „Vânzătorul alege preemtorul potențial cumpărător în conformitate cu procedurile prevăzute la art. 7 din lege și comunică primăriei numele acestuia. Primăria transmite structurii centrale, respectiv structurilor teritoriale, după caz, datele de identificare ale preemtorului potențial cumpărător ales de către vânzător, împreună cu documentele prevăzute la art. 6 din prezenta anexă.

În cazul în care niciun preemtor nu își manifestă intenția de cumpărare, în termenul legal, vânzarea este liberă. În această situație, primăria eliberează vânzătorului o adeverință în conformitate cu modelul prevăzut în anexa nr. 1E, însoțită de o copie certificată de conformitate cu originalul a ofertei de vânzare, urmând ca acesta să aleagă un cumpărător cu respectarea prevederilor art. 7 alin. (7) din lege. În situația prevăzută la alin. (3), dacă în ofertă nu este prevăzută nicio condiție, terenul se poate vinde în orice condiții, cu excepția diminuării prețului. Nu reprezintă condiții mai avantajoase de vânzare, în sensul art. 7 alin. (7) din lege, situația în care suprafața rezultată din măsurătorile cadastrale, înscrisă în cartea funciară conform Legii nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, este diferită de cea menționată în actele de proprietate.

⁸ Art. 6 alin. (2) din Legea nr. 17/2014 „În termen de o zi lucrătoare de la data înregistrării cererii, primăria are obligația să afișeze timp de 30 de zile oferta de vânzare la sediul său și, după caz, pe pagina de internet a acesteia”.

vânzătorul va alege, cu respectarea prevederilor art. 4⁹ din Legea nr. 17/2014, preemptorul, potențial cumpărător, și va comunica numele acestuia primăriei.

- atunci când în termenul de 30 de zile prevăzut la art. 6 alin. (2), mai mulți preemptori de același rang își manifestă în scris intenția de cumpărare și niciun alt preemptor de rang superior nu a acceptat oferta, la același preț și în aceleași condiții, vânzătorul va alege dintre aceștia și va comunica numele acestuia primăriei.

- în situația în care, în termenul de 30 de zile prevăzut la art. 6 alin. (2), un preemptor de rang inferior oferă un preț superior celui din oferta de vânzare sau celui oferit de ceilalți preemptori de rang superior lui care acceptă oferta, vânzătorul poate relua procedura, cu înregistrarea ofertei de vânzare cu acest preț, cu preemptorii de rang superior. Acesta reluare este posibilă doar o singură dată, în termen de 10 zile de la împlinirea termenului de 30 de zile prevăzut la art. 6 alin. (2). La expirarea celor 10 zile, vânzătorul va comunica primăriei numele preemptorului.

- în termen de 3 zile lucrătoare de la comunicarea prevăzută la art. 7 alin. (2), (3) și (5), primăria are obligația să transmită structurii centrale, respectiv structurilor teritoriale, după caz, datele de identificare a preemptorului ales, potențial cumpărător, în vederea verificării îndeplinirii condițiilor legale.

Dacă niciunul dintre titularii dreptului de preempțiune nu își manifestă intenția de a cumpăra terenul, în termenul de 30 de zile, prevăzut la art. 6 alin. (2), vânzarea terenului este liberă, cu respectarea dispozițiilor prevăzute de prezenta lege și de normele metodologice, urmând ca vânzătorul să înștiințeze în scris primăria despre aceasta. Sunt considerate nulități absolute vânzarea liberă a terenului la un preț mai mic decât cel cerut în oferta de vânzare prevăzută la art. 6 alin. (1) ori în condiții mai avantajoase decât cele arătate în aceasta.

Atunci când, în termenul de 30 de zile prevăzut la art. 6 alin. (2), respectiv în termenul de 10 zile prevăzut la art. 7 alin. (5), vânzătorul modifică datele înscrise în oferta de vânzare, acesta reia procedura de înregistrare a cererii prevăzute la art. 6, cu respectarea dispozițiilor Legii nr. 17/2014.

c) *art. 1828 NCC ne prezintă dreptul de preempțiune al chiriasului la încheierea unui nou contract de închiriere, în cazul locuințelor închiriate, dar de acest drept nu se pot prevala chiriasii care nu și-au exercitat obligațiile născute în baza închirierii anterioare.*

Notificarea titularului dreptului de preempțiune

În ceea ce privește notificarea titularului dreptului de preempțiune, aceasta trebuie făcută de detinatorul bunului mobil sau imobil, care trebuie să-i aducă la cunoștință ca intenționează să înstrăineze bunul. Raportat la prevederile art. 1732 NCC, condițiile de exercitare ale dreptului de preempțiune sunt:

⁹ Art. 4 alin. 1-3: „Înstrăinarea, prin vânzare, a terenurilor agricole situate în extravilan se face cu respectarea condițiilor de fond și de formă prevăzute de Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, și a dreptului de preempțiune al coproprietarilor, arendașilor, proprietarilor vecini, precum și al statului român, prin Agenția Domeniilor Statului, în această ordine, la preț și în condiții egale. Prin excepție de la dispozițiile alin. (1), înstrăinarea, prin vânzare, a terenurilor agricole situate în extravilan pe care sunt situate situri arheologice clasate se face potrivit prevederilor Legii nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice, republicată, cu modificările ulterioare. Solicitarea și utilizarea certificatului de carte funciară în contractele translativ de proprietate privind bunurile imobile și alte drepturi reale fac pe deplin dovada bunei-credințe atât a părților din contract, cât și pentru profesionistul instrumentator, cu privire la calitatea de proprietar a vânzătorului asupra imobilului supus vânzării conform descrierii din cartea funciară.”

-vânzătorul este obligat să notifice de îndată preemtorului cuprinsul contractului încheiat cu un terț, notificarea poate fi făcută și de acesta din urmă.

- notificare trebuie să cuprindă numele și prenumele vânzătorului, descrierea bunului, sarcinile care îl grevează, termenii și condițiile vânzării, precum și locul unde este situat bunul, lipsa unuia dintre elementele menționate mai sus sau menționarea eronată a acestora atrage nulitatea relativă;

- preemtorul își poate exercita dreptul prin comunicarea către vânzător a acordului său de a încheia contractul de vânzare, însoțită de consemnarea prețului la dispoziția vânzătorului;

- preemtorul este obligat să-și exercite dreptul de preemțiune, în cazul vânzării de bunuri mobile, în termen de cel mult 10 zile, iar în cazul vânzării de bunuri imobile¹⁰, în termen de cel mult 30 de zile. În ambele cazuri, termenul curge de la comunicarea către preemtor a notificării.

Exercitarea dreptului de preemțiune produce următoarele efecte: contractul de vânzare-cumpărare se consideră încheiat între preemtor și vânzător în condițiile cuprinse în contractul încheiat cu terțul, iar acest din urmă contract se desființează retroactiv. În astfel de situații vânzătorul răspunde față de terțul de bună-credință pentru evictiunea ce rezultă din exercitarea preemțiunii. Dacă în contractul încheiat între vânzător și terț există clauzele ce au drept scop să împiedice exercitarea dreptului de preemțiune, acestea nu produc efecte față de preemtor.

Cu privire la concursul între preemtori și la pluraritatea de bunuri vândute, legiuitorul a stabilit în cazul în care mai mulți titulari și-au exercitat preemțiunea asupra aceluiași bun, contractul de vânzare-cumpărare se consideră încheiat:

a) cu titularul dreptului legal de preemțiune, atunci când se află în concurs cu titulari ai unor drepturi convenționale de preemțiune;

b) cu titularul dreptului legal de preemțiune ales de vânzător, când se află în concurs cu alți titulari ai unor drepturi legale de preemțiune;

c) dacă bunul este imobil, cu titularul dreptului convențional de preemțiune care a fost mai întâi înscris în cartea funciară, atunci când acesta se află în concurs cu alți titulari ai unor drepturi convenționale de preemțiune;

d) dacă bunul este mobil, cu titularul dreptului convențional de preemțiune având data certă cea mai veche, atunci când acesta se află în concurs cu alți titulari ai unor drepturi convenționale de preemțiune, iar în situația în care dreptul de preemțiune se exercită în privința unui bun cumpărat de terț împreună cu alte bunuri pentru un singur preț, vânzătorul poate pretinde de la preemtor numai o parte proporțională din acest preț. Atunci când s-au vândut și alte bunuri decât acela supus preemțiunii, dar care nu puteau fi despărțite de acesta fără să îl fi păgubit pe vânzător, exercitarea dreptului de preemțiune nu se poate face decât dacă preemtorul consemnează prețul stabilit pentru toate bunurile vândute.

Dreptul convențional/contractual de preemțiune cu privire la un imobil se notează în carte funciară, pentru a fi opozabilitate. Dacă o asemenea notare este făcută, acordul preemtorului nu este necesar pentru ca acela care a cumpărat sub condiție suspensivă să-și poată înscrie dreptul în cartea funciară, în temeiul contractului de

¹⁰ În cazul bunurilor imobile trebuie respectate și prevederile Legii nr. 17/2014, în sensul că pe lângă notificarea ce trebuie făcută către preemtor, vânzătorul trebuie să indice preemtorii și gradul acestora în cerere privind afisarea ofertei de vânzare, iar pe baza acestei cereri, reprezentanții consiliilor locale întocmesc lista preemtorilor ce o înmânează instituțiilor centrale.

vanzare-cumparare incheiat cu proprietarul. Conditia suspensiva a inscrierii consta in faptul ca, in termen de 30 de zile de la comunicarea incheierii prin care s-a dispus incheierea, preemtorul sa nu notifice sa nu notifice biroului de carte funciara dovada consemnarii pretului la dispozitia vanzatorului. Notificarea facuta in termen biroului de carte funciara inlocuieste comunicarea si are aceeasi efecte. In temeiul acesteia, preemtorul poate cere radierea din cartea funciara a dreptului tertului si inscrierea dreptului sau. Atunci cand preemtorul nu a facut notificarea in termen, dreptul de preemtiune se stinge si se radiaza din oficiu din cartea funciara.¹¹

Acest drept potrivit art. 1739 NCC este indivizibil si nu poate fi cedat, stingerea acestuia se realizeaza prin moarte preemtorului, exceptie de la acesta prevedere o fac situatiile in care stingerea dreptului de preemtiune s-a constituit prin ajungere la termen. Termenul maxim de exercitare a dreptului de preemtiune este de 5 ani de la data constituirii. (art. 1740 NCC)

In situatia in care vanzatorul bunului imobil refuza nejustificat incheierea contractul de vanzare-cumparare cu tertul dobanditor al dreptului de preemtiune care si-a exercitat cu buna-credinta dreptul, acesta din urma, dupa eliberarea avizului final de catre institutia centrala, poate cere o hotarare judecatoreasca care sa tina loc de contract de vanzare-cumparare¹².

Pornind de la cele mentionate anterior in sentinta civila nr. 1537/27.06.2013 pronuntata de Judecatoria Mangalia, in dosarul 3614/254/2012 s-a admis actiunea precizata formulate de reclamanta C.Gh. IF, in contradictoriu cu paratii B.A., A.B., A.A. si s-a constatat nulitatea absoluta a contractului de vanzare-cumparare autentificat sub nr. 299/06.07.2011 BNP IBN.

In motivarea cererii, reclamanta a aratat ca, prin contractul de arenda nr. 5/25.01.2008 inregistrat la Primaria orasului Negru Voda sub nr. 2099/40.29.01.2008, a preluat de la parata BA spre exploatare agricola, un teren in suprafata de 4.5 ha situate in extravilanul localitatii Negru Voda, pentru o perioada de 10 ani. Potrivit clauzelor contractuale „arendatorul este obligat sa anunte in scris pe arandas despre intentia sa de a vinde terenul arendat sau o parte din el, recunoscand acestuia un drept de preemtiune inaintea celor care au drept potrivit legii”, cu toate acestea parata a incheiat un contract de vanzare-cumparare cu AB si AA.

Prima instant a constatat nulitatea absoluta a contractului de vanzare-cumparare, prin incalcarea dreptului de preemtiune stipulat in contractul de arenda, motivand ca desi dreptul de preemtiune al arendasului nu mai avea o consacrare legala, acest drept a fost prevazut in mod expres in contractul de arendare nr. 5/25.01.2008, iar stipularea sa intr-o conventie care da expresie libertatii contractuale nu incalca nicio dispozitie imperativa, dar ignora cu desavarsire clauza contractual stabilita de parti, incalcan principiul fortei obligatorii al contractului prevazut in art 969 alin. 1 VCC, iar sanctiunea ce intervine este nulitatea absoluta a contractului incheiat cu nesocotirea acestui drept, in masura in care se dovedeste complicitatea la fraudă a tertului.

¹¹ Sztranyiczki Szilard, *Exercitarea dreptului de preemtiune la vanzarea bunurilor mobile si imobile conform noului Cod Civil*, p. 32-33

¹² Hotararea judecatoreasca, care tine loc de contract de vanzare-cumparare, se poate solicita doar dacă „... antecontractul este încheiat potrivit prevederilor Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, și ale legislației în materie, precum și dacă sunt întrunite condițiile prevăzute la art. 3, 4 și 9 din prezenta lege, iar imobilul ce face obiectul antecontractului este înscris la rolul fiscal și în cartea funciara.

La apelul facut de A.B. si A.A., instanta a modificat in parte sendinta civila nr. 1537/27.06.2013 raportanduse la decizia nr. 8811/29.10.2009 a Inaltei Curti de Casatie si Justitie, pastrand valabil contractul de vanzare-cumparare incheiat, motivand ca prevederile stipulate in contractul de arenda nu au o reglementare legala in perioada 22.07.2005-01.10.2011.

Concluzii

Legiuitorul roman in redactarea dispozitiilor privind dreptul de preemtiune s-a inspirat din legislatia franceza, optand pentru posibilitatea exercitarii dreptului de preemtiune ulterior realizarii acordului scris de vointa dintre vanzator si tert. Contractul se incheie intre preemtor si tert, ulterior titularul dreptului de preemtiune este notificat cu privire la existenta actului translativ de proprietate. Titularul dreptului de preemtiune, are dreptul sa uzeze de dreptul sau, substinduindu-se cumparatorului din contractual initial, dobandind astfel toate drepturile si obligatiile tertului, asemanatoare unei cesiuni.

Prevederile privitoare la dreptul de preemtiune din legislatia romana sunt inca la inceput de drum si pe alocuri neclare, mai ales in ceea ce privește vanzarea bunurilor imobile.

ASPECTE CONTROVERSATE PRIVIND PREȚUL, OBIECT AL OBLIGAȚIEI CUMPĂRĂTORULUI*

Victor MARCUSOHN**

Abstract:

The price, object of buyer's obligation, is established in money and it represents the equivalent in value of the good which was sold. In order for the contract of sale to be valid, the price should fulfill some conditions: it must be established in money, it should be determined or at least determinable and it should be sincere and serious. The condition for the price to be established in money is essential for the contract of sale, being a defining element in contrast with other contracts which translate property. The price is determined when its amount was established by the parties at the moment of signing the contract and it is determinable, when the parties agreed on all necessary elements for a future determination of the price. Finally, the price of sale is sincere when it is not simulated and is serious when it represents the equivalent of the good which was bought.

Keywords: *contract of sale, money, price determined or determinable, price sincere, price serious*

Rezumat:

Prețul, obiect al obligației cumpărătorului, constând într-o sumă de bani care reprezintă echivalentul valoric al lucrului vândut, trebuie să îndeplinească o serie de condiții pentru validitatea contractului de vânzare, și anume: să fie stabilit într-o sumă de bani, să fie determinat sau cel puțin determinabil, să fie sincer și serios. Condiția ca prețul să fie stabilit în bani ține de esența contractului de vânzare, fiind un element de calificare juridică a acestuia, în raport cu alte contracte translativ de proprietate. Prețul este determinat atunci când cuantumul său a fost stabilit de către părți la momentul încheierii contractului și este determinabil, atunci când părțile au convenit prin contract asupra tuturor elementelor necesare determinării viitoare a acestuia. În fine, prețul vânzării este sincer atunci când este real și nu simulat și serios, atunci când reprezintă echivalentul valoric al bunului cumpărat.

Cuvinte-cheie: *contract de vânzare, sumă de bani, preț determinat sau determinabil, preț sincer, preț serios*

Prețul reprezintă obiectul obligației cumpărătorului, constând într-o sumă de bani care reprezintă echivalentul valoric al lucrului vândut.

În lipsa prețului, vânzarea este lovită de nulitate absolută, întrucât obligația cumpărătorului este lipsită de obiect, iar obligația vânzătorului este lipsită de cauză.

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Lect. univ. dr., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea Ecologică din București; e_mail: victor_marcusohn@yahoo.com

Pentru validitatea contractului de vânzare, prețul, obiect al obligației cumpărătorului, trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

a. să fie stabilit într-o sumă de bani

Condiția ca prețul să fie stabilit în bani ține de esența contractului de vânzare, fiind prevăzută, de altfel, expres la art. 1.660 alin. 1 din Codul civil, conform căruia „Prețul constă într-o sumă de bani”.

Condiția ca prețul să fie stabilit în bani nu este doar un element de validitate al contractului, ci și unul de calificare juridică a acestuia, în raport cu alte contracte translativ de proprietate.

Astfel, dacă înstrăinarea unui bun se face în schimbul unui alt bun, contractul nu mai este de vânzare, ci de *schimb*. Dacă transferul dreptului de proprietate s-a făcut cu intenția de a se stinge o altă datorie, preexistentă, contractul va constitui o *dare în plată*, iar dacă se va naște o nouă obligație de transfer a unui drept, în schimbul stingerii unei obligații anterioare, contractul va reprezenta o *novație*.

În mod similar, atunci când în schimbul proprietății asupra unui bun, se stabilește obligația de asigurare a întreținerii, contractul va fi de *întreținere*.

În practică pot apărea probleme în situația în care în contraprestația oferită în schimbul transferului asupra proprietății unui bun, este mixtă, respectiv parțial în bani și parțial în natură. În aceste situații, se consideră că pentru stabilirea naturii juridice a actului încheiat trebuie să se stabilească care este obligația principală¹, respectiv dacă aceasta constă din plata unei sume de bani, contractul va fi de vânzare, iar dacă aceasta constă din prestarea întreținerii, atunci contractul va fi de întreținere.

Cu privire la aceste aspecte, practica judiciară² mai veche, cât și o parte a doctrinei³ au considerat că natura juridică a contractului încheiat de părți se va stabili în funcție de preponderența uneia sau alteia dintre prestațiile asumate de către dobânditorul bunului, respectiv dacă partea din contravaloarea bunului cumpărat este mai mare decât partea ce se estimează că se va executa din prestarea întreținerii, atunci contractul va fi de vânzare cu clauză de întreținere, pe când dacă valoarea întreținerii o depășește pe cea a prețului în bani, contractul va fi de întreținere.

Potrivit unei alte opinii⁴, căreia ne raliem, stabilirea naturii juridice a contractului se va face în raport de valoarea bunului înstrăinat și nu în funcție de prestația întreținerii, întrucât aceasta din urmă este aleatorie. Astfel, dacă prestația în bani este de cel puțin jumătate din valoarea bunului înstrăinat, contractul va fi de vânzare, în caz contrar fiind vorba despre un contract de întreținere.

În orice caz, considerăm, alături de alți autori⁵, că folosirea denurii de „contract de vânzare cu clauză de întreținere” nu este recomandabilă, fiind de natură a crea confuzii cu

¹ A se vedea în acest sens, Trib. Suprem, colegiul civil, decizia nr. 525/1956, în *Îndreptar interdisciplinar de practică judiciară*, p. 205-206.

² A se vedea, Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 1751/1978, în *Repertoriu de practică judiciară în materie civilă (1975-1980)*, p. 92.

³ Mureșan M., *Contractele civile speciale*, vol. II, Ed. Cordial Lex, Cluj Napoca, 1999, p. 43.

⁴ Chirică D., *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. I, *Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 125; Moțiu Fl., *Contractele speciale în Noul cod civil*, Ediția a-IV-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, 2013, p. 51.

⁵ Moțiu Fl., *Contractele speciale în Noul cod civil*, op. cit., loc. cit.

privire la natura contractului, care nu poate fi mixtă, indiferent de clauzele pe care le-ar cuprinde⁶.

În fine, atunci când în schimbul proprietății asupra unui bun, părțile prevăd prin contract o contraprestație periodică în bani, pe toată durata vieții înstrăinătorului, contractul va fi de vânzare, ci de *rentă viageră*. Pe de altă parte, contractul rămâne de vânzare, atunci când prețul se stabilește printr-o sumă de bani platibilă eşalonat, în rate periodice, până la achitarea întregii sume stabilită prin contract.

b. să fie determinat sau cel puțin determinabil

Condiția ca prețul să fie determinat sau cel puțin determinabil este prevăzută expres la art. 1.660 alin. 2 Cod civil.

Prețul este *determinat* atunci când quantumul său a fost stabilit de către părți la momentul încheierii contractului. Pentru ca prețul să fie determinat nu este necesar ca părțile să stabilească *in concreto* mecanismul concret în care se va efectua plata (printr-o singură prestație sau în rate, numerar sau prin cont bancar etc.) sau termenul de plată, întrucât, așa cum s-a arătat în doctrină, aceste elemente nu afectează validitatea contractului, ci numai executarea acestuia și angajarea răspunderii părților pentru neexecutarea obligațiilor contractuale⁷.

Potrivit art. 1.661 C. civ. „vânzarea făcută pe un preț care nu a fost determinat în contract este valabilă dacă părțile au convenit asupra unei modalități prin care prețul poate fi determinat ulterior, dar nu mai târziu de data plății, și care nu necesită un nou acord de voință al părților”. În această situație, deși prețul nu este determinat, acesta este *determinabil*, deoarece părțile au convenit prin contract asupra tuturor elementelor necesare determinării viitoare a prețului. De exemplu, părțile pot conveni ca vânzarea unui bun cotelat la bursă, să se facă la prețul pe care acest bun îl va avea peste o lună, moment la care se va face și plata prețului.

O ipoteză frecvent întâlnită în practică este aceea a vânzării în bloc a bunurilor, când deși prețul este unic și global, iar proprietatea se strămută cumpărătorului îndată ce contractul s-a încheiat, bunurile urmează a fi individualizate ulterior⁸.

Pe de altă parte, prețul se mai poate determina și funcție de greutatea lucrului vândut, situație în care nu se va ține însă cont de greutatea ambalajului⁹.

O altă ipoteză în care prețul este determinabil este cea prevăzută la art. 1.662 C. civ., când prețul poate fi determinat de un terț. Acest terț, privit la modul generic, indiferent că vorbim despre una sau mai multe persoane, trebuie determinat potrivit acordului părților, acesta urmând a acționa ca un mandatar comun al părților, în mod corect, diligent și echidistant¹⁰.

Într-o opinie din doctrină¹¹, se apreciază că nu ar fi suficient ca acest terț să fie un simplu mandatar comun al părților, ci un expert care, de îndată ce acceptă misiunea dată de

⁶ Unii autori au mers chiar mai departe în a exemplifica diferențierea netă dintre aceste contracte, arătând că și dacă se înstrăinează numai o cotă parte individualizată dintr-un imobil pe un preț determinat, iar cealaltă cotă parte în schimbul întreținerii, vor exista două contracte distincte cuprinse într-un singur act, fiecare urmind a se aplica regimul juridic corespunzător. A se vedea, în acest sens, Moțiu FL, *Contractele speciale în Noul cod civil*, op. cit., loc. cit.

⁷ Moțiu FL, *Contractele speciale în Noul cod civil*, op. cit., p. 52.

⁸ Art. 1.679 C. civ.

⁹ Art. 1.663 C. civ.

¹⁰ Art. 1.232 alin. 1 C. civ.

¹¹ Dincă R., *Contracte civile speciale în Noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, 2013, p. 92.

către părți, trebuie să aplice cu imparțialitate criterii obiective de stabilire a prețului. Nu împărtășim acest punct de vedere, pentru simplul fapt că ipoteza în care expertul trebuie să determine prețul, este prevăzută expres de către legiuitor, la art. 1.662 Cod civil, care prevede că atunci când persoanele desemnate potrivit acordului părților nu determină prețul în termenul stabilit de părți sau, în lipsă, în termen de 6 luni de la încheierea contractului, la cererea părții interesate, președintele judecătoreiei de la locul încheierii contractului va desemna, de urgență, în camera de consiliu, prin încheiere definitivă, un expert pentru determinarea prețului, remunerația acestuia urmând a se plăti în cote egale de către părți. Pe de altă parte, aceasta nu înseamnă că în ipoteza prevăzută de art. 1.662 alin. 1 C. civ., a mandatarului comun al părților, acesta nu trebuie să aibă o anumită pregătire de specialitate, însă nu este obligatoriu ca acesta să fie un expert.

În fine, în toate situațiile în care prețul nu a fost determinat în termen de un an de la încheierea contractului, vânzarea este nulă, afară de cazul în care părțile au convenit un alt mod de determinare a prețului¹². Deși legea nu prevede expres care este natura juridică a acestui termen, opinăm că este vorba despre o dispoziție legală instituită pentru ocrotirea unui interes general¹³, sens în care depășirea termenului de un an atrage sancțiunea nulității absolute a contractului de vânzare.

Pe de altă parte, textul general în materie, respectiv art. 1.232 alin. 2 C. civ., stabilește că dacă terțul nu poate sau nu dorește să acționeze ori aprecierea sa este în mod manifest nerezonabilă, instanța, la cererea părții interesate, va stabili, după caz, prețul sau elementul nedeterminat de către părți.

Și în această ipoteză se poate pune problema unui preț care, deși a fost stabilit de către terț în termenul maxim de un an de la data încheierii contractului, este manifest nerezonabil. În această situație, partea interesată se va adresa instanței în vederea stabilirii prețului sau a elementului nedeterminat de către părți, aceasta urmând a stabili prețul „rezonabil” în baza unei expertize de specialitate. Dacă instanța soluționează dosarul având ca obiect stabilirea prețului contractului, în termen de un an de la data încheierii contractului, contractul va fi considerat ca fiind, în mod evident, valabil încheiat. Ce se va întâmpla însă atunci când deși instanța a fost sesizată, în vederea stabilirii prețului contractului, de către partea interesată, înăuntrul termenului de un an de la data încheierii contractului, aceasta soluționează dosarul cu depășirea acestui termen. Va fi contractul considerat ca fiind valabil încheiat sau va fi lovit de nulitate absolută?

Spre deosebire de alți autori¹⁴, opinăm că și în ipoteza în care expertiza judiciară pe baza căreia instanța soluționează dosarul având ca obiect stabilirea prețului contractului și, pe cale de consecință, inclusiv soluția instanței, este ulterioară termenului de un an prevăzut de art. 1.662 alin. 3 C. civ., contractul nu va fi totuși lovit de nulitate absolută, întrucât nu avem de-a face cu o nedeterminare totală a prețului, ci doar cu un preț care, deși determinat, este considerat ca fiind „manifest nerezonabil” de către una dintre părți. În această ipoteză, credem că este recomandabil să se aștepte soluția instanței, care va fi cea care va stabili dacă prețul determinat de către terț este sau nu rezonabil, în această din urmă ipoteză urmând ca prețul vânzării să fie stabilit chiar de către instanță, pe baza expertizei judiciare de specialitate.

Codul civil prevede și o serie de situații în care deși prețul vânzării nu a fost determinat în mod expres, acesta poate fi totuși determinat în funcție anumite criterii.

¹² Art. 1.662 alin. 3 C. civ.

¹³ Art. 1.247 alin. 1 C. civ.

¹⁴ Dincă R., *Contracte civile speciale în Noul Cod civil*, op. cit., p. 93.

Astfel, în primul rând, potrivit art. 1.664 alin. 1 C. civ., „prețul vânzării este suficient determinat dacă poate fi stabilit potrivit *împrejurărilor*.” De exemplu, este posibil ca din împrejurări (volumul tranzacției, calitatea produselor livrate etc.) să rezulte că părțile au avut în vedere un preț mai mic decât prețul practicat de piață al produsului respectiv.

În al doilea rând, atunci când contractul are ca obiect bunuri pe care vânzătorul le vinde în mod obișnuit, se prezumă că părțile au avut în vedere *prețul practicat în mod obișnuit de vânzător*¹⁵. Apreciem că în această situație prețul se poate determina prin raportare la alte contracte, având un obiect similar, încheiate de către vânzător cu alți cumpărători.

Pe de altă parte, legiuitorul consideră că în lipsă de stipulație contrară, vânzarea unor bunuri al căror preț este stabilit pe piețe organizate este presupusă a se fi încheiat pentru *prețul mediu aplicat în ziua încheierii contractului pe piața cea mai apropiată de locul încheierii contractului*. Dacă această zi a fost nelucrătoare, se ține seama de ultima zi lucrătoare¹⁶.

Nu în ultimul rând, în situația contractului de vânzare încheiat între profesioniști, dacă prin contract nu se stabilește prețul și nici nu se indică o modalitate pentru a-l determina, se presupune că părțile au avut în vedere *prețul practicat în mod obișnuit în domeniul respectiv pentru aceleași prestații realizate în condiții comparabile* sau, în lipsa unui asemenea preț, un *preț rezonabil*¹⁷.

Desigur, este posibilă potrivit contractului și determinarea prețului raportat la un factor de referință. În ipoteza în care acest factor nu există, a încetat să mai existe ori nu mai este accesibil, el se înlocuiește, în absența unei convenții contrare, cu factorul de referință cel mai apropiat¹⁸.

În orice caz, stabilirea prețului contractului nu poate fi lăsată, în nicio situație, la aprecierea ulterioară a părților, iar acesta nici nu va putea fi stabilit raportat exclusiv la voința ulterioară a unei dintre ele, întrucât lipsa din contract a unor elemente prin care prețul să fie determinat sau cel puțin determinabil va conduce la nulitatea absolută a contractului pentru lipsa prețului.

Nu în ultimul rând, trebuie menționat că în situația în care există prețuri legale, stabilite astfel prin lege, acestea sunt obligatorii pentru părți, care nu vor putea deroga de la acestea prin contractul de vânzare. În această situație, dacă părțile nu au prevăzut nimic prin contract referitor la preț, contractul va fi totuși valabil, considerându-se că acestea au avut în vedere prețul legal aplicabil. Dacă părțile au prevăzut prin contract un preț mai mic decât cel legal, contractul se va modifica de drept, prețul stabilit de către părți înlocuindu-se cu cel legal, pe când în situația în care părțile au stabilit un preț mai mare decât cel legal, contractul se va reduce de drept la valoarea prețului legal, iar în caz de plată, prețul plătit suplimentar va fi supus repetițiunii, chiar dacă plata a fost făcută cu bună știință.

c. să fie sincer și serios

Prețul vânzării trebuie să fie *sincer* atunci când este real și nu simulat, deci stabilit cu intenția de a fi plătit în mod efectiv. Altminteri, atunci când vânzătorul nu intenționează să ceară prețul, iar cumpărătorul nu intenționează să-l plătească, prețul este fictiv, vânzarea fiind lovită în această situație de nulitate relativă¹⁹. Codul civil în vigoare diferă din acest

¹⁵ Art. 1.664 alin. 2 C. civ.

¹⁶ Art. 1.664 alin. 3 C. civ.

¹⁷ Art. 1.233 C. civ.

¹⁸ Art. 1.234 C. civ.

¹⁹ Art. 1.665 alin. 1 C. civ.: „Vânzarea este anulabilă atunci când prețul este stabilit fără intenția de a fi plătit”.

punct de vedere față de vechea reglementare în materie care, deși nu prevedea în mod expres sancțiunea aplicabilă prețului fictiv, condusesese practic la cristalizarea unei practici constante care considera că în această situație contractul de vânzare este nul absolut pentru lipsa prețului²⁰.

De asemenea, prețul este fictiv și atunci când părțile au dorit de fapt să încheie o donație deghizată sub aparența unui contract cu titlu oneros, caz în care contractul va fi anulabil sub forma vânzării, însă valabil ca donație, cu condiția să îndeplinească condițiile de fond specifice acestui tip de contract.

În al doilea rând, prețul trebuie să fie și *serios*, adică să reprezinte echivalentul valoric al bunului cumpărat, respectiv să fie într-un quantum suficient de mare încât să poată constitui cauză a obligației de transfer a dreptului de proprietate²¹. Cu alte cuvinte, prețul trebuie nu fie derizoriu²².

Așa cum bine s-a arătat²³, prețul derizoriu nu trebuie confundat cu prețul lezionar, întrucât acesta din urmă deși este disproporționat, nu este suficient de mic pentru ca obligația de transfer a dreptului de proprietate să fie lipsită de cauză, contractul nefiind anulabil decât dacă sunt îndeplinite și celelalte condiții prevăzute la art. 1.221 alin. 1 C. civ.²⁴

Aprecierea caracterului „serios”, respectiv derizoriu al prețului nu trebuie făcută în mod mecanic. Astfel, în practica judiciară s-a arătat că noțiunea de „preț serios” presupune un preț care să constituie o cauză suficientă a obligației de transmitere a dreptului de proprietate asupra bunului²⁵, aceste aspecte vizând o situație de fapt, instanța de judecată investită cu soluționarea unei asemenea acțiuni în constatarea caracterului serios al prețului trebuind să aibă în vedere atât echivalența valorică a prestațiilor, cât și subiectivismul manifestat de către părțile contractante.

În altă ordine de idei, nu trebuie confundat prețul nesperios, derizoriu, cauză de anulabilitate a contractului, cu un preț de vânzare inferior prețului de piață al bunului respectiv, stabilit de comun acord de către părți, însă fără ca acesta să devină derizoriu. În această din urmă situație, contractul de vânzare este perfect valabil. Practic, la aprecierea

²⁰ În doctrină se consideră că la baza acestei noi abordări ar sta două realități ale prezentului, respectiv interesul apărut este unul particular și nu unul general, iar dispozițiile în materie fiscală permit calcularea impozitului datorat nu în funcție de prețul declarat, ci în funcție de valoarea minimă stabilită ca fiind aplicabilă pe o anumită piață determinată geografic. A se vedea în acest sens, Fl. Moțiu, *Contractele speciale în Noul cod civil*, op. cit., p. 55.

²¹ A se vedea și SCJ, S. I civ., Dec. nr. 1597/14.02.2006, www.scj.ro: „Prețul trebuie să fie, de regulă, proporțional cu valoarea lucrului vândut, părțile fiind însă libere să determine valoarea bunului și deci prețul lui, care poate fi astfel superior ori inferior valorii reale a bunului. Prin noțiunea de preț serios, (...) urmează a se înțelege prețul care constituie o cauză suficientă a obligației luate de vânzător de a transmite dreptul de proprietate asupra bunului ce formează obiectul vânzării. Seriozitatea prețului depinde de existența unei proporții între quantumul prețului fixat de părțile contractante și valoarea reală a bunului vândut”.

²² Art. 1.665 alin. 2 C. civ.: „De asemenea, dacă prin lege nu se prevede altfel, vânzarea este anulabilă când prețul este într-atât de disproporționat față de valoarea bunului, încât este evident că părțile nu au dorit să consimtă la o vânzare.”

²³ Dincă R., *Contracte civile speciale în Noul Cod civil*, op. cit., p. 95-96.

²⁴ Art. 1.221 alin. 1 C. civ.: „Există leziune atunci când una dintre părți, profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți, stipulează în favoarea sa ori a unei alte persoane o prestație de o valoare considerabil mai mare, la data încheierii contractului, decât valoarea propriei prestații.

²⁵ A se vedea în acest sens, Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 1542/1973; Trib. Suprem, Secția civilă, decizia nr. 1640/1977; Trib. Suprem, Secția civilă, decizia nr. 697/1984 cit. de Moțiu Fl., *Contractele speciale în Noul cod civil*, op. cit., loc. cit.

caracterului serios al prețului, se poate ține seama de existența unor cauze de ordin personal care pot justifica un preț inferior valorii de circulație a respectivului bun, precum gradul de rudenie dintre părți, raporturile de prietenie dintre acestea etc.

Nu în ultimul rând, și în situația în care prețul este derizoriu, deși contractul va fi anulabil ca vânzare, este posibil ca acesta să întrunească condițiile necesare pentru a fi considerat o liberalitate. Astfel, în această ipoteză, contractul va putea fi considerat o donație directă, sub rezerva îndeplinirii condițiilor de de fond și formă aplicabile acestui tip de contract.

EXERCIȚIUL AUTORITĂȚII PĂRINTEȘTI ÎN CONDIȚIILE EXISTENȚEI UNUI ORDIN DE PROTECȚIE*

*Dr. Cristiana-Mihaela CRĂCIUNESCU***

Abstract:

Domestic violence seriously affects the child's family environment. Although the protection order issued by the court, that shall ensure the protection of victims of this form of violence, not all the effects are removed. The prohibition of any contact, including telephone, between the aggressor and the victim makes it impossible the exercise of joint parental authority during the application of the protection order. Children are suffering not only because of the violence exerted on them, but also because of the traumatic hostile environment in which they are forced to live.

Keywords: *the domestic violence, child, family, parental authority exercise*

Rezumat:

Violența în familie afectează grav mediul familial al copilului. Deși prin emiterea de către instanța de tutelă a ordinului de protecție se asigură o protecție a victimelor acestei forme de violență, nu toate efectele sale sunt înlăturate. Interdicția oricărui contact, inclusiv telefonic, între agresor și victime face imposibil exercițiul comun al autorității părintești în perioada aplicării ordinului de protecție. Copiii au de suferit nu doar datorită violențelor exercitate asupra lor, dar și datorită mediului ostil și traumatizant în care sunt obligați să trăiască.

Cuvinte-cheie: *violență domestică, copil, familie, exercițiul autorității părintești*

1. Context

Noțiunea de „autoritate părintească” înlocuiește, în viziunea actualului Cod civil, „încredințarea copilului spre creștere și educare unuia dintre părinți”, întâlnită anterior în Codul familiei. Rațiunea acestei modificări legislative o reprezintă necesitatea implicării ambilor părinți în creșterea și educarea copilului, în vederea unei mai eficiente protecții a interesului superior al acestuia. Orice copil are nevoie de grija și protecția ambilor părinți, care au obligația de a-i asigura un mediu familial și afectiv propice dezvoltării personalității. Practic, autoritatea părintească este suma drepturilor și obligațiilor părintești, care revin oricărui părinte de la nașterea copilului sau de la stabilirea filiației acestuia și până la dobândirea capacității sale depline de exercițiu.

Autoritatea părintească aparține părintelui indiferent dacă este căsătorit sau nu și indiferent de modalitatea în care a fost stabilită filiația copilului față de el.

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e_mail: c_craciunescu@hotmail.com

2. Unele considerații privind exercițiul autorității părintești

Deși fiecare dintre părinți are autoritate părintească de la stabilirea filiației sale față de copil, exercițiul autorității părintești poate să fie limitat în anumite condiții.

Regula în materie o constituie exercitarea autorității părintești în comun de către ambii părinți, aceasta constând în obligația acestora de a lua împreună deciziile importante pentru copil.

Prin excepție, potrivit art. 507 Cod civil, autoritatea părintească este exercitată de unul singur dintre părinți dacă: „unul dintre părinți este decedat, declarat mort prin hotărâre judecătorească, pus sub interdicție, decăzut din exercițiul drepturilor părintești sau dacă, din orice motiv, se află în neputință de a-și exprima voința”.

În afara acestor situații, în care exercițiul unilateral al autorității părintești are loc *ope legis*, acesta poate fi atribuit unuia singur dintre părinți, în anumite situații determinate de respectarea interesului copilului. În acest sens, potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (7) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului¹ republicată, cu modificările și completările ulterioare, instanța poate dispune exercițiul autorității părintești exclusiv în beneficiul unuia dintre părinți în anumite cazuri, prevăzute exemplificativ, respectiv: „alcoolismul, boala psihică, dependența de droguri a celuilalt părinte, violența față de copil sau față de celălalt părinte, condamnările pentru infracțiuni de trafic de persoane, trafic de droguri, infracțiuni cu privire la viața sexuală, infracțiuni de violență, precum și orice alt motiv legat de riscurile pentru copil, care ar deriva din exercitarea de către acel părinte a autorității părintești”.

3. Restricțiile impuse de dispunerea unui ordin de protecție

Ordinul de protecție poate fi dispus de instanța de tutelă în situațiile în care o persoană este în pericol din cauza agresiunilor fizice sau psihologice produse de un membru al familiei. Potrivit alin. (1) al art. 23 din Legea nr. 217/2003 republicată², cu modificările și completările ulterioare, prin ordinul de protecție pot fi luate următoarele măsuri cu privire la agresor:

a) evacuarea temporară a agresorului din locuința familiei, indiferent dacă acesta este titularul dreptului de proprietate;

b) reintegrarea victimei și, după caz, a copiilor, în locuința familiei;

c) limitarea dreptului de folosință al agresorului numai asupra unei părți a locuinței comune atunci când aceasta poate fi astfel partajată încât agresorul să nu vină în contact cu victima;

d) obligarea agresorului la păstrarea unei distanțe minime determinate față de victimă, față de copiii acesteia sau față de alte rude ale acesteia ori față de reședința, locul de muncă sau unitatea de învățământ a persoanei protejate;

e) interdicția pentru agresor de a se deplasa în anumite localități sau zone determinate pe care persoana protejată le frecventează ori le vizitează periodic;

f) interzicerea oricărui contact, inclusiv telefonic, prin corespondență sau în orice alt mod, cu victima;

g) obligarea agresorului de a preda poliției armele deținute;

h) încredințarea copiilor minori sau stabilirea reședinței acestora.”

¹ Legea nr. 272 privind protecția și promovarea drepturilor copilului a fost republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 159 din 5 martie 2014.

² Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 367 din 29.05.2003 și a fost republicată de două ori, cu modificări și completări.

Totodată, instanța poate dispune și obligarea agresorului de a suporta chiria victimei pe durata imposibilității de a sta în locuința familiei și de a urma consiliere psihologică, psihoterapie sau poate recomanda luarea unor măsuri de control, efectuarea unui tratament ori a unor forme de îngrijire, în special în scopul dezintoxicării.

Observăm, așadar, că instanța poate dispune prin ordinul de protecție interdicția temporară a oricărui contact, inclusiv telefonic, prin corespondență sau în orice alt mod, al agresorului cu victima. Or, în cazul în care autoritatea părintească cu privire la copilul comun al agresorului și al victimei este exercitată în comun de cei doi părinți, aceasta presupune în mod necesar luarea de comun acord a tuturor deciziilor importante care îl privesc pe copil.³ Este vorba de toate deciziile care se aplică pe o anumită perioadă de timp și sunt importante pentru creșterea și educarea copilului, cum ar fi cele care privesc alegerea unității de învățământ la care urmează să fie înscris copilul, alegerea medicului de familie al copilului, supunerea copilului unor proceduri medicale care necesită acordul părinților, activitățile extrașcolare ale copilului etc.

Singurele decizii care pot fi luate de părinți la care copilul locuiește singur sunt cele curente, zilnice, care nu prezintă o importanță majoră pe termen lung pentru copil.

4. În ce condiții poate continua exercitarea în comun a autorității părintești de către părinți, după emiterea ordinului de protecție?

În acest context, emiterea de către instanța de tutelă a unui ordin de protecție împotriva părintelui agresor, prin care acestuia îi este interzis orice contact, inclusiv telefonic sau prin alte mijloace de comunicare la distanță cu celălalt părinte și cu copilul pune o problemă de principiu: va mai fi posibilă, în aceste condiții, exercitarea în comun a autorității părintești cu privire la acel copil?

Exercitarea autorității părintești în comun de către părinți presupune cel puțin comunicarea acestora în vederea luării deciziilor importante care îl privesc pe copil; oricare dintre părinți trebuie să îl consulte pe celălalt cu privire la modul în care ar trebui hotărât. De asemenea, printre obligațiile părintești care sunt subsumate noțiunii de autoritate părintească se numără și obligația de întreținere a copilului și de asigurare a condițiilor materiale, morale și afective necesare unei dezvoltări armonioase a copilului.

În condițiile în care un ordin de protecție interzice orice contact al părintelui agresor cu părintele victimă, canalele de comunicare necesare luării împreună a deciziilor privind exercițiul comun al autorității părintești sunt închise. Părintele agresor nu mai poate participa, sub nicio formă, la creșterea și educarea copilului său, care, de cele mai multe ori, este deja victimă a violenței domestice alături de celălalt părinte.

În aceste condiții, se pune întrebarea: ce soluții practice pot fi aplicabile cu privire la exercitarea autorității părintești?

Art. 23 alin. (1), lit. h) din Legea nr. 217/2003 republicată prevede posibilitatea judecătorului de a dispune, prin intermediul ordinului de protecție, „încredințarea copiilor minori sau stabilirea reședinței acestora”, măsură care odată cu intrarea în vigoare a Codului civil nu își mai găsește corespondent în cadrul dispozițiilor de dreptul familiei, sintagma „încredințare spre creștere și educare” fiind înlocuită de „stabilirea exercițiului

³ A se vedea alin. (3) al art. 36 din Legea nr. 272/2004, precum și: Massager, N., *Droit familial de l'enfance. Filiation. Autorité parentale*. Hebergement, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 279; Baillon-Wirtz, N., Honhon, Y., Le Boursicot, M.-C., Meyer-Bourdeau, A., Omarjee, I., & Pons-Brunetti, C., 2010, *L'enfant sujet de droits*, Ed. Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, p. 220.

autorității părintești”⁴ și a „locuinței copilului”⁵. După cum observăm însă, această noțiune nu a fost înlocuită și în textul acestei legi, care a rămas la fel ca în momentul adoptării sale, în perioada aplicării Codului familiei. Este motivul pentru care instanțele judecătorești au o practică discutabilă în materie⁶, sau pronunțându-se fie în sensul încredințării copiilor spre creștere și educare⁷, sintagmă rămasă fără conținut juridic, așa cum arătam mai sus, fie în sensul stabilirii exercițiului exclusiv al autorității părintești sau doar al stabilirii locuinței sau reședinței copiilor la părintele victimă pe perioada ordinului de protecție⁸.

În ceea ce privește exercițiul comun al autorității părintești, pentru perioada aplicării ordinului de protecție părintele agresor căruia i s-a interzis temporar orice contact, inclusiv telefonic sau prin alte mijloace de comunicare la distanță, cu părintele victimă se află în imposibilitatea de a-și exprima voința cu privire la creșterea și educarea copilului, datorită acestei interdicții de comunicare. Aceasta conduce, potrivit dispozițiilor art. 507 Cod civil, la exercițiul exclusiv al autorității părintești de către părintele victimă, fără a fi nevoie să se dispună aceasta în mod expres în ordinul de protecție. În practică însă, considerăm că ar fi de dorit ca instanțele să dispună exercitarea temporară a autorității părintești de către părintele victimă pe durata ordinului de protecție, pentru ca la încheierea oricărui act în beneficiul minorului care necesită acordul ambilor părinți să nu existe dubii și dificultăți (de exemplu, dacă părintele victimă dorește să facă o excursie cu copilul în străinătate, să îl înscrie la școală sau se ivesc alte astfel de situații).

În orice caz, apreciem că interzicerea oricărui contact, inclusiv telefonic sau prin alte mijloace de comunicare la distanță între părintele agresor și părintele victimă, indiferent dacă victimă a violenței domestice este sau nu și copilul, determină în mod obligatoriu exercitarea temporară a autorității părintești în mod exclusiv de către unul singur dintre părinți, de regulă părintele victimă, datorită imposibilității acestora de a se consulta în vederea luării împreună a deciziilor privitoare la copil.

Mai mult, potrivit alin. (7) al art. 36 din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, printre împrejurările considerate motive întemeiate pentru ca instanța să decidă ca autoritatea părintească să se exercite de către un singur părinte se numără și „violența față de copil sau față de celălalt părinte”, astfel încât protecția copilului să poată fi asigurată în situațiile de violență domestică.

În ceea ce privește relațiile părintelui agresor cu copilul minor care locuiește la părintele victimă, în practică se pot întâlni două tipuri de situații: când părintele l-a agresat sau reprezintă o amenințare și pentru copil (acesta fiind victimă) sau când numai celălalt părinte este victimă, copilul nefiind agresat sau amenințat în niciun fel. Chiar și în a doua situație însă, atmosfera tensionată dintre părinți și imposibilitatea acestora de a comunica face imposibilă realizarea programului de relații personale dintre părintele agresor și copil.

⁴ A se vedea art. 397 și urm. Cod civil.

⁵ A se vedea art. 400 Cod civil.

⁶ De exemplu, prin Sentința civilă nr. 4226 din 3.04.2015 a Judecătoriei Buzau, s-a dispus prin ordinul de protecție atât încredințarea spre creștere și educare a copiilor către mamă pe o perioadă de 6 luni, cât și locuința copiilor la mama reclamantă și exercițiul autorității părintești cu privire la copii exclusiv de către mamă, dispoziții care se suprapun în fapt. Sentința este disponibilă la: <http://www.rolii.ro/hotarari/56b2a9ea2de4e181ee27de16> sau Sentința civilă nr. 9829 din 14.07.2015 a Judecătoriei sect. 3 București, disponibilă la: <http://www.rolii.ro/hotarari/56b6fe3b18207b3e02f00ed5>.

⁷ În acest sens, Sentința civilă nr. 774 din 9.04.2013, a Judecătoriei Fălticeni, disponibilă la: <http://www.rolii.ro/hotarari/56b221f56990d4e2a9dd87eb>.

⁸ Sentința civilă nr. 7213 din 28.10.2015 a Judecătoriei Buftea, disponibilă la: <http://www.rolii.ro/hotarari/56b439793fb85b1ad64a6d06>.

În plus, apreciem că în toate cazurile violența unuia dintre părinți traumatizează copilul și ar fi dificil de conceput relații armonioase între aceștia în astfel de situații.

Prin urmare, apreciem că pe perioada executării ordinului de protecție emis de instanța de tutelă în condițiile legii, programul de realizare a relațiilor personale dintre copil și părintele agresor se suspendă de drept, fie datorită faptului că copilul este victimă a agresiunii, fie pentru imposibilitatea executării acestuia din cauza interdicției comunicării între părinți, cel puțin în situațiile în care copilul locuiește la părintele victimă.

O posibilă continuare a relațiilor personale ale copilului cu părintele împotriva căruia a fost emis un ordin de protecție ar putea fi de conceput doar în situații de excepție, cum ar fi aceea în care locuința copilului nu este la niciunul dintre părinți, ci la bunici sau la alte persoane, iar victimă a agresiunii este doar celălalt părinte (care, de cele mai multe ori este mama), iar nu și copilul.

5. Concluzii

Având în vedere dificultățile practice pe care aplicarea dispozițiilor art. 23 alin. (1), lit. h) din Legea nr. 217/2003 republicată le ridică datorită faptului că nu au fost actualizate în concordanță cu reglementările Codului civil privind terminologia referitoare la relațiile dintre părinți și copii, propunem realizarea acestei corelări foarte importante.

Considerăm, totodată, că nu ar fi lipsită de importanță și de eficiență și o completare a Legii nr. 217/2003 în sensul clarificării raporturilor dintre părinți și copii în situația executării ordinului de protecție emis împotriva agresorului care este și părinte.

CÂTEVA CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA OBLIGAȚIA DE ÎNTREȚINERE A PĂRINȚILOR FAȚĂ DE COPIII LOR MINORI

Mihaela Gabriela BERINDEI*

Résumé:

Le devoir d'entretien des parents envers leurs enfants mineurs est une obligation complexe, qui est le résultat de l'autorité parentale et qui soulève des questions concernant le moment de la naissance de cette obligation. La reconnaissance des droits de l'enfant dès la conception représente l'un de ces problèmes. La possibilité d'une personne d'être sujet de droit civil suppose l'aptitude de celui-ci d'avoir des droits et des obligations civiles. Le statut juridique des enfants en matière civile est différent de celui des adultes. A cause du manque de maturité et des besoins spécifiques, la loi leurs accorde un statut juridique de protection, avant et après leur naissance.

Mots clef: le devoir d'entretien, les enfants mineurs, la reconnaissance des droits

Rezumat:

Obligația de întreținere a părinților față de copiii lor minori este o obligație complexă, care rezultă din conținutul autorității părintești și care ridică probleme în ceea ce privește stabilirea momentului la care ia naștere această obligație. Recunoașterea drepturilor copilului de la concepțiune reprezintă una dintre aceste probleme. Posibilitatea unei persoane de a fi subiect de drept presupune aptitudinea acesteia de a avea drepturi și obligații civile. Statutul juridic al copiilor în materie civilă este diferit de cel al adulților. Lipsa maturității și nevoile specifice fac ca legea să le acorde un statut juridic de protecție, înainte și după nașterea lor.

Cuvinte-cheie: obligația de întreținere, copiii minori, recunoașterea drepturilor

Potrivit Codului civil, părinții sunt obligați să-i întrețină pe copiii lor minori până la vârsta majoratului, iar, dacă se află în continuarea studiilor, până la terminarea acestora, dar fără a depăși vârsta de 26 de ani. Prin coroborarea articolului 499¹ cu articolul 35² din Codul civil, am putea afirma că obligația de întreținere a părinților față de copiii lor există din momentul nașterii acestora³. Dar legiuitorul nu precizează strict momentul când are loc

* Cercetător științific, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; email: mihaela.berindei@yahoo.com

¹ Articolul 499 din Codul civil prevede la alin. (1) că: „Tatăl și mama sunt obligați, în solidar, să dea întreținere copilului lor minor, asigurându-i cele necesare traiului, precum și educația, învățătura și pregătirea sa profesională”. De asemenea, „părinții sunt obligați să îl întrețină pe copilul devenit major, dacă se află în continuarea studiilor, până la terminarea acestora, dar fără a depăși vârsta de 26 de ani”, se arată, în continuare, la alin. (3) al aceluiași articol.

² Aptitudinea persoanei de a avea drepturi și obligații civile reprezintă capacitatea de folosință a acesteia. Capacitatea de folosință începe de la naștere și încetează odata cu moartea, așa cum este prevăzut în Codul civil, la articolul 35. Deci, prin dobândirea capacității de folosință în momentul nașterii persoanei, înțelegem că se nasc drepturi în favoarea copilului odată cu nașterea sa.

³ Faptul nașterii copilului coincide cu stabilirea filiației față de mamă, în timp ce filiația față de tatăl din căsătorie se stabilește prin efectul prezumției de paternitate. În schimb, filiația față de tatăl din afara căsătoriei se stabilește prin recunoaștere sau prin hotărâre judecătorească. În acest sens, a se vedea

începutul obligației, de aceea ne întrebăm dacă nașterea copilului reprezintă izvor de obligații pentru părinți, ori aceste obligații se nasc în favoarea copilului⁴, încă de la concepția⁵ lui?

Autorii francezi⁶ arată că nu doar nașterea, ci chiar concepția copilului reprezintă izvor de obligații pentru părinți, considerând că nu are însemnătate data sau momentul stabilirii filiației, sub oricare dintre formele în care s-ar realiza aceasta. Este însă dificil de a distinge, înainte de naștere, între cheltuielile angajate în interesul copilului și cele angajate în interesul mamei. Astfel de cheltuieli ar putea fi plata taxelor unei vizite medicale, a unei consultații sau a unui examen de specialitate în interesul copilului. Dacă este necesar, poate fi vorba și de un eventual tratament al mamei pe perioada sarcinii. Desigur că, și acesta din urmă, ar putea avea la bază interesul superior al copilului. În preambulul Convenției ONU cu privire la drepturile copilului din 1989, ratificată de România și intrată în vigoare din anul 1990, este precizat că, din cauza lipsei maturității psihice și intelectuale a copilului, acesta are nevoie de protecție și de grijă specială, și, în același timp, de o protecție juridică adecvată, *atât înainte, cât și după nașterea sa*.

De asemenea, în doctrina franceză⁷, s-a încercat să se răspundă la întrebarea: Ce este un embrion uman? Un lucru? Un animal? O persoană? Răspunsul este următorul: embrionul nu poate fi un lucru atâta vreme cât este viu. Nu poate fi nici un animal, cu atât mai mult cu cât este fructul unei descendențe umane, cu un patrimoniu genetic prezent care nu va trăi

dispozițiile articolului 408 din Codul civil cu privire la modurile de stabilire a filiației. De asemenea, filiația se mai poate stabili și prin efectul adopției. Adopția este o operațiune juridică prin care se creează atât legătura de filiație între adoptator și adoptat, precum și legăturile de rudenie între adoptat și rudele adoptatorului.

Privitor la situația copilului în cazul introducerii unei acțiuni de stabilire a filiației, instanța, prin hotărârea de admitere a acțiunii, se pronunță și cu privire la stabilirea numelui copilului, exercitarea autorității părintești și obligația părinților de a-l întreține pe copil, astfel cum prevede articolul 438 alin. (1) din Codul civil.

Dreptul la acțiune în stabilirea maternității aparține copilului și se inițiază de către reprezentantul său legal, în numele acestuia, prevede articolul 423 din Codul civil. Dreptul la acțiune în stabilirea filiației este imprescriptibil, de aceea el nu se prescrie în timpul vieții copilului. Dacă, însă, copilul a decedat înainte de a introduce acțiunea, moștenitorii săi pot să o introducă în termen de un an de la data decesului. Aceleași dispoziții sunt valabile și în cazul stabilirii paternității din afara căsătoriei, doar că, în acest caz, acțiunea se pornește de către mamă, în numele copilului, chiar dacă aceasta este minoră, sau de către reprezentantul lui legal, prevede articolul 425 alin. (1). Ea poate fi pornită sau continuată și de moștenitorii copilului, așa cum poate fi pornită și împotriva moștenitorilor pretinsului tată, este prevăzut, în continuare, la articolul 425 alin. (2) și (3).

Codul civil, la articolul 428, prevede că, dacă mama a formulat o acțiune de stabilire a paternității, poate cere despăgubiri pretinsului tată constând în jumătate din valoarea cheltuielilor nașterii și ale lehzuziei, precum și din acelea ocazionate de întreținerea acesteia în timpul nașterii și în perioada de lehzuzie. Mama poate solicita aceste despăgubiri chiar atunci când copilul s-a născut mort ori a murit înainte de pronunțarea hotărârii privind stabilirea paternității. Mai mult decât atât, mama sau moștenitorii ei au dreptul la despăgubiri pentru orice alte prejudicii, potrivit dreptului comun; în acest caz, dreptul la acțiune al mamei se prescrie în termen de 3 ani de la nașterea copilului.

⁴ În sensul prevederilor legale privind protecția copilului, prin „copil” se înțelege persoana care nu a împlinit vârsta de 18 ani și nici nu a dobândit capacitatea deplină de serviciu, potrivit legii – art. 263 alin. (5) Cod civil.

⁵ Timpul legal al concepțiunii este cuprins între a trei sute și a o sută optzecea zi dinaintea nașterii copilului, și se calculează zi cu zi. Totodată, prin mijloace de probă științifice se poate face dovada concepțiunii copilului chiar în afara acestui interval, prevede articolul 412 din Codul civil.

⁶ Fr. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. La Famille*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2011, p. 863.

⁷ Guy Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5^{ème} édition, Lexis Nexis, Paris, 2006, p. 38.

niciodată sub forma unei alte vietăți, ca, de exemplu, a unui scarabeu sau a unei broaște. S-ar putea afirma, deci, că embrionul reprezintă începutul unei ființe umane de la prima lui celulă. De altfel, această analiză a debutat după concluzia Curții Europene a Drepturilor Omului care rezultă din jurisprudența sa. Astfel, într-una dintre deciziile sale, Curtea de la Strasbourg nu recunoaște în mod expres calitatea de persoană a embrionului, ori a fătului uman, dar recunoaște că, având în vedere posibilitatea de a deveni în viitor o persoană, trebuie să i se recunoască drepturile asimilate ființei umane, în numele demnității umane⁸.

Aastă concepție a Curții Europene a Drepturilor Omului este, de altfel, susținută de adagiul latin *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*, regulă transpusă și în legislația românească prin articolul 7 alin. (2) al Decretului nr. 31 din anul 1954, conform căreia drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, dacă el se naște viu. Această dispoziție a fost preluată de noul Cod civil, prin articolul 36 și presupune îndeplinirea cumulativă a două condiții: să fie vorba despre drepturile copilului, iar copilul să se nască viu. Copilul încă nenăscut este considerat născut ori de câte ori este vorba despre drepturile sale, având de a face cu așa-zisa capacitate de folosință anticipată pe care un copil conceput, dar nenăscut încă, o dobândește cu condiția de a se naște viu. Această prevedere consacră, astfel, o *excepție* de la regula conform căreia persoana fizică dobândește capacitate de folosință la naștere, prin faptul că i se recunoaște copilului încă nenăscut această capacitate, atunci când este vorba despre drepturile sale.

Copilul conceput poate să dobândească anumite drepturi, dar acestea nu vor fi acordate decât dacă se naște viu. *Per a contrario*, aceste drepturi vor dispărea retroactiv dacă nu se naște viu, embrionul fiind, practic, considerat că nu a existat niciodată din punct de vedere juridic, deci nu a fost niciodată titular de drepturi, ceea ce înseamnă că, în mod evident, nu putea nici să le transmită. Aici este vorba despre a recunoaște o personalitate juridică potențială sau condițională a copilului conceput, ceea ce se numește capacitate de folosință anticipată. Capacitatea de folosință anticipată are o semnificație juridică foarte precisă. În concluzie, nașterea este momentul când embrionul trece de la capacitatea civilă potențială, la capacitatea civilă efectivă.

Aceeași problemă controversată, a lipsei personalității juridice a copilului conceput, este de actualitate, fiind dezbătută din perspectiva jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului. Copilul nu poate fi considerat subiect de drept dacă nu s-a născut, fiind imposibil de a avea o viață independentă cât timp este legat de corpul mamei. S-a arătat⁹ că, dacă am recunoaște unui făt aceeași personalitate juridică cu a unui copil născut, ar trebui să-i acordăm aceeași protecție penală. Or, acest lucru nu s-a întâmplat și nu o să se întâmple niciodată. De exemplu, dacă ucidem o persoană, ne aflăm în prezența unei crime sau a unui asasinat, în timp ce aceeași operațiune practică înainte de naștere, nu reprezintă decât un avort. Observăm, că, nici incriminările, dar nici pedepsele nu sunt aceleași. Chiar și în perioada sancțiunii severe a avorturilor, cele două tipuri de infracțiuni au fost diferite.

Recunoscând, totuși, o eventuală capacitate potențială a embrionului, dar nu o personalitate juridică deplină, deducem implicit că acesta beneficiază de drepturi patrimoniale și extrapatrimoniale. În categoria celor patrimoniale, trebuie să fie menționat dreptul la moștenire. Principiul *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus*

⁸ Cristina Gavrilovici, *Demnitatea umană și libertatea de a procrea*, în Revista Română de Bioetică, vol. 1, nr. 4/2003; Ion Turcu, *Cu imensă ipocrizie, despre protecția demnității ființei umane în noul Cod civil*, <http://www.juridice.ro/163742.html>; Aurora Ciucă, *Conceptul de „demnitate” a ființei umane în bioetică și drept*, în Revista Română de Bioetică, vol. 7, nr. 2/2009; *Ibidem*, vol. 8, nr. 3/2010.

⁹ Francoise Dekeuwer-Defossez, *Les droits de l'enfant*, PUF, Paris, 1991, p. 10-13.

agitur își găsește aplicare în materia succesiunilor. În țara noastră, articolul 957 din Codul civil consacră capacitatea de a moșteni unei persoane dacă există la momentul deschiderii moștenirii și stă mărturie a aplicării acestui principiu, prin care i se permite copilului încă nenăscut să își moștenească tatăl care a decedat înainte de nașterea sa. Pentru a moșteni, persoana trebuie să existe în momentul la care succesiunea este deschisă. Copilul conceput este considerat că există, ori de câte ori este vorba despre drepturile sale, dacă el se naște viu. Copilul născut mort este considerat că nu există. Aceasta presupune determinarea momentului concepției copilului, pentru că numai astfel putem afla dacă respectivul copil putea fi considerat că exista la data când dreptul pe care ar urma să îl dobândească a luat naștere.

În categoria drepturilor nepatrimoniale, copilul conceput are dreptul de a primi la naștere numele celui care îl recunoaște. În doctrina românească¹⁰, s-a susținut că un copil conceput poate face obiectul unei recunoașteri, cu condiția ca, la naștere, acesta să aibă situația unui copil născut din afara căsătoriei. Copilul conceput are, de asemenea, dreptul la respect datorat fiecărei ființe umane. În acest sens, s-a pronunțat Curtea Europeană a Drepturilor Omului de la Strasbourg. În doctrina franceză¹¹, se discută chiar despre recunoașterea dreptului la viață privată a embrionului. Spre exemplu, părinții pot introduce o acțiune împotriva medicului care, fără să le ceară acordul, a făcut publică ecografia fătului sau modul de procreație.

Recunoscând drepturile copilului, trebuie să fie recunoscut, de asemenea, faptul că embrionul uman sau fătul este o ființă în devenire, legată doar de nașterea sa. Fără a fi, totuși, o persoană până la momentul nașterii, embrionul uman nu are personalitate juridică distinctă de cea a mamei sale, chiar dacă, din analiza anterioară, rezultă că legea îi recunoaște, în anumite condiții, drepturi patrimoniale și extrapatrimoniale. Altfel spus, embrionul uman nu are o existență juridică reală și nu este nici subiect de drept decât din momentul în care se naște viu¹².

Legislația portugheză în vigoare, respectiv Codul civil portughez din anul 1966, la secțiunea „Personalitate și capacitate juridică”, prevede, la articolul 66 alin. (1) cu privire la începutul personalității, că: „Personalitatea se dobândește la momentul nașterii complete și cu viață”. Observăm că existența completitudinii o precede pe cea a vieții, deși credem că ar trebui să fie invers. De altfel, și Codul civil portughez mai vechi, din anul 1867, cerea ca fătul să aibă „viață și figură umană”. Exista pe atunci ideea legată de anumite superstiții, căzute în desuetudine, bazate pe așa-zisa teorie a monștrilor¹³. Totodată, la articolul 66 alin. (2) din Codul civil portughez, se arată, în continuare, că „drepturile pe care legea le recunoaște celor

¹⁰ Al. Bacaci, V. Dumitrache, C. Hageanu, *Dreptul familiei*, ediția a 4-a, Ed. All Beck, București, 2006, p. 199.

¹¹ Guy Raymond, *op. cit.*, p. 42.

¹² În dreptul francez, se recunoaște și expresia personalității parțiale, care a fost utilizată de Consiliul Național de Etică în avizul dat în anul 1984 cu privire la utilizarea embrionilor în scopuri terapeutice și științifice. Acest aviz nu are un conținut juridic precis, dar exprimă, pe de o parte, respectul datorat embrionului, iar, pe de altă parte, indică o anumită obligație de a permite acestei potențialități să se realizeze. El a fost utilizat ca ghid pentru diverse proiecte sau rapoarte de lege privind statutul embrionului, dar care nu s-au concretizat până în prezent în niciun text de lege.

¹³ Și în legislația țării noastre, în condițiile în care fătul suferă de unele malformații congenitale, el nu mai apare în ochii legiuitorului ca o *spes homini* demnă de protecția legii. Nu s-ar putea susține că ar exista vreun interes social în nașterea unei ființe care ar urma să devină o adevărată povară pentru societatea în care va trăi. Aceasta este rațiunea pentru care legiuitorul nu pedepsește în acest caz întreruperea cursului sarcinii – Tudor Avrigeanu, *Provocarea ilegală a avortului*, în *Revista de Drept Penal* nr. 2/1997, p. 33.

care trebuie să se nască depind de faptul nașterii”. Autorii portughezi vin cu precizarea că „faptul juridic al nașterii depinde de separarea fătului de pânțelele matern”¹⁴.

Pe baza textelor exprese din *Código Civil* 1966, în doctrina portugheză¹⁵ se discută chiar despre drepturile celor neconcepuți încă, dar cu anumite rezerve. Astfel, se afirmă că, cazul celor neconcepuți încă, nu este vorba nici măcar despre un început de personalitate umană, ci este o situație în care ne aflăm în prezența unei personalități juridice fictive. Personalitatea juridică fictivă este în mod necesar provizorie și rezolubilă. Pentru a evita personalitatea juridică fictivă, alți autori vorbesc despre retroactivitatea personalității juridice. În dreptul portughez, deși personalitatea juridică se dobândește doar odată cu nașterea persoanei, prin existența unei anumite devoluțiuni succesoriale, personalitatea acoperă retroactiv drepturile, retroactivând până la momentul decesului lui *de cuius*. Pentru a nu se permite situația de a avea drepturi fără subiect, se creează, practic, un subiect fără drepturi sau o retroactivitate mai mult decât echivocă a condiției acestui subiect. În orice formă s-ar prezenta personalitatea, a personalității fictive ori a retroactivității personalității, aceasta se recunoaște strict pentru explicarea drepturilor patrimoniale.

Printre principiile generale ale capacității succesoriale din legislația civilă portugheză, regăsim, la articolul 2033 alin. (1) din Codul civil în vigoare, că: „Au capacitate succesorală, în afară de stat, toate persoanele *născute* sau *concepute* la momentul deschiderii succesiunii, neexceptate de lege”¹⁶. Însă, există o **excepție majoră** de la această prevedere. Astfel, articolul 2033 alin. (2) prevede, în continuare, că: „În succesiunea testamentară ori contractuală au, de asemenea, capacitate succesorală nu numai cei concepuți, dar și **cei care ar trebui să se nască, dar nu sunt concepuți încă**. Aceștia trebuie să fie persoane determinate și în viață, la momentul deschiderii succesiunii”. Este clar, însă, că drepturile patrimoniale ale celor care trebuie să se nască sunt dependente de faptul nașterii „complete și cu viață”.

În multe țări din Uniunea Europeană există o altă perspectivă asupra copilului nenăscut încă, reflectată în practică și în legislație. Am menționat cazul Portugaliei, deoarece este subiect de discuții al Uniunii Europene privind decizia Curții Supreme din Portugalia, calificată drept fără precedent pentru întreaga comunitate europeană, fiind chiar o decizie istorică pentru omenire. Instanța portugheză a decis astfel: „*copilul nenăscut nu este o masă biologică, nu este un obiect și nici parte componentă a corpului mamei, ci este un om viu în faza corespunzătoare a vieții lui, care se află în dezvoltare continuă, la fel ca și cei deja*

¹⁴ Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3^a Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 194-195. Termenul legal de concepție este cuprins, în dreptul portughez, între 120 și 300 zile care preced nașterea. Ca un exemplu din afara Europei, în Coreea de Sud, fătul, imediat după naștere, este considerat ca având deja 9 luni de viață, mai precis 1 an. De aceea, studenții coreeni care sunt acceptați în America de Nord au vârsta cu un an mai mică acolo decât în Coreea.

Articolul 1798 din Codul civil portughez prevede că: „Momentul concepției fiului este fixat prin efectul legii, înăluntrul primelor 120 până la 300 zile care preced faptul nașterii...”. Este, însă, admis și un termen judiciar de concepție, destinat stabilirii datei probabile a concepției în afara perioadei indicate la articolul 1798, fiind prevăzută o perioadă de gestație a fiului între 180 de zile și 300 zile, astfel cum prevede, în continuare, articolul 1800 alin. (1) din Codul civil portughez.

Termenul de „*fiu*” îl regăsim și în literatura noastră modernă. Autori precum Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, 2012, p. 570, consacră un segment important din lucrare, dreptului la întreținere al *fiului* major (s.n.).

¹⁵ Orlando de Carvalho, *op. cit.*, p. 194-195.

¹⁶ Aceleași prevederi le regăsim și în dreptul român, articolul 957 din Codul civil prevede că „O persoană poate moșteni dacă există la momentul deschiderii moștenirii”.

născuți”. Potrivit judecătorilor, embrionul are demnitate¹⁷ și beneficiază de multe alte drepturi caracteristice omului¹⁸.

De asemenea, și în Republica Moldova copilul nenăscut are anumite drepturi patrimoniale, acesta putând fi un *potențial moștenitor*. Dar dreptul la viață, *de facto*, nu este fixat pentru el. Dreptul copilului nenăscut la viață, potrivit justiției europene, nu se deosebește cu mult de drepturile tradiționale ale unei persoane. Dacă legislatorii moldoveni ar urma practica Uniunii Europene, atunci legislația Republicii Moldova ar putea să sufere modificări în viitor. Anumite păreri susțin că viața unui copil nenăscut în Moldova este protejată. În mare parte, normele protejează mai mult sănătatea femeii și nu a vieții embrionului. În Moldova, persoana își intră în drepturi în momentul nașterii. În concluzie, dacă până la naștere persoana nu există, ca o consecință a acestei abordări, este și refuzul recunoașterii morții. Dacă nu a existat viață, înseamnă că nu a fost nici deces.

Totuși, această problemă este foarte controversată în Republica Moldova, consecințele juridice față de copil apar doar atunci când el se naște *viu și viabil*, adică să fie destul de robust spre a da speranța că va trăi – copil născut viabil. De altfel, este vorba despre condiția pe care o regăsim și în legislațiile franceze și spaniole – *vitae habilis* – copilul să fie în viață, capabil să trăiască, să supraviețuiască. Doar în acest caz copilului i se va elibera certificatul de naștere sau de deces.

Convenția pentru drepturile copilului, la care a aderat și Republica Moldova, nu conține prevederi care să oblige statele în mod direct să garanteze viața copilului nenăscut, dar există anumite excepții în care embrionului i se garantează în mod indirect asigurarea dreptului la viață. Deocamdată, în Moldova predomină punctul de vedere în cadrul căruia embrionul nu poate fi confundat cu un om, iar dreptul la viață al copilului nenăscut depinde de dorința femeii, cel puțin în primele 12 săptămâni de sarcină¹⁹.

Spre deosebire de legislațiile franceze, spaniole și din Republica Moldova, în legislația din țara noastră nu este impusă condiția viabilității copilului pentru a i se recunoaște drepturile. Simplul fapt că respiră o singură dată este suficient pentru a recunoaște că s-a născut viu²⁰.

În cazul statelor europene, asigurarea dreptului la viață a copilului conceput, dar nenăscut încă, este abordată în cele mai diverse concepții. Astfel, în cazul Spaniei, Tribunalul Constituțional a decis că dreptul la viață este recunoscut chiar din momentul concepției. În

¹⁷ Despre demnitatea embrionului, a se vedea și Sorin Nicușor Bute, Ion Stoica, *Demnitatea și statutul embrionului uman din perspectiva teologiei ortodoxe*, în Revista Română de Bioetică, vol. 8, nr. 1/2010.

¹⁸ Portugalia este cunoscută ca fiind una dintre țările europene unde avortul este considerat infracțiune și se pedepsește cu închisoarea. Întreruperea sarcinii este permisă numai în anumite situații, cum ar fi în cazul riscurilor care apar pentru mamă, sau în urma unui viol, ori atunci când embrionul are anumite disfuncții.

¹⁹ Spre deosebire de Republica Moldova, în țara noastră, Codul penal român adoptat în anul 2009, prevede, la articolul 201, că întreruperea cursului sarcinii care a depășit 14 săptămâni, în anumite împrejurări, constituie infracțiune, cu excepția săvârșirii faptei în scop terapeutic efectuată de un medic de specialitate obstetrică-ginecologie, până la vârsta sarcinii de 24 de săptămâni, sau întreruperea ulterioară a cursului sarcinii, în scop terapeutic, în interesul mamei sau al fătului. Nu se pedepsește femeia însărcinată care își întrerupe cursul sarcinii.

²⁰ Condiția viabilității *fătului* se pune, totuși, sub aspectul pericolului pentru viața produsului de concepție ca indicație terapeutică pentru întreruperea cursului sarcinii. Este vorba despre existența unui făt *viabil*, iar întreruperea cursului sarcinii se efectuează tocmai în scopul de a i se proteja viața, care în caz contrar i-ar fi fost pusă în pericol de evoluția sarcinii. Din momentul în care fătul devine viabil, se vorbește de „naștere prematură” care poate fi naturală sau provocată, dar nu de „avort” – T. Avrigeanu, *op. cit.*, p. 33-34.

acest sens, s-a susținut importanța creării unui echilibru între dreptul la viață recunoscut fătului și drepturile și libertățile mamei²¹. În Austria, s-a adoptat opinia conform căreia articolul 2 din Convenție nu protejează viața copilului nenăscut, în timp ce, în Irlanda se acceptă protecția juridică a vieții încă din momentul concepției²².

Franța, însă, cunoaște o evoluție interesantă a legislației privind infracțiunile în care este implicat un copil nenăscut. Cum apar contradicții între protejarea, în special, a sănătății mamei, iar în ceea ce privește embrionul uman se pune în discuție interesul statului legat de o *potențială persoană* și nu dreptul embrionului la viață, se ridică problema *viabilității fătului*, din momentul în care se consideră că acesta poate duce o existență independentă de corpul mamei. Dreptul penal protejează această existență umană. Deci, embrionul poate fi protejat ca o ființă umană cât timp nu intră în opoziție cu drepturile fundamentale ale mamei, caz în care acestea vor deveni prioritare²³.

În sfârșit, articolul 4 al *Convenției Americane a Drepturilor Omului* dispune că dreptul la viață trebuie apărut „în general cu începere de la data concepției”.

În concluzie, putem spune că nu există o soluție unanim acceptată la nivelul statelor și nici o definiție științifică sau juridică concretă cu privire la începutul vieții. Cel mult, se poate admite că embrionul sau fătul au ca origine specia umană²⁴. Așadar, copilul care urmează să se nască nu este considerat drept persoană care beneficiază de prevederile articolului 2 din Convenție și de dreptul la viață, care, chiar dacă există, este limitat de drepturile și interesele mamei sale. În prezent, Curtea de la Strasbourg consideră că nu este indicat, potrivit acestui articol, să se dea un răspuns cert la problema calificării drept persoană a copilului care nu este încă născut²⁵.

²¹ R. Chiriță, *Dreptul constituțional la viață și dreptul penal*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Seria Jurisprudentia nr. 1/2002, p. 129-130.

²² CEDO, cauza *A, B, C c. Irlanda*, nr. 25579/05, 16 decembrie 2010, p. 197.

²³ R. Chiriță, *op. cit.*, p. 130.

²⁴ C.L. Popescu, *Jurisprudența CEDO*, Ed. C.H. Beck, București, 2004, p. 29.

²⁵ CEDO, cauza *Vo c. Franța*, 8 iulie 2004.

DESPRE RĂSPUNDEREA CIVILĂ ÎN CODUL CIVIL

Pavel FILIP*

Abstract:

The Civil Code in 1864 brought under regulation delictual and contractual liability. In both types of liabilities, the fundament was represented by the condition of legal culpability. The expressions used for depicting culpability in the 1864 Civil Code were culpability/tort, negligence and imprudence.

An analysis of the current Civil Code texts reveals the fact that the legislator knew how to adopt the expressions of culpability regulated by the Penal Code. Nevertheless, studying the texts of the Civil Code indicates an excessive and unjustifiable manner of regulation.

Part of the civil doctrine based on the Civil Code in 1864 showed the dissimilarity between the subjective civil liability and objective civil liability. The difference between these two types of liabilities lies in their different fundamental constituents. The basis of subjective civil liability, for instance, was represented by culpability, whereas the objective civil liability basis was exemplified by risk, guarantee and justice.

The current Civil Code regulates distinctively delictual civil liability and contractual civil liability. With reference to the subjective and objective civil liabilities, despite the lack of distinct regulations, the study of legal texts reveals the existence of such regulations – culpability, risk, guarantee and justice representing its basis.

We believe that by regulating the objective civil liability could be ignored cases in which culpability would have been presumed.

Rezumat:

Codul civil de la 1864 a reglementat atât răspunderea delictuală cât și răspunderea contractuală. În ambele tipuri de răspundere fundamentul acestora la reprezenta condiția culpei. Forma pe care culpa a îmbrăcat-o în Codul civil de la 1864 a fost exprimată prin vocabulele greșală, neglijență și imprudență.

Cercetarea textelor din actualul Cod civil scoate în evidență faptul că legiuitorul a înțeles să adopte ca forme de vinovăție aceleași forme pe care le reglementează și Codul penal. Cu toate acestea cercetarea textelor Codului civil dovedește că o asemenea reglementare este excesivă, nu se justifică.

O parte a doctrinei civile constituită pe temeiul Codului civil de la 1864 a făcut distincția între răspunderea civilă subiectivă și răspunderea civilă obiectivă. Deosebirea dintre ele constă în fundamentul lor diferit. Astfel, dacă în cazul răspunderii civile subiective fundamentul răspunderii l-a reprezentat culpa, în cazul răspunderii civile obiective fundamentul l-a reprezentat, după caz, riscul, garanția sau echitatea.

Codul civil actual a reglementat în mod distinct răspunderea civilă delictuală și răspunderea civilă contractuală. În ce privește răspunderea civilă subiectivă și răspunderea civilă obiectivă, deși nu există o reglementare distinctă, cercetarea textelor de lege dovedește că există o asemenea reglementare fiind folosite ca fundamente ale răspunderii culpa, riscul, garanția și echitatea.

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e_mail: filip.pavel@yahoo.ro

Credem că prin reglementarea răspunderii civile obiective s-au eliminat cazurile în care doar se prezuma existența culpei.

1. Noțiune de răspundere civilă

Noțiunea „*răspundere civilă*” desemnează, potrivit art. 1349 și 1350 din Codul civil, obligația autorului unei fapte ilicite de a repara prejudiciul.

În doctrina civilă s-a exprimat opinia potrivit căreia răspunderea civilă ar reprezenta o sancțiune specifică dreptului civil¹.

Aceeași autori susțin că, deși la origini răspunderea civilă a avut caracter de pedeapsă, în prezent nu poate fi considerată o pedeapsă pentru că aplicarea pedepsei are caracter personal și nu poate fi strămutată moștenitorilor autorului faptei ilicite.

Noi credem că expresia „*răspundere civilă*” desemnează consecințele pe care legea civilă le leagă de săvârșirea unei fapte ilicite, numită în dreptul civil „*delict civil*”. În concret, aceste consecințe au conținutul obligației de reparare a prejudiciului produs prin delictul civil, obligație a cărei naștere este condiționată de îndeplinirea condițiilor cerute de lege.

Credem, față de reacțiunea legii împotriva delictului civil și a efectelor acestuia, că se poate reține și caracterul de pedeapsă, de natură civilă, a consecințelor pe care legea le leagă de săvârșirea faptei ilicite, dar nu în înțelesul actual de mijloc de constrângere pus de lege la dispoziția al instanțelor de judecată, ci în înțelesul de naștere a obligației, în temeiul legii, de reparare a prejudiciului produs și a dreptului corelativ de a putea pretinde îndeplinirea acestei obligații.

În expresie sintetică, Codul civil în art. 1349 spune că dacă o persoană a săvârșit un delict civil este pedepsită să repare prejudiciul produs. Pedeapsa civilă constă deci tocmai în nașterea obligației de a repara prejudiciul și în nașterea dreptului corelativ de a pretinde îndeplinirea obligației.

Corelativul obligației de reparare a prejudiciului este ceea ce dreptul civil numește drept material la acțiune, drept pe care Codul civil îl mai numește și drept la reparație (art. 1381).

Sub forma nașterii obligației de reparare a prejudiciului și a dreptului material la acțiune, atât obligația cât și dreptul corelativ pot fi transmise moștenitorilor autorului delictul civil sau persoanei care a suferit prejudiciu, titulară a dreptului material la acțiune.

2. Tipuri de răspundere civilă reglementate în Codul civil

Codul civil reglementează expres două tipuri de răspundere civilă și anume: a) răspundere civilă delictuală (art. 1349) și răspundere civilă contractuală (art. 1340).

Cercetarea celor două texte de lege permite constatarea faptei după care se făcut deosebirea dintre răspunderea civilă delictuală și răspunderea civilă contractuală.

Astfel, în cazul „*răspunderii civile delictuale*” (art. 1349 din Codul civil) fapta ilicită (delictul civil) constă în „*încălcarea îndatorii (obligației – s.n.) de a respecta regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune*”, încălcare care se poate realiza atât prin fapte *comisive* cât și prin fapte *omisive*.

În cazul răspunderii civile contractuale (art. 1350 din Codul civil) fapta ilicită constă în „*neîndeplinirea obligațiilor contractate*” fără justificare, constă deci într-o faptă *omisivă*.

¹ C. Stătescu C. Bârsan, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, 1994, p. 114 „care este natura juridică a acestei răspunderi? *Ea este o sancțiune specifică* dreptului civil aplicată pentru săvârșirea faptei ilicite cauzatoare de prejudiciu.

De ambele tipuri de fapte ilicite legea civilă leagă consecințe juridice identice, în condiții reglementate de lege, și anume obligația de a repara prejudiciul produs și dreptului material la acțiune de a pretinde îndeplinirea obligației de a repara prejudiciul provocat.

Deosebirea dintre cele două tipuri de răspundere constă în obligația încălcată.

În cazul răspunderii civile delictuale, delictul civil constă în încălcarea regulilor de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune, pe când în cazul răspunderii civile contractuale delictul civil constă în încălcarea obligației contractate.

Nașterea obligației de reparare a prejudiciul și a dreptului corelativ acesteia sunt condiționate, nu numai de săvârșirea delictului civil, ci de un cumul de condiții specifice tipului de răspundere civilă, subiectivă sau obiectivă.

3. Răspunderea civilă subiectivă și răspunderea civilă obiectivă

Codul civil nu reglementează expres tipurile de răspundere civilă subiectivă și răspunderea civilă obiectivă. Totuși, din conținutul dispozițiilor Codului civil transpare o asemenea împărțire.

O asemenea împărțire a existat și în Codul civil de la 1864, fiind acceptată doar de o parte din doctrina civilă². În alte opinii doctrinare³ răspunderea civilă a fost considerată îndeosebi subiectivă. Acești autori au susținut existența unei prezumții de culpă a părinților pentru fapta ilicită a copiilor lor minori, a institutorilor și meșteșugarilor pentru faptele ilicite a elevilor și a ucenicilor aflați sub supraveghere, a comitenților pentru fapta prepușilor lor, a persoanei care are paza juridică a animalului etc.

Criteriul după care doctrina civilă a făcut distincția între răspunderea civilă subiectivă și răspunderea civilă obiectivă l-a reprezentat fundamentul răspunderii civile. Astfel, în cazul răspunderii civile subiective fundamentul l-a reprezentat elementul psihologic „vinovăție”, prezent în procesul de înfăptuire a faptei ilicite.

Pentru a se angaja răspunderea civilă subiectivă, deci pentru a se naște obligația de reparare a prejudiciului produs, legea a cerut îndeplinirea cumulativă a condițiilor: fapta ilicită, prejudiciul, raportul causal dintre fapta ilicită și prejudiciu și vinovăția. Cele patru condiții au natură diferită. Astfel, elementul vinovăție este de considerat de natură subiectivă, psihică, iar fapta ilicită, prejudiciu și raportul causal dintre fapta ilicită și prejudiciu, sunt considerate elemente obiective.

Răspundere civilă subiectivă va exista atunci când între condițiile care concură la nașterea obligației de a repara prejudiciul există elementul vinovăție. Când această condiție nu este cerută de lege răspunderea civilă era considerată obiectivă.

Codul civil a adoptat atât răspunderea civilă subiectivă cât și răspunderea civilă obiectivă.

Astfel, în art. 1357 alin. 1 și 2 din Codul civil este reglementată răspunderea civilă delictuală subiectivă, fiind prezente: fapta ilicită, prejudiciul, raportul causal dintre fapte și prejudiciu și vinovăția exprimată prin vocabula „discernământ”, care definește capacitatea persoanei de a discerne cu privire la faptele sale și la consecințele lor.

Important în acest text este aliniatul al doilea, care dispune: „Autorul prejudiciului răspunde pentru cea mai ușoară culpă (este vorba de culpa levissima)”, precum și textul art. 1385 care dispune că „Prejudiciul se acoperă integral, dacă legea nu prevede altfel.”

Întrebarea care se naște din aceste reglementări este: Pentru ce a fost nevoie să se reglementeze formele de vinovăție: intenție directă și indirectă și culpă cu prevedere și fără

² A vedea Lacrima Rodica Boilă, *Răspunderea civilă delictuală subiectivă și obiectivă*, Ed. C. H. Beek.

³ C. Stătescu C. Bârsan, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, 1994, p. 194 și urm.

prevedere, dacă pentru cea mai ușoară culpă se naște obligația de reparare a prejudiciului în mod integral?

Răspunsul pare să rezulte din art. 1358 și 1383!

Potrivit art. 1358 din Codul civil pentru aprecierea vinovăției se va ține seama de: a) împrejurările în care s-a produs prejudiciul, străine de persoana autorului faptei și, b) dacă este cazul, de calitatea de profesionist al autorului faptei în exploatarea unei întreprinderi.

În prima ipoteză pare că pot fi încadrate, ca forme ale vinovăției, numai cele două forme de culpă. În a doua ipoteză, pare că pot fi încadrate, ca forme ale vinovăției, cele două forme ale intenției.

În ambele ipoteze dacă autor al faptei ilicite este o singură persoană, cum reparație trebuie să fie integrală, pare că forma de vinovăție nu are niciun efect asupra întinderii prejudiciului.

În art. 1383 din Codul civil este reglementată răspunderea solidară dintre debitori. Se arată că obligația de a repara prejudiciul se împarte proporțional între cei care au participat la săvârșirea faptei ilicite în raport de forma de vinovăție cu care au acționat pentru producerea prejudiciului. Nicăieri însă în Codul civil nu este reglementată o proporție între formele de vinovăție pentru ca în baza acestei proporții să se stabilească și proporția între obligațiile de reparare a prejudiciului.

Credem că reglementarea celor patru forme ale vinovăției este excesivă și că nu are o utilitate practică.

În afara răspunderii civile subiective, așa cum am arătat, Codul civil a adoptat și răspunderea civilă obiectivă.

Doctrina civilă a reținut, în acest caz ca fundament al răspunderii civile obiective: **a) riscul**, înțeles ca un pericol care trebuia anticipat și evitat, dar care s-a produs, cauzându-se un prejudiciu de cel care a inițiat, organizat, condus și controlat o activitate; **b) garanția**, care presupune desemnarea, prin lege, în anumite cazuri, a persoanei care răspunde de repararea prejudiciului și **c) echitatea**, pentru ipoteza în care persoana a acționa fără discernământ.

Codul civil a reglementat toate ipotezele de răspundere civilă obiectivă bazate pe risc, garanție și echitate.

Suntem în ipoteza unei răspunderi civile obiective bazate pe fundamentul **riscului**, în situația prevăzute de art. 1364, când autorul faptei ilicite putea sa-și dea seama de caracterul ilicit al faptei sale.

Suntem în ipoteza răspunderii civile obiective, având ca fundament **obligația de garanție**, situațiile prevăzute de art. 1357, care reglementează răspunderea pentru prejudiciile cauzate de animale, art. 1376, care reglementează răspunderea pentru prejudicii cauzate de lucruri.

Suntem în ipoteza răspunderii civile obiective, având ca fundament **echitatea**, situații prevăzute de art. 1360 alin. 2 când cel aflat în legitimă apărare a săvârșit o infracțiune prin depășirea limitei legitimei apărări și art. 1368 alin. 1 și 2, când lipsa de discernământ nu îl scutește pe autorul faptei ilicite de a repara prejudiciul, atunci când nu poate fi atrasă răspunderea persoanei care avea obligația de supraveghere.

În toate aceste cazuri de răspundere civilă obiectivă condițiile care determină nașterea obligației de a repara prejudiciul sunt: fapta ilicită, prejudiciul și raportul de cauzalitate dintre fapta ilicită și prejudiciu.

Rezultă că în cazul răspunderii civile obiective nu apare niciuna dintre formele de vinovăției.

Din scurta cercetare efectuată rezultă că actualul Codul civil, chiar dacă nu a arătat că a reglementat distinct răspunderea civilă subiectivă și obiectivă, în unele cazuri a adoptat opiniile din doctrina civilă despre răspunderea civilă obiectivă, pentru a înlătura dificultățile în dovedirea elementului vinovăție.

Răspunderea civilă subiectivă și răspunderea civilă obiectivă privește deopotrivă răspunderea civilă delictuală și răspunderea civilă contractuală.

CLAUZA DE PRECIPUT – INSTITUȚIE NOU INTRODUSĂ ÎN CODUL CIVIL

Gabriela CHIRAN*

Abstract:

The start point of taking effects of the new codes represented a turning point in updating and adapting legislation to new social realities of Romania. In relation to the old civil code which was repealed, the new Civil Code introduced a variety of institutions and concepts that did not exist in the old regulation. The precipute clause was introduced to create a way to put into practice the agreement of the spouses about protecting the interest of the surviving spouse upon the death of one of them by sending free of charges the property right of the beholder share of certain common goods, which are concretely identified, before the succesional partition. The regulation of the precipute clause was possible due to the introduction of matrimonial alternative regimes at the legal community regime that was the only matrimonial regime recognized and established by the previous legislation. These changes in family law have been adopted to ensure a legal instrument for recording agreement of the spouses about all aspects of the matrimonial regime during the marriage, but also to harmonize the Romanian legislation with European law

Keywords: *Preciput clause, matrimonial, matrimonial convention, execution and expiry preciput clause*

Rezumat:

Intrarea în vigoare a noilor coduri a reprezentat un moment de cotitură în actualizarea și adaptarea legislației din România la noile realități sociale. În raport de vechiul cod civil care a fost abrogat, noul cod civil a introdus o multitudine de instituții și concepte noi, care nu existau în vechea reglementare. Clauza de preciput a fost introdusă pentru a se crea o modalitate de a transpune în practică acordul de voință al soților, cu privire la protejarea interesului soțului supraviețuitor în cazul decesului unuia dintre ei, prin transmiterea cu titlu gratuit a dreptului de proprietate asupra cotei dispunătorului din anumite bunuri comune, identificate concret, înainte de partajul succesiunii. Reglementarea clauzei de preciput a fost posibilă ca urmare a introducerii regimurilor matrimoniale alterntive la regimul comunității legale, care în legislația anterioară era singurul regim matrimonial recunoscut și consacrat de lege. Aceste modificări în materia dreptului familiei au fost adoptate în scopul asigurării unui instrument legal pentru consemnarea acordului de voință al soților cu privire la toate aspectele privind regimul matrimonial în timpul căsătoriei, dar și în vederea armonizării legislației române cu legislația europeană.

Cuvinte-cheie: *clauza de preciput, regim matrimonial, convenție matrimonială, executarea și caducitatea clauzei de preciput*

* Notar public; e-mail: gabrielachiran@bnpchiran-pitesti.ro

Considerații generale

Până la intrarea în vigoare a noului Cod civil¹, materia familiei a fost reglementată de Codul familiei adoptat prin Legea nr. 4 din 4 ianuarie 1953² și care a fost abrogat prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2011 privind Codul civil.

Noul Cod civil a schimbat reglementarea existentă în perioada anterioară, înglobând așa cum era firesc și materia familiei, cu această ocazie instituind o multitudine de noi concepte și instituții juridice. O schimbare substanțială produsă de Codul civil în materia familiei, o reprezintă introducerea regimurilor matrimoniale (în legislația precedentă existând un singur regim matrimonial – respectiv comunitatea legală de bunuri), aceasta fiind o necesitate impusă de evoluția societății și de problemele apărute în practica judiciară cu privire la înțelegerile dintre soți cu privire la regimul bunurilor dobândite în timpul căsătoriei. Ca urmare, chiar dacă regimul comunității legale reprezintă regula generală aplicabilă, legiuitorul a creat posibilitatea de a deroga de la aceasta, soții având dreptul să opteze fie pentru regimul separației de bunuri, fie pentru regimul comunității convenționale, prin încheierea unei convenții matrimoniale, care va îmbrăca forma unui act autentic notarial³, sub sancțiunea nulității absolute. Adoptarea unei convenții matrimoniale poate avea loc și înainte de încheierea căsătoriei, însă își va produce efectele doar de la data încheierii acesteia (art. 330 alin. 2 Cod civil).

Clauza de preciput⁴ este una dintre prevederile care pot fi incluse în conținutul convenției matrimoniale, reprezentând o instituție preluată din dreptul francez. Trebuie menționat faptul că în anul 2006, prin Legea nr. 2006-728/23 iunie 2006 privind reforma moștenirilor și a liberalităților, în Codul civil francez a fost înlocuit cuvântul „*préciput*” cu expresia „*hors part successorale*” care este explicată astfel: „Lors de la dissolution d'une indivision, hors part désigne l'avantage accordé par la loi ou par la convention de pouvoir prélever, avant tout partage et hors part, certaines sommes d'argent, un objet, un lot ou certains biens. L'attribution préférentielle peut avoir lieu en pleine propriété, en nue-propriété ou en usufruit „, care în traducere înseamnă: „La dizolvarea/lichidarea unei proprietăți comune – hors part – desemnează avantajul conferit prin lege sau prin convenție/acord, în baza căruia o persoană poate lua înainte de orice partajare niște bani, un obiect, sau o mulțime de anumite bunuri. Alocarea preferențială poate privi proprietatea deplină, nuda proprietate sau uzufructul.⁵,”

În codul civil român clauza de preciput este reglementată în art. 333⁶, însă trimitere la această instituție juridică se face și în art. 367 lit. d⁷, care reglementează regimul comunității convenționale de bunuri.

¹ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011

² Legea nr. 4 din 04 ianuarie 1953 a fost modificată și completată prin Legea nr. 4 din 4 aprilie 1956, fiind republicată în B. Of. nr. 13 din 18 aprilie 1956

³ Codul civil – art. 330 alin. 1: „Sub sancțiunea nulității absolute, convenția matrimonială se încheie prin înscris autenticat de notarul public, cu consimțământul tuturor părților, exprimat personal sau prin mandatar cu procură autentică, specială și având conținut predeterminat.”

⁴ Drept acordat unei persoane de a lua o anumită parte dintr-un bun sau un anumit bun, înainte de partaj. (< fr. *préciput*, lat. *Praecipuum*) – sursa *Dicționarul de neologisme*, 1986 – definiție preluată din dicționarul explicativ al limbii române disponibil la adresa: dexonline.ro

⁵ Definiție preluată din dicționarul francez de termeni juridici, disponibil la adresa: <http://www.dictionnaire-juridique.com>

⁶ ART. 333 (Clauza de preciput)

(1) Prin convenție matrimonială se poate stipula ca soțul supraviețuitor să preia fără plată, înainte de partajul moștenirii, unul sau mai multe dintre bunurile comune, deținute în devălmășie sau în

Definiție

Din economia textului din codul civil, clauza de preciput se definește ca fiind o convenție, o înțelegere între soți, sau după caz, între viitori soți, prin care aceștia sunt de acord ca soțul supraviețuitor să preia în patrimoniul său, fără plata vreunei despăgubiri, unul sau mai multe dintre bunurile comune (pe care părțile le dețin în devălmășie sau în coproprietate), înainte de efectuarea partajului moștenirii. Această clauză poate fi introdusă în favoarea fiecăruia dintre cei doi soți sau doar în favoarea unuia dintre soți, conform voinței părților, nefiind supusă raportului donațiilor, ci doar reducăunii în condițiile art. 1096 alin. 1 și alin. 2 din codul civil.

Domeniul de aplicabilitate

Clauza de preciput este menționată în mod expres doar în norma juridică ce reglementează regimul matrimonial al comunității convenționale, însă există multiple argumente care susțin aplicabilitatea acesteia și în cazul regimului matrimonial al separației de bunuri. Primul argument îl reprezintă sediul materiei, deoarece legiuitorul a inserat reglementarea și descrierea acestei instituții în Codul civil, în Cartea a II-a – „Despre familie”, Capitolul VI – „Drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților”, Secțiunea 1 – „Dispoziții comune” – § 4. „Alegerea regimului matrimonial”, deci este evident că aplicabilitatea clauzei de preciput nu privește doar un singur tip de regim matrimonial, deoarece în această situație reglementarea ar fi fost inclusă în norma care reglementează strict acel regim matrimonial.

De asemenea, din textul alin. 1 al art. 333 Cod civil „Prin convenție matrimonială se poate stipula ca soțul supraviețuitor să preia fără plată, înainte de partajul moștenirii, unul sau mai multe dintre bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate”, se desprind elementele care ne indică cazurile și modul în care se adoptă acest tip de clauză. Legiuitorul a utilizat sintagma „prin convenție matrimonială...” și nu sintagma „prin convenția matrimonială privind regimul comunității convenționale de bunuri” – care ar fi fost folosită dacă ar fi dorit să limiteze domeniul de aplicare doar la acest tip de regim matrimonial. De asemenea, faptul că pot face obiectul clauzei de preciput bunurile comune, atât cele deținute în devălmășie, cât și cele deținute în coproprietate este un alt element care susține opinia conform căreia clauza de preciput poate fi inclusă și în regimul matrimonial al separației de bunuri, deoarece și în acest caz soții pot dobândi bunuri comune, în

coproprietate. Clauza de preciput poate fi stipulată în beneficiul fiecăruia dintre soți sau numai în favoarea unuia dintre ei.

(2) Clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor, ci numai reducăunii, în condițiile art. 1.096 alin. (1) și (2).

(3) Clauza de preciput nu aduce nicio atingere dreptului creditorilor comuni de a urmări, chiar înainte de încetarea comunității, bunurile ce fac obiectul clauzei.

(4) Clauza de preciput devine caducă atunci când comunitatea încetează în timpul vieții soților, când soțul beneficiar a decedat înaintea soțului dispunător ori când aceștia au decedat în același timp sau când bunurile care au făcut obiectul ei au fost vândute la cererea creditorilor comuni.

(5) Executarea clauzei de preciput se face în natură sau, dacă acest lucru nu este posibil, prin echivalent.

⁷ ART. 367 (Obiectul convenției matrimoniale)

În cazul în care se adoptă comunitatea convențională, convenția matrimonială se poate referi la unul sau mai multe dintre următoarele aspecte: (...) d) includerea clauzei de preciput; executarea clauzei de preciput se face în natură sau, dacă acest lucru nu este posibil, prin echivalent, din valoarea activului net al comunității;

coproprietate⁸. În plus, art. 633 cod civil include prezumția de coproprietate în cazurile în care niciunul dintre soți nu poate demonstra proprietatea exclusivă asupra unui bun, însă posesia este comună: „Dacă bunul este stăpânit în comun, coproprietatea se prezumă, până la proba contrară.”

Regimul comunității legale – care reprezintă regula generală în materia căsătoriei, nu presupune încheierea unei convenții matrimoniale⁹, ceea ce conduce implicit la concluzia că acestui tip de regim matrimonial nu îi este aplicabilă clauza de preciput, care poate fi adoptată doar în cadrul unei convenții matrimoniale, conform art. 333 alin. 1 cod civil. Dacă se dorește adoptarea de către soți a unei astfel de clauze, este necesară schimbarea regimului matrimonial și încheierea unei convenții matrimoniale, prin care soții să opteze pentru unul din regimurile matrimoniale alternative, deoarece însăși prezența unei astfel de clauze, în lipsa oricăror alte mențiuni cu privire la regimul matrimonial, determină transformarea regimului comunității legale într-un regim matrimonial al comunității convenționale¹⁰. Mai mult, prin dispozițiile art. 359¹¹ cod civil legiuitorul sancționează cu nulitate absolută orice convenție contrară prevederilor secțiunii care reglementează regimul comunității legale, dacă nu este compatibilă cu regimul comunității convenționale, iar clauza de preciput este cel mai elocvent exemplu al modului de aplicare a acestei norme.

Trebuie evidențiat faptul că în textul de lege care reglementează preciputul, legiuitorul nu a înțeles să impună vreo limită minimă de timp care să condiționeze valabilitatea clauzei de preciput, astfel că această clauză este aplicabilă chiar și în situația în care soțul dispunător decedează a doua zi după semnarea convenției matrimoniale, sau imediat după încheierea căsătoriei, în cazul în care convenția a fost încheiată între viitori soți. De asemenea, soții (sau viitori soți, după caz), pot încheia o convenție matrimonială cu privire la adoptarea unui anumit regim matrimonial, fără a insera o clauză de preciput, însă ulterior pot face acest lucru, printr-un act adițional la convenția inițială¹². Semnarea unei convenții matrimoniale este obligatorie în cazul în care soții doresc să aleagă un alt regim matrimonial decât regimul comunității legale, însă nu este obligatorie și inserarea unei clauze de preciput în convenția respectivă, introducerea acesteia fiind lăsată la latitudinea părților. Pe de altă parte, este necesar ca bunurile care fac obiectul clauzei de preciput să fie bunuri comune, să fie identificate concret sau să fie determinabile în viitor pe baza anumitor elemente esențiale¹³.

Prin adoptarea clauzei de preciput, în cazul în care survine decesul unuia dintre ei, soții (sau viitorii soți) doresc să creeze soțului supraviețuitor un avantaj, permițându-i să preia anumite bunuri comune, fără a mai fi incluse în partaj și fără a se plăti vreo despăgubire sau contravaloare celorlalți moștenitori. Deoarece până la momentul activării clauzei (respectiv

⁸ Art. 362 alin. 1 cod civil: „Bunurile dobândite împreună de soți aparțin acestora în proprietate comună pe cote-părți

⁹ Art. 329 cod civil: „Alegerea unui alt regim matrimonial decât cel al comunității legale se face prin încheierea unei convenții matrimoniale”

¹⁰ A se vedea A.A. Banciu, *Raporturile patrimoniale dintre soți potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, pg. 144-145. În sensul că de lege ferenda clauza de preciput „ar trebui să devină compatibilă și cu regimul comunității legale”

¹¹ Art. 359 C. civ.: „Orice convenție contrară dispozițiilor prezentei secțiuni este lovită de nulitate absolută, în măsura în care nu este compatibilă cu regimul comunității convenționale”

¹² A. A. Banciu, *Raporturile patrimoniale dintre soți potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 135-138

¹³ C.M. Crăciunescu, *Dreptul de dispoziție al soților asupra bunurilor ce le aparțin, în diferite regimuri matrimoniale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 118

până la momentul decesului unuia dintre soți), soțul supraviețuitor era deja coproprietar (devălmaș sau în cotă parte indiviză asupra bunurilor respective), el va prelua de fapt doar cota care a aparținut soțului decedat, cotă care nu va mai intra în partajul succesiunii.

Activarea clauzei de preciput fiind strâns dependentă de decesul unuia dintre soți, este evident că în cazul în care regimul matrimonial este sistat din alte motive, clauza de preciput devine caducă (cazuri de încercare a regimului matrimonial: declararea nulității căsătoriei, divorțul, schimbarea regimului matrimonial, decesul soțului beneficiar al clauzei înaintea soțului dispunător, decesul simultan al ambilor soți – comorienți, sau când bunurile obiect al preciputului au fost înstrăinate în orice mod anterior decesului)¹⁴

Natura juridică a clauzei de preciput

Dezbaterile doctrinare se axează pe stabilirea naturii juridice a preciputului, respectiv dacă această clauză reprezintă o donație, un legat, o convenție bilaterală sau alt tip de act juridic.

Deoarece legiuitorul a reglementat în mod expres liberalitățile în Titlul III, Cap. I din Cartea a IV-a din codul civil, în art. 984¹⁵ fiind menționate cele două categorii de liberalități (donația și testamentul), clauza de preciput nu poate fi asimilată niciuneia dintre acestea, nefiind o liberalitate propriu-zisă, chiar dacă unele opinii susțin că patrimoniul soțului supraviețuitor se mărește concomitent cu micșorarea masei succesoriale a soțului predecedat¹⁶.

Clauza de preciput nu poate fi asimilată unei donații, deoarece prin donație se transmite cu titlu gratuit proprietatea asupra unui bun la momentul semnării actului, scopul donației fiind acela de a gratifica pe donatar, prin reducerea patrimoniului donatorului, în timp ce în cazul preciputului cota comună dintr-un anumit bun se transmite după decesul dispunătorului, intenția soților nefiind de a se gratifica unul pe celalalt, ci doar de a asigura în cazul decesului unuia dintre ei, beneficiul proprietății asupra unui bun sau bunuri pe care le dețin în coproprietate (devălmașă sau pe cote), efectele acestei clauze producându-se doar în cazul decesului soțului dispunător. Având în vedere faptul că regimul matrimonial poate înceta și în alte moduri decât prin decesul unuia dintre soți, este evident că și această clauză de preciput își pierde aplicabilitate în cazurile enumerate anterior și deci nu mai are loc transmisiunea proprietății, astfel cum se întâmplă în cazul donației

Clauza de preciput nu poate fi asimilată nici legatului, deoarece ea este în fapt o convenție bilaterală, încheiată între două părți – respectiv soții semnatori ai convenției matrimoniale, iar bunurile care fac obiectul acesteia fac parte din comunitatea de bunuri, nu din patrimoniul personal al dispunătorului și de asemenea nu ne aflăm în prezența unei intenții a unuia dintre soți de a gratifica pe celalalt soț, ci doar de a se asigura beneficiul asupra unui/unor bun/uri. Mai mult, în cazul în care clauza de preciput se crează în favoarea ambilor soți, la momentul semnării nu se cunoaște cine va fi beneficiarul, ceea ce intră în contradicție cu normele care reglementează testamentul. Clauza de preciput poate fi

¹⁴ Art. 333 alin. (4) cod civil: Clauza de preciput devine caducă atunci când comunitatea încetează în timpul vieții soților, când soțul beneficiar a decedat înaintea soțului dispunător ori când aceștia au decedat în același timp sau când bunurile care au făcut obiectul ei au fost vândute la cererea creditorilor comuni.

¹⁵ Art. 984 – „(1) Liberalitatea este actul juridic prin care o persoană dispune cu titlu gratuit de bunurile sale, în tot sau în parte, în favoarea unei alte persoane. (2) Nu se pot face liberalități decât prin donație sau prin legat cuprins în testament.”

¹⁶ A.A. Banciu, *op. cit.*, p. 189, 191; pentru discuții cu privire la natura juridică a clauzei de preciput, a se vedea și D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Reglementarea clauzei de preciput în noul Cod civil astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 71/2011*, în PR nr. 8/2011, p. 17

stipulată doar în cadrul unei convenții matrimoniale, nu printr-un testament, codul civil reglementând strict această formă de validitate.

O altă opinie dezbătută în doctrina juridică consideră clauza de preciput ca fiind o convenție între soți (sau viitori soți), prin care soțul supraviețuitor va avea dreptul de a prelua unul sau mai multe bunuri, cu titlu gratuit, înaintea partajului succesoral. Adeverata problemă rezidă însă în faptul că acest drept este doar unul potențial, beneficiul acestuia fiind dependent de mai multi factori, respectiv de decesul unuia dintre soți, de menținerea regimului matrimonial respectiv, de menținerea căsătoriei (un eventual divorț lipsind de efecte această clauză), convenția având astfel un caracter aleatoriu. Dacă pentru soțul supraviețuitor putem vorbi despre o condiție suspensivă¹⁷ (supraviețuirea), care afectează clauza de preciput, în cazul soțului predecedat condiția este una rezolutorie (decesul). Din perspectiva momentului în care devine aplicabilă clauza de preciput, această convenție a soților devine translativă de proprietate în ceea ce privește cota soțului decedat, care se transmite către soțul beneficiar al clauzei și care astfel își întregeste dreptul de proprietate.

Deasemenea unii autori¹⁸ consideră clauza de preciput ca fiind un avantaj matrimonial distinct, care este inclus într-o convenție matrimonială, neputând fi asimilată nici cu o donație, nici cu un legat și nici cu o clauză de partaj inegal al bunurilor comune ale soților, chiar dacă în clauza de preciput este vorba despre preluarea cu titlu gratuit a unei cote de bun.

Dezbaterile doctrinare se concentrează pe prevederile art. 333 alin. 2: „Clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor, ci numai reducățiunii, în condițiile art. 1.096 alin. (1) și (2).”, însă majoritatea opiniilor conduc spre concluzia că în cazul clauzei de preciput nu este vorba despre o liberalitate (acestea fiind strict enumerate de lege), ci doar o reglementare particulară care are incidență cu prevederile referitoare la reducățiunea liberalităților excesive¹⁹.

Fiind o convenție bilaterală, clauza de preciput nu poate fi revocată decât cu acordul ambilor soți (*mutuus dissensus*), în timp ce legatul este o manifestare unilaterală de voință, o dispoziție testamentară care este prin însăși esența sa un act revocabil. Un alt argument în sprijinul opiniilor care susțin ca nu poate fi asimilată unui legat clauza de preciput, este faptul că în condițiile în care clauza de preciput este un act bilateral, dacă ar fi asimilată legatului pot deveni incidente dispozițiile art. 1036 cod civil referitoare la testamentul reciproc, astfel: „Sub sancțiunea nulității absolute a testamentului, două (...) persoane nu pot dispune, prin același testament, una în favoarea celeilalte...”

Efectele juridice ale clauzei de preciput

Ca urmare a decesului unuia dintre soți, soțul supraviețuitor va prelua în patrimoniul său, fără plată și înainte de partajul moștenirii, bunul sau bunurile care fac obiectul acestei clauze. Însă în condițiile în care prin preluarea cotei soțului predecedat s-ar aduce atingere

¹⁷ Dan Lupașcu, Cristiana-Mihaela Crăciunescu, *Reglementarea clauzei de preciput în noul Cod civil român* în <http://www.juridice.ro/100156/reglementarea-clauzei-de-preciput-in-noul-cod-civil-roman.html>

¹⁸ Dan Lupașcu, Cristiana-Mihaela Crăciunescu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pg. 148

¹⁹ Dan Lupașcu, Cristiana-Mihaela Crăciunescu, *Reglementarea clauzei de preciput în noul Cod civil român* în <http://www.juridice.ro/100156/reglementarea-clauzei-de-preciput-in-noul-cod-civil-roman.html> și Cristina-Mihaela Niculescu, *Clauza de preciput în reglementarea noului Cod civil. Abordare comparativă III*, în *Universul Juridic* 26.05.2015

rezervei succesoriale²⁰ a celorlalți moștenitori rezervatari care se află în concurs cu soțul beneficiar al clauzei, acesta are două alternative: fie va prelua cota parte din bunul/bunurile respective în proprietate și va despăgubi ceilalți moștenitori rezervatari prin plata cotei părți care încalcă rezerva succesorală a acestora, fie va cere executarea clauzei prin echivalent, în limita cotității disponibile după aplicarea reducăiunii²¹.

Existența clauzei de preciput nu afectează în niciun mod drepturile creditorilor comuni ai soților²², neavând drept efect o eventuală indisponibilizare bunurilor care fac obiectul clauzei, deoarece în timpul vieții soților aceste bunuri au același regim juridic ca celelalte bunuri comune ale soților, oricare dintre aceste bunuri putând face obiectul urmăririi de către creditorii comuni. În cazul decesului unuia dintre soți, aplicarea clauzei de preciput se face numai după achitarea creanțelor creditorilor comuni (dacă există), executarea clauzei făcându-se asupra activului net, cu respectarea reducăiunii în condițiile art. 1096 alin. 1 și 2 cod civil. Dacă după plata creanțelor nu mai există bunurile care fac obiectul clauzei de preciput, atunci clauza devine caducă.

În mod concret, după decesul unuia dintre soți, în cazul în care a fost stipulată în condițiile legii o clauză de preciput, masa succesorală se stabilește după cum urmează: se identifică toate bunurile (proprietatea sa exclusivă și proprietate pe cote-părți sau în devălmășie) calculându-se valoarea acestora – valoare ce constituie activul brut; apoi se calculează activul net, prin scăderea pasivului succesoral din activul brut și apoi scăderea valorii bunurilor care sunt obiectul clauzei de preciput din activul net²³; ulterior se procedează la reunirea fictivă la activul net a donațiilor făcute în timpul vieții (dacă este cazul), rezultatul fiind valoarea masei succesoriale în funcție de care se stabilește rezerva succesorală și cotitatea disponibilă, iar în cazul în care prin liberalități și prin clauza de preciput a fost depășită cotitatea disponibilă se aplică reducăiunea.

Întrucât legiuitorul a prevăzut în mod expres ordinea în care se face reducăiunea²⁴, însă a omis inserarea clauzei de preciput în acest text de lege, deși art. 333 alin. 2 cod civil stipulează faptul că doar reducăiunea este aplicabilă clauzei de preciput, pentru a stabili momentul în care clauzei de preciput i se aplică reducăiunea, trebuie analizate argumentele în funcție de care a fost stabilită ordinea reducăiunii donațiilor și a legatelor. Astfel, conform principiului general conform căruia se reduc în primul rând actele care produc efecte de la data decesului, întrucât acestea afectează cotitatea disponibilă, astfel că legatele se reduc toate deodată, în baza aceluiași principiu clauza de preciput se va reduce împreună cu

²⁰ Art. 333 alin. (2) cod civil: Clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor, ci numai reducăiunii, în condițiile art. 1.096 alin. (1) și (2).

²¹ Art. 333 alin. (5) cod civil: Executarea clauzei de preciput se face în natură sau, dacă acest lucru nu este posibil, prin echivalent.

²² Art. 333 alin. (3) cod civil: Clauza de preciput nu aduce nicio atingere dreptului creditorilor comuni de a urmări, chiar înainte de încetarea comunității, bunurile ce fac obiectul clauzei.

²³ Art. 367 lit. d cod civil: Includerea clauzei de preciput; executarea clauzei de preciput se face în natură sau, dacă acest lucru nu este posibil, prin echivalent, din valoarea activului net al comunității;

²⁴ Art. 1096 cod civil: Ordinea reducăiunii

(1) Legatele se reduc înainte donațiilor.

(2) Legatele se reduc toate deodată și proporțional, afară dacă testatorul a dispus că anumite legate vor avea preferință, caz în care vor fi reduse mai întâi celelalte legate.

(3) Donațiile se reduc succesiv, în ordinea inversă a datei lor, începând cu cea mai nouă.

(4) Donațiile concomitente se reduc toate deodată și proporțional, afară dacă donatorul a dispus că anumite donații vor avea preferință, caz în care vor fi reduse mai întâi celelalte donații.

(5) Dacă beneficiarul donației care ar trebui redusă este insolubil, se va proceda la reducăiunea donației anterioare.

legatele, deoarece ea produce efecte de la data decesului dispunătorului, astfel ca legatele și clauza de preciput se vor reduce în același timp și în mod proporțional (art. 1096 alin. 2 cod civil). De la această regulă se poate deroga, defunctul putând opta în timpul vieții, cu privire la ordinea în care vor fi reduse legatele și clauza de preciput, însă donațiile vor fi reduse numai după reducerea tuturor legatelor și a preciputului, această regulă fiind una imperativă. Reducerea donațiilor va fi necesară doar dacă nu a fost reîntregită rezerva succesorală, pentru a nu fi încălcat principiul irevocabilității donațiilor

Executarea și caducitatea clauzei de preciput

După cum este stipulat în textul de lege, clauza de preciput se execută în natură, iar dacă acest lucru nu este posibil, executarea se va face în echivalent²⁵.

În cazul în care bunul/bunurile au dispărut, nu mai există sau au fost distruse fortuit, executarea clauzei de preciput se va face prin echivalent, din bunurile aflate în activul net al masei succesoriale, cu excepția situației în care bunul a fost vândut de creditorii comuni ai soților.

Caducitatea este o cauză de ineficacitate instituită de legiuitor pentru situația în care bunul care a făcut obiectul clauzei de preciput a fost vândut/executat de creditorii soților, efectul acesteia regăsindu-se în lipsirea de eficacitate a clauzei, ca urmare a schimbării situației de fapt din motive care nu au legătura cu voința dispunătorului. Deoarece legiuitorul a înțeles să reglementeze în mod expres cazul în care acționează caducitatea clauzei, în această situație nu mai sunt aplicabile prevederile art. 333 alin. 5 cod civil, soțul supraviețuitor fiind lipsit astfel de beneficiul executării prin echivalent.

În situația în care soții au inserat în convenția matrimonială o clauză de preciput, iar ulterior au dispus prin legat asupra bunului respectiv fără a revoca această clauză prin înscris autentic semnat de ambii soți, atunci legatul devine caduc²⁶

Cu privire la termenul în care soțul supraviețuitor are dreptul să își exprime opțiunea de preluare a bunurilor în temeiul clauzei de preciput, în condițiile în care legiuitorul nu a instituit un termen special de decădere, sunt aplicabile prevederile generale cu privire la termenul general de prescripție, respectiv 3 ani, calculul termenului făcându-se de la data la care se naște acest drept, respectiv de la data decesului soțului dispunător.

²⁵ Art. 333 alin. 5 cod civil

²⁶ A. A. Banciu, *Raporturile patrimoniale dintre soți potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, pg. 212

NOUTĂȚILE ADUSE IN LEGISLAȚIA FRANCEZA DE CĂTRE REFORMA DREPTULUI OBLIGAȚIILOR

Dr. Radu STANCU*

Abstract:

One year after putting in to debate the reform of the law of obligations, on 11 February 2016 was published in the French Official Gazette („Jurnal Officiel”) the Ordinance n° 2016-131 of February 10, 2016 on the reform of contract law, the general scheme and proof of obligations.

The ordinance is the result of over 12 years of study, academic and government reform projects, but also of delays. This reform was required to fulfill two objectives: to create legal specified safety and achieve economic attractiveness.

To achieve them, legislators have codified a number of new legal institutions, fruit of doctrine and jurisprudence constant (pact of preference and unilateral promise, unjust enrichment, economic violence, the framework contract, contract of adhesion), and removed from the text some classics institutions as the „cause”.

The ordinance shall enter into force on 1 October 2016 but until then, a number of transitional provisions are applicable from the date of publication in the Official Gazette.

Keywords: french law, private law, the reform of contract law, the obligations law, comparative law

Rezumat:

La un an după punerea în dezbateră publică a ante-proiectului privind reforma dreptului obligațiilor, la 11 februarie 2016 a fost publicat în Monitorul Oficial francez („Jurnal Officiel”) Ordonanța nr. 2016-131 din 10 februarie 2016 privind reforma dreptului contractelor, regimului general și probei obligațiilor.

Ordonanța este rezultatul a mai bine de 12 ani de studiu, de proiecte de reforma academice și guvernamentale, dar și de tergiversări. Prin această reformă s-a dorit îndeplinirea a două obiective: crearea unei securități juridice și realizarea unei atractivități economice.

Pentru atingerea acestora, legiuitorul a codificat o serie de instituții juridice noi, rod al doctrinei și jurisprudenței constante (de exemplu pactul de preferință și promisiunea unilaterală, intenția dolosivă, îmbogățirea fără justă cauză, violența economică¹, contractul cadru, contractul de adeziune), dar și scoaterea din textul normativ a unor instituții clasice cum ar fi „cauza”.

Ordonanța va intra în vigoare la data de 1 octombrie 2016, însă, până atunci, o serie de dispoziții tranzitorii sunt aplicabile încă de la data publicării acesteia în Monitorul Oficial.

Cuvinte-cheie: drept francez, drept privat, reforma dreptul contractelor, dreptul obligațiilor, drept comparat

* Cercetător atașat pe lângă „Centre de droit privé fondamental” – Université de Strasbourg, Franța

¹ Curtea de casație franceză a definit **violența economică** ca fiind „exploatarea abuzivă a unei situații de dependentă economică, cu scopul de a obține un profit de pe urma temerii provocate prin amenințarea directă a intereselor legitime a persoanei cu un rău”, Cass. civ. 1^{er} 3 aprilie 2002, Bull. civ. 2002.108.84, note Stoffel-Munck P., RTD civ. n° 3/2002, p. 502 și urm.

Așteptată de mai bine de 12 ani, reforma dreptului obligațiilor în Franța se face printr-o cale neobișnuită pentru conservatorismul francez, mai exact prin ordonanță de guvern².

Este știut că încă de la începutul celei de-a V-a Republici, guvernele franceze au recurs la procedura ordonanțelor pentru subiectele prea tehnice sau reformele foarte delicate. Amintim spre exemplificare „Ordonanța Juppé”³ din 1996 care a produs modificări importante în sistemul securității sociale franceze.

Privind procesul legislativ francez de după anii 2000, se poate remarca că aceasta cale excepțională de legiferare acordată de articolul 38 din Constituția franceză⁴ Consiliului de Miniștri („*Conseil des Ministres*”) a fost folosită deseori. Pretextul a fost necesitatea transpunerii într-un timp scurt a diverselor directive ale Uniunii Europene în dreptul național.

Pe acest cale se poate explica și realizarea unei reforme atât de importante printr-un act administrativ.

1. Argumentele reformei dreptului obligațiilor

Potrivit Raportului adresat Președintelui Republicii privind Ordonanța nr. 2016-135, motivele ce stau la baza realizării reformei sunt atât din necesitate actualizării dreptului civil intern, cât și din cerințele armonizării dreptului național cu dreptul european.

În ciuda faptului că instituții juridice reglementate în Codul civil francez de la 1804 au suferit modificări, dreptul obligațiilor nu a fost schimbat de mai bine de 200 de ani, dacă nu luăm în calcul transpunerile directivelor comunitare.

Nu este mai puțin adevărat că jurisprudența a avut un rol determinant în dreptul pozitiv prin adaptarea normelor de drept la noile realități sociale și economice. Totuși, prin nevoia de a umple lacunele legislative, aceasta a făcut ca dreptul francez să pară unul pretorian, distanțându-se de sistemul tradiționalist civil continental și apropiindu-se astfel de sistemul *common law*.

De altfel, rapoartele „*Doing business*” publicate de Banca Mondială pun în valoare regulat sistemele juridice de tip *common law*, creând prin aceasta imaginea unui drept francez complex, imprevizibil și puțin atractiv. Drept consecință, țările ce au avut ca model Codul Napoleonian, precum România, Portugalia, Olanda, Spania sau Quebec, s-au îndreptat spre alte surse de inspirație în realizarea reformelor codurilor civile.

În același timp, în ultimii 20 de ani, evoluția tehnologică a accelerat procesul de globalizare prin comprimare timpului și spațiului, obligând așadar crearea de proiecte europene și internaționale de armonizare a dreptului general al obligațiilor. Spre

² Ordonanța nr. 2016-131 din 10 februarie 2016, publicată în Jurnalul Oficial la data de 11 februarie 2016.

³ Ordonanța nr. 96-346 din 24 aprilie 1996 privind reforma spitalelor publice și private.

⁴ Art. 8 Const. fr.: „*Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.*

Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.”

⁵ JORF nr. 0035, 11 februarie 2016, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>.

exemplificare, putem cita: Principiile UNIDROIT⁶, Principiile dreptului european al contractelor⁷, Proiectul Codului european al contractelor⁸, Proiectul cadrului comun de referință⁹ sau lucrările Societății legislațiilor comparate sau ale Asociației Henri Capitant ce au avut ca rezultat Principiile contractuale comune.

În acest context, necesitatea de a avea un drept relativ ritmat al contractelor, caracterizat prin previzibilitate și redactat într-un stil simplu și clar, a făcut ca mai multe proiecte de reformă să apară în Franța: proiectul grupului reunit în jurul prof. Catala¹⁰, cel al Academiei de științe morale și politice condus de prof. Terré¹¹, proiectele Chancellerie-ei¹².

Toate aceste proiecte au avut ca urmare manifestarea de voință unilaterală a guvernului francez de a reforma dreptul obligațiilor pe calea ordonanței. Prin acest act s-a urmărit modernizarea, simplificarea, accesibilitatea și eficientizarea dreptului comun al contractelor și regimul general al obligațiilor, cu scopul de a răspunde așteptărilor practicienilor.

2. Obiectivele urmărite prin reforma dreptului obligațiilor

Reforma dreptului contractelor, a regimului general și al probei obligațiilor urmărește, așa cum am menționat și în introducere, două obiective: *securitatea juridică și atractivitatea economică*.

Primul obiectiv, **securitatea juridică**, vizează într-un prim timp vocabularul folosit în redactarea textelor normative. Se urmărește formularea unui text mult mai lizibil și accesibil, utilizând un vocabular contemporan caci, neschimbat de la 1804, Codul civil nu mai reflectă în litera sa dreptul pozitiv.

De pildă, noul articolul 1101 din Cod definește contractul ca fiind „**acordul de voință între două sau mai multe persoane destinat să creeze, să modifice, să transmită sau să stingă obligații**”, spre deosebire de vechiul articol 1101 care definea contractul ca fiind „**o convenție prin care una sau mai multe persoane se obligă, față de una sau mai multe persoane, să dea, să facă sau să nu facă ceva**”. Putem observa că din noua definiție a contractului este scoasă și enumerarea obligațiilor de a da, a face sau să nu face. De asemenea, expresia „*bune moravuri*” a fost înlocuită în textul reformat cu „*ordinea publică*”.

Trebuie spus că Noul Cod civil român, inspirându-se din proiectele de reforma franceze, definește la articolul 1166 contractul ca fiind „*acordul de voință dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic*”. Totuși, pe lângă folosirea unui limbaj modern în definirea contractului, legiuitorul român nu se distanțează prea mult de vechea reglementare¹³, completând doar definiția și cu posibilitatea ca părțile să încheie un contract în vederea modificării unui raport juridic preexistent.

⁶ Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, [http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/blackletter 2010-french.pdf](http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/blackletter%2010-french.pdf).

⁷ Lando O., Beale H., *Principles of European Contract Law*, parts I and II, *Kluwer law international*, 2000.

⁸ Gandolfie G. (dir.), *Code européen des contrats – Avant-projet*, Académie des Privatistes Européens, 2^e éd., Giuffrè, Milan, 2002.

⁹ Von Bar C. (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009.

¹⁰ Catala P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, Paris, 2006.

¹¹ Terré F., *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

¹² Le projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie de mai 2008 et mars 2015.

¹³ Art. 942 VCC rom.: „Contractul este acordul între două sau mai multe persoane spre a constitui sau stinge între dânșii un raport juridic”.

Apoi, ordonanța guvernului francez, din dorința de a simplifica structura Codului civil, propune pentru Cartea a III-a („*Livre III*”) a codului un plan mult mai pedagogic. În acest demers, ordonanța a modificat titlurile III „*Diferitele moduri de dobândire a proprietății*” („*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*”), titlul IV „*Garanții*” („*Des sûretés*”) și titlul IVbis „*Răspunderea pentru produse defectuoase*” („*De la responsabilité du fait des produits défectueux*”) pentru a consacra, în locul acestora, la titlul III „*Izvoarele obligațiilor*” („*Des sources d'obligations*”), la titlul IV „*Regimul general al obligațiilor*” („*Du régime général des obligations*”) și titlul IVbis regimul probei („*De la preuve des obligations*”).

Toate aceste titluri au fost restructurate și expuse conform unui plan cronologic, de la formarea și încheierea contractului până la executarea sa.

Tot în lumina acestui prim obiectiv, ordonanța dorește să reînscrisă dreptul comun al contractelor în rândul sistemelor de drept continental ce au ca sursă legea și nu practica judiciară. În acest sens, legiuitorul consacră jurisprudența constantă a instanțelor de judecată care au trebuit să interpreteze și să adapteze dispozițiile vechi de 200 de ani, chiar *contra legem*.

Astfel, se definește expres, alături de dol, intenția dolosivă (art. 1137 alin. 2¹⁴) care este recunoscută în practica ca viciu de consimțământ încă din anii 1970¹⁵. Mai putem cita dintre soluțiile instanțelor codificate posibilitatea părții de a fixa unilateral prețul în cazul contractului cadru¹⁶ sau îmbogățirea fără justă cauză (art. 1303 la 1303-4).

Cel de-al doilea obiectiv urmărit este consolidarea „**atractivității dreptului francez pe plan politic, cultural și economic**”¹⁷. Pentru a realiza acestuia și în dorința de a apropria legislația franceză de alte legislații europene, ordonanța produce schimbări profunde prin redefinirea unor instituții clasice și transpunerea în textul ordonanței a unor hotărâri inovate ale instanțelor de judecată. De asemenea, pe lângă noile noțiuni dezvoltate de doctrină și jurisprudență, pentru ca noul drept al contractelor să aibă o mai bună aplicabilitate practică, se introduc noțiuni și expresii ce aparțin uzanțelor comerciale și economice.

Așadar, prin acest obiectiv s-a dorit crearea unui drept mult mai practic și eficace, adaptat la evoluția economică a pieței de capital. Astfel, s-a dat părților cocontractante noi prerogative ce le permite să prevină litigiile sau să rezolve disputele fără obligativitatea de a o face în fața judecătorului.

Se pot exemplifica: posibilitatea părții de a rezilia unilateral contractul prin notificarea celeilalte părți¹⁸, excepția de neexecutare a contractului (art. 1216-2, art. 1231-2, art. 1324 alin. 2, art. 1346-5, alin. 3), opțiunea părții de a executa o prestație imperfectă contra reducerii prețului¹⁹.

¹⁴ Art. 1137 O.G. n° 2016-131: „*Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.*”

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie”

¹⁵ Cass. 1^{re} civ. 13 févr. 1967, *Bull. civ. I*, no 58, *D.* 1967. somm. 74; V. les observations critiques de J. Ghestin, *chron. préc.*, spéc. n°12.

¹⁶ Art. 1164, alin. 1 O.G. n° 2016-131: „*Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation*”.

¹⁷ JORF nr. 0035, 11 februarie 2016, *loc. cit.*, p. 5.

¹⁸ Art. 1224 O.G. n° 2016-131: „*La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice*”.

¹⁹ Art. 1223 O.G. n° 2016-131: „*Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix.*”

S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais”.

Este de remarcat că și în cazul elaborării Noului Cod civil român, factorii morali, politici și, în particular, cei economici au fost determinanți²⁰. Astfel, ținând cont de faptul că operațiunile economice impun încheierea de contracte din ce în ce mai complexe, legiuitorul român a prevăzut în favoarea părților noi instrumente juridice în vederea fluidizării relațiilor economice dintre acestea. Printre aceste instrumente, putem enumera contractele de creditare pe o perioadă lungă de timp (contractul de leasing) sau contractele de franciză ori contractele de furnizare sau distribuție de produse și servicii.

În cele ce urmează, prezentarea noastră, care nu îmbracă o manieră exhaustivă, va reliefa modificările aduse prin reforma dreptului obligațiilor în vederea îndeplinirii celor două motive enunțate mai sus.

3. Modificările aduse de noile dispoziții

Dorind încă de la început să se diferențieze de celelalte proiecte de reforma, redactorii ordonanței de reforma a dreptului obligațiilor nu au vrut introducerea unui capitol preliminar destinat principiilor directoare ale contractului. Aceștia au optat să se inspire din actualul capitol întâi al titlului III din Codul civil, „*Dispoziții preliminare*” („*Dispositions préliminaires*”). Denumind prin urmare capitolul I „*Dispoziții introductive*” („*Dispositions liminaires*”), regulile generale prevăzute într-însul, în ciuda faptului că sunt cap compasul reglementării contractului, nu sunt dispoziții cu caracter superior celorlalte dispoziții ce le urmează. Prin aceasta, se dorește înlăturarea posibilității judecătorului de a își motiva intervențiile pe caracterul de întâietate a acestor norme.

Se introduce așadar principiul bunei-credințe²¹ și al libertății contractuale²². De menționat că principiul libertății contractuale este inspirat după articolul 6 din Codul civil francez²³, însă fără a mai menține interdicția de a deroga prin contract de la „*bunele moravuri*” deoarece aceasta noțiune a devenit desuetă, jurisprudența abandonând-o progresiv.

Dorim totodată să remarcăm că Noul Cod civil român prevede atât de o manieră generală obligația persoanelor fizice și juridice de a își exercita drepturile și executa obligațiile civile cu bună-credință (art. 14), dar și cu un caracter special, aplicabil în materie contractuală, obligația părților de a acționa „*cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale*” (art. 1170).

La articolul 1101 din ordonanță se dă o definiție modernă contractului și, cum am menționat mai sus, se renunță la enumerarea clasică a obligațiilor de a da, a face sau a nu face din definiție. Actualul text se concentrează în special pe natura contractului în calitate de acord de voință și pe efectele sale de a crea, modifica, transmite sau stinge o obligație, contract noțiunii generale de convenție care include toate acordurile de voință destinate doar a produce efecte de drept.

Codul civil francez în vigoare încă de la 1804 nu conține nicio dispoziție legală privind procesul de formare și de încheierea a contractului. În acest sens, Ordonanța nr. 2016-131

²⁰ Angheni S., „Dispoziții generale”, în Uliescu M. (coord.), *Despre obligații. Noul Cod civil. Studii și comentarii*, vol. III, part. I, cartea a V-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 13.

²¹ Art. 1104, alin. 1 O.G. n° 2016-131: „*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*”.

²² Art. 1102 O.G. n° 2016-131: „*Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.*

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.”

²³ Art. 6 C. civ. fr.: „*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*”.

introduce în cod practica constantă a Curții de casație privind faza formării contractului. Se prevede astfel libertatea părților „*de a iniția, purta și rupe negocierile precontractuale*”, dar și sancțiunea în cazul în care negocierile au fost rupte de o manieră contrară principiului bunei-credințe (art. 1112).

Se afirmă expres obligația precontractuală de informare (art. 1121-1) și de confidențialitate a părților ce se afla în cursul negocierilor (art. 1112-2). Se reglementează regimul juridic al celor mai uzitate antecontracte: pactul de preferință (art. 1123) și promisiunea unilaterală de a contracta (art. 1124).

De asemenea, sunt introduse în Codul civil regulile dezvoltate de jurisprudență privind capacitatea (art. 1145 și urm.). De exemplu, persoana lipsită de capacitate poate îndeplini singură acte curente, cotidiene, autorizate de lege sau uzanțe, cu condiția de a fi încheiate în condiții normale²⁴. În același sens, la articolul 1145, alineat 2 din Ordonanța nr. 2016-131 este definită capacitatea persoanei morale. Mai exact, capacitatea persoanei morale este limitată la acele acte utile realizării obiectului de activitate definit prin statut și la actele care le sunt accesorii acestora.

Cu privire la sancțiunea aplicată în cazul nerespectării condițiilor de validitate ale contractului, ordonanța legiferează jurisprudența instanțelor de judecată cu privire la nulitate. Astfel, se introduc două modele de nulități: *nulitatea consensuală* atunci când părțile constantă de comun acord nulitatea contractului și *nulitatea judiciară*, adică constatarea nulității contractului de către instanța de judecată (art. 1178 alin. 1).

Următoarele articole ce reglementează nulitatea consacră teoria modernă a nulităților²⁵ care, prin opoziție cu teoria așa-zis clasică, face distincție între nulitatea absolută și nulitatea relativă (art. 1179).

Apoi, la nivelul efectelor contractului, ordonanța dispune ca nouă durată contractului (art. 1210 și urm.) umplând astfel lacunele Codului civil de la 1804 care a construit dreptul comun al contractelor pe modelul contractului de vânzare-cumpărare, contract cu executare instantanee prin excelență.

Cu privire la faza eficacității contractului, se creează noi dispoziții de interpretare a contractului. O prima regulă dispune că în situația în care intenția comună a părților nu poate fi identificată atunci contractul este interpretat în sensul pe care l-ar fi dat o persoană rezonabilă pusă în aceeași situație (art. 1188 alin. 2). De menționat că noțiunea de „*persoană rezonabilă*” este asimilată noțiunii latine de „*bonus pater familias*” și reprezintă etalonul comportamental pe care îl are un individ abstract, prudent și diligent pus într-o situație dată.

O a doua regulă se referă la ideea de interdependență economică a contractelor încheiate, în sensul că dacă mai multe contracte concurează spre aceeași operațiune, acestea se interpretează în funcție de intenția comună a părților (art. 1189 alin. 2).

În spiritul dezvoltării unei atractivități a dreptului francez pe plan economic, sunt introduse mecanisme juridice mai suplă. Acestea au rolul de a simplifica circuitele juridice în vederea dinamizării și eficientizării raportului juridic pentru facilitarea relațiilor economice. Mai concret, putem nominaliza cesiunii contractului (art. 1216 și urm.) și a datoriei (art. 1327 și urm.).

De asemenea, ținând cont de practica în afaceri, sunt definite noțiunile de contract de adeziune și de contract cadru. Prin enunțarea în special a contractului de adeziune,

²⁴ Art. 1148 O.G. n° 2016-131: „*Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seules les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales*”.

²⁵ Japiot R., *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909.

legiutorul francez produce o adevărată revoluție juridică. Definit ca acel contract ale cărui condiții esențiale nu au fost negociate liber, ci au fost determinate unilateral de către una dintre părți, contractul de adeziune reprezintă antiteza raportului contractual între două părți libere și egale în apărarea propriului interes prevăzut de Codul civil de la 1804.

În fine, privind faza neexecutării obligațiilor contractuale și a remediilor contractuale, se codifica principiul executării forțate în natura a contractului (art. 1217, pct. 2) chiar dacă obligația neexecutată este de a face sau de a nu face²⁶. La secțiunea a 4-a din ordonanța destinată sancțiunilor („*Les sanctions*”), pe lângă nulitatea contractului (art. 1178 și urm.), se introduce o nouă sancțiune, caducitatea contractului (art. 1186 și 1187). De exemplu, dacă două contracte sunt interdependente din punct de vedere economic, dispariția unui contract duce la caducitatea celuilalt.

Tot în cazul sancțiunii neexecutării contractului, constatăm o încadrarea mult mai strictă a rezilierii unilaterale a contractului prin obligarea creditorului la a își asuma riscurile și pierderile unei astfel de manifestări unilaterale de voință (art. 1226). De asemenea, prin textul prezentei reforme se admite excepția de neexecutare anticipată a contractului²⁷ și posibilitatea de a reduce de o manieră unilaterală prețul²⁸.

Tot cu caracter de noutate sunt și dispozițiile privind impreviziunea (art. 1195), excepție la principiului forței obligatorii a contractului. Consacrată în jurisprudența franceză încă din 1916²⁹, teoria impreviziunii dă posibilitatea părților să renegocieze contractul în cazul în care circumstanțele existente la momentul încheierii contractului s-au schimbat. Dacă una dintre părți refuză să renegocieze sau părțile au eșuat în renegociere, acestea au posibilitatea de a rezilia contractul sau să se adreseze unui judecător pentru a adapta executarea contractului la noua situație.

Pe lângă noile instituții introduse, reforma dreptului obligațiilor mai aduce completări în vederea clarificării dispozițiilor deja reglementate, în particular reglementările privind neexecutarea contractului. De altfel, articolul 1217 dă dreptul părții față de care nu s-a executat obligația să opteze, în funcție de situație, între: a nu își executat sau suspenda executarea propriei obligații; a cere executarea forțată în natura a obligației; să solicite o reducere a prețului; să provoace rezilierea contractului; să ceară repararea daunelor consecință a neexecutării.

De asemenea, inspirați de către Principiile europene de armonizare a dreptului, autorii reformei reușesc să reunească într-un singur paragraf (paragraf 2 al sub-secțiunii 2 „*Capacitatea și reprezentarea*”) dispoziții dispersate din actualul Cod civil privind reprezentarea părții.

Ordonanța nr. 2016-13, pentru a îndeplini cel de-al doilea obiectiv, crearea unui drept francez mai atractiv pe plan politic, cultural și economic, renunță la unele instituții juridice

²⁶ Art. 1142 Cod civil de 1804: „*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur*”.

²⁷ Art. 1219 O.G. n° 2016-131: „*Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave*”; art. 1220 Ord. n° 2016-131: „*Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais*”.

²⁸ Art. 1223 O.G. n° 2016-131: „*Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix*”.

S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais”.

²⁹ Conseil d'État, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, publié au recueil Lebon, p. 125.

clasice. În acest sens, dreptul pozitiv francez se debarasează, cel puțin formal, de noțiunea de „cauză” din rândul condițiilor de valabilitate ale contractului în favoarea conținutului contractului.

Vechea reglementare prevedea la articolul 1108 Code civil patru condiții esențiale pentru valabilitatea unei „convenții” printre care „un obiect cert” („un objet certain qui forme la matière de l'engagement”) și „o cauză licita a obligației” („une cause licite dans l'obligation”). Potrivit noului articol 1128, pentru valabilitatea unui „contract” sunt necesare doar trei condiții: consimțământul părților, capacitatea acestora de a contracta și un **conținut licit și cert**.

Putem observa că în noua reglementare, pe de o parte, noțiunea de „contract” este folosită în schimbul celei de „convenție” și, pe de altă parte, dispar substantivele „obiect” și „cauză”, iar atributele „cert” și „licit” care le caracterizau, determină un nou substantiv introdus în text, „conținutul” contractului („un contenu licite et certain”).

Totodată, putem prezuma că prin folosirea termenului de „conținut” („contenu”), s-a dorit să se ascundă diferența dintre obiectul care formează esența angajamentului contractual și cauza care reprezintă motivul existenței acordului de voință.

Prin această măsură, autorii reformei au dorit ca dreptul național francez să fie compatibil și cu alte drepturi naționale. Totuși, cauza nu dispare definitiv, ea subzistând prin diferitele sale funcții consacrate în ordonanță cum ar fi cea a reechilibrării prestațiilor contractuale.

Cu privire la proba contractului, textul ordonanței reușește să surprindă prin afirmarea printre mijloacele de proba a copiei unui act juridic. Așadar, alineatul 2 al articolului 1379 din Ordonanță prevede că „copia fiabilă are aceeași forță probantă ca originalul” iar la alineatul următor se precizează că aceasta este fiabilă până la *iuris tantum*, doar judecătorul putând să se pronunțe asupra fiabilității copiei.

Concluzii

Având ca dată de intrare în vigoare 1 octombrie 2016, Ordonanța nr. 2016-131 privind reforma dreptului contractelor, a regimului general și al probei obligațiilor duce dreptul francez într-o nouă etapă a existenței sale.

Prin aceasta reforma, legiuitorii francezi au dorit să creioneze o figură contractuală revoluționară, sacrificând instituții ce defineau Codul Napoleon precum „cauza”, ba chiar atentând la existența spiritului ce anima Codul civil de la 1804, adică liberul arbitru al părții, prin reglementarea contractului de adeziune și acordarea de noi pârgii judecătorului pentru a interveni în conținutul contractului.

Este totuși adevărat că într-o economie comună de piață era necesar o aducere la zi a Codului civil francez prin codificarea de noi instituții precum cesiune de creanță sau de datorii, pactul de preferință sau promisiunea unilaterală de a contracta, fixarea regulilor privind momentul și locul încheierii contractului, clarificarea instituției nulității și multe alte noțiuni pe care am încercat să le arătăm în prezenta lucrare.

Putem remarca că reforma dreptului obligațiilor nu reglementează și răspunderea civilă, rezumându-se doar la o reproduce *in extenso* a articolele privind răspunderea delictuală și a le adapta la noua structură a planului.

Este de menționat că reforma răspunderii civile contractuale și delictuale va face obiectul unui proiect de lege care, spre deosebire de prezenta lege, va fi dezbătut în plenul Parlamentului francez.

În încheiere, se poate constata că dreptul pozitiv francez a făcut un pas important spre redobândirea unei poziții fruntașe în cadrul sistemelor de drept continental și, în același timp, la punerea umărului în vederea creării unui drept privat european din interiorul statelor prin armonizarea reglementarilor instituțiilor juridice.

Totuși procesul nu este terminat. Actuala ordonanță nu trebuie confundată cu o veritabilă reformă a Codului civil francez de la 1804 caci și alte instituții fundamentale, rod al jurisprudenței instanțelor judecătorești, trebuie codificate. Din acest punct de vedere putem spune că dreptul pozitiv român a devansat dreptul pozitiv francez. Prin adoptarea Noului Cod civil român la 1 octombrie 2011 cel puțin cronologic, ne luând în calcul amploarea instituțiilor reformate, suntem înaintea codului francez.

Desigur, trebuie respectat adevărul și spus că printre principalele surse de inspirație ale Noului Cod civil român au fost și proiectele de reformă ale dreptului francez, numeroase dispoziții fiind preluate și transpuse în codul nostru.

În același timp, dreptul fiind o știință socială în veșnică schimbare, legiuitorul român poate avea ca posibile modele noile noțiuni și moduri de formulare folosite în Ordonanța nr. 2016-131 a Consiliului de Miniștri Francez din 11 februarie 2016.

RESTRÂNGEREA AUTONOMIEI DE VOINȚĂ ȘI CONTRACTELE DE ADEZIUNE REGLEMENTATE DE NOUL COD CIVIL

*Drd. Andreea Mariana SIMA**

Abstract:

The human will being free, in the legal order it was given legal recognition of this truism by developing and raising the theory of autonomy of will to a principle. The pedestal on which the concept was placed until recently began to falter under the impact of the spread of adhesion contracts, however, although having an uncertain position, the autonomy of the will is still the foundation of Romanian private law, as it happens, moreover, in other legal systems.

Recognition of the force that the principle of autonomy of the will has to the conclusion of civil legal acts seen broadly, is given by the regulating of the New Civil Code of contractual freedom, despite the formality imposed on many special contracts and criticism.

Limits brought to the concept of autonomous juridical will are legally provided by the listing of public order, law and morality, but they do not stop here, as now social and economic realities create a new set of confrontations for the theory of autonomy of will.

Keywords: *autonomy of the will, limitation, the adhesion contract, the New Civil Code*

Rezumat:

Voința umană fiind liberă, în plan juridic s-a dat recunoaștere acestui truism prin dezvoltarea și ridicarea la rang de principiu a teoriei autonomiei de voință. Piedestalul pe care conceptul a fost plasat până de curând a început să se clatine sub impactul răspândirii contractelor de adeziune, însă, deși într-o poziție incertă, autonomia de voință reușește să fie în continuare fundamentul dreptului privat roman, precum se întâmplă, de altfel, și în alte sisteme de drept.

Recunoașterea forței pe care principiul autonomiei de voință îl are la încheierea actelor juridice civile privite în sens larg este dată de reglementarea în textul Noului Cod Civil a libertății contractuale, în ciuda formalismului impus în privința multor contracte speciale și a criticilor aduse.

Limitele aduse conceptului de voință juridică autonomă sunt prevăzute legal prin enumerarea ordinii publice, a legii și a bunelor moravuri, însă acestea nu se opresc aici, în prezent realitățile sociale și economice creând un nou set de confruntări pentru teoria autonomiei de voință.

Cuvinte-cheie: *autonomie de voință, restrângere, contract de adeziune, Noul Cod Civil*

1. Autonomia de voință-în declin sau în continuare fundamentul contractelor?

Noul Cod Civil, asemănător codului civil predecesor, statuează principiul libertății contractuale, articolul 1169, intitulat întocmai, recunoscând posibilitatea părților de a încheia orice contracte și de a determina conținutul acestora și, în același timp, impunând principiului limitele create de lege, ordinea publică și de bunele moravuri.

* Școala Doctorală, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”.

Faptul că principiul libertății contractuale nu este absolut este evident, însă se pune problema de a ști în ce măsură acesta poate fi limitat, astfel încât acesta să poată fi considerat în continuare fundamentul oricărui contract.

Privită în sens juridic, regula libertății contractuale se suprapune peste teoria autonomiei de voință¹, aceasta presupunând o recunoaștere reciprocă, de către fiecare parte contractantă, a dreptului celorlalte de a urmări realizarea interelor proprii prin încheierea contractului în cauză, aspect care plasează autonomia de voință în poziția de a fi fundamentul actelor juridice civile în sens larg (și implicit a celor în care una sau ambele părți este un profesionist), întrucât aceasta este factorul declanșator al nașterii actelor juridice.

În literatura de specialitate s-a vehiculat părerea conform căreia „voința este o capacitate a omului de a își propune scopuri și de a își realiza aceste scopuri pe calea unor activități care implică învingerea unor anumite obstacole și prin punerea în funcțiune a resurselor sale psihice și morale. Voința este capacitatea omului de a își planifica, de a își organiza, de a își efectua și de a își controla activitatea în vederea realizării scopurilor”².

Îngrădirea autonomiei de voință este surprinsă în reglementarea Noului Cod Civil, care vorbește în premieră despre contractul de adeziune, acesta caracterizându-se prin aceea că, „clauzele sale esențiale sunt impuse ori sunt redactate de una dintre părți, pentru aceasta sau ca urmare a instrucțiunilor sale, cealaltă parte neavând decât să le accepte ca atare”³, remarcându-se astfel caracterul derogatoriu al textului de la regulă libertății contractuale a cărei manifestare se produce prin posibilitatea recunoscută părților unui contract de a determina conținutul acestuia conform voinței lor liber exprimate și rezultatului negocierilor purtate anterior.

Anterior reglementării mai sus menționate, existența contractelor de adeziune nu era străină doctrinei dreptului civil și comercial, astfel cum aceasta era scindată în viziunea dualistă de la acea vreme, când contractul de adeziune era definit drept contractul al cărui clauze sunt stabilite numai de una dintre părți, fără posibilitatea ca cealaltă parte să le discute, ci doar să le accepte⁴.

În prezent, a devenit de necontestat existența frecventă a contractelor de adeziune în cotidianul a din ce în ce mai mulți indivizi, astfel de contracte fiind întâlnite, de obicei, în domenii de activitate supuse monopolului⁵, o parte din acestea fiind reglementate expres de Noul Cod Civil, în alte cazuri acesta acesta aplicându-se ca norma generală în privința altor contracte, fără însă că prezentul articol să își propună o enumerare și abordare exhaustivă a tuturor contractelor reglementate de Noul Cod Civil ce sunt sau au „vocația” de a deveni contracte de adeziune.

2. Contractul de asigurare și teoria autonomiei de voință

De departe, contractul de asigurare reprezintă cea mai mare „agresiune” adusă principiului autonomiei de voință, cu toate că aceasta nu provine ca urmare a

¹ A se vedea Carbonnier J., *Droit civil*, Tome premier, PUF, Paris, 1955, p. 140; Hamangiu C., Rosetti Balanescu I., Baicioianu Al., *Tratat de drept civil român*, vol. II, București, 1929, p. 91.

² Zorgo B., *Ce este voința*, Ed. Enciclopedică Română, București, 1969, p. 12.

³ Art. 1175 NCC.

⁴ Dogaru I., *Contractul. Consideratii teoretice si practice*, Ed. Scrisul românesc, Craiova, 1983, p. 80.

⁵ Spre exemplu, domeniul furnizării energiei electrice sau gazelor, asigurărilor, transporturilor, sau domeniul bancar.

reglementărilor cu caracter general cuprinse în Noul Cod Civil, ci ca urmare a dispozițiilor unor legi cu caracter special ce le completează pe primele.

Vorbim de cea mai mare „agresiune”, întrucât prin anumite acte normative⁶ din diferite domenii s-a impus încheierea în mod obligatoriu de contracte de asigurare, înfrângându-se astfel principiul autonomiei de voință prin impunerea obligației de a contracta, în ciuda faptului că autonomia de voință presupune atât libertatea individului de a se angaja în raporturi juridice, cât și libertatea acestuia de a refuza să încheie acte juridice.

Aceasta din urmă componentă a libertății contractuale a fost exprimată în literatura de specialitate și de alți autori⁷, conform cărora „libertatea contractuală se poate manifesta prin posibilitatea de a încheia un contract astfel cum părțile o doresc, dar și prin refuzul de a contracta”.

Restrângerea autonomiei de voință în cazul contractelor de asigurare pare a proveni ca urmare a intervenționismului etatic, manifestat de maniera dirijismului contractual, având în vedere că s-a apreciat că asigurarea obligatorie de răspundere pentru pagube produse prin accidente de autovehicule este una necontractuală⁸.

Cu toate că în ceea ce privește contractul de asigurare de răspundere civilă, se poate aprecia că s-a mai atenuat din caracterul adezional ca urmare a creării unei piețe concurențiale ce a permis potențialilor asigurați să aleagă între mai multe societăți de asigurare existente, acesta subzistă în continuare, întrucât libertatea de voință a asiguratului se poate manifesta numai în privința alegerii celeilalte părți contractante, fără însă că odată acest drept de opțiune exprimat, asiguratul să poată negocia clauzele contractuale, contravaloarea primei de asigurare sau alte elemente ale contractului la care este nevoit să adere așa cum a fost conceput de către asigurator.

În realitate însă, cu toate că la prima vedere asiguratorul pare a fi situat pe o poziție de superioritate, asistăm la o restrângere a autonomiei de voință prin intermediul legii a ambelor părți contractante, asiguratul fiind obligat să încheie contractul de asigurare, iar asiguratorului fiindu-i impus⁹ un anumit mod de calcul al nivelului primelor de asigurare, acesta neavând posibilitatea de a modifica pe parcursul unui an cuantumul primelor de asigurare odată comunicate către Autoritatea de Supraveghere Financiară, cel târziu cu 30 de zile înainte de începerea perioadei în care acestea pot fi practicate.

⁶ Cu titlu de exemplu, prin articolul 4 din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările din România se instituie obligativitatea asigurării de răspundere civilă pentru pagube produse prin accidente de autovehicule; art. 657 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății prevede ca asigurarea obligatorie de răspundere civilă medicală face parte din categoria B clasa 13 de asigurări de răspundere civilă și cuprinde toate tipurile de tratamente medicale ce se efectuează în specialitatea și în competența profesională a asiguratului și în gama de servicii medicale oferite de unitățile de profil; articolul 104 alineat 2 din Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat menționează ca Avocații care profesează sub titlul profesional din statul membru de origine sunt obligați fie să se asigure pentru răspundere profesională, în condițiile stabilite prin statutul profesiei, fie să devină membri ai Casei de Asigurări a Avocaților, în condițiile prevăzute la cap. VII etc.

⁷ Olteanu G., *Autonomia de voință în dreptul privat*, Ed. Universitaria, Craiova, 2001, p. 49.

⁸ Dogaru I., *Drept civil. Idei producătoare de efecte juridice*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 805.

⁹ Articolul 21 alineat 1 al Normei 23/2014 privind asigurarea obligatorie de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule prevede ca „asiguratorii RCA au obligația de a stabili tarifele de primă pe categorii de riscuri omogene, pe perioade de un an, calculate pe baze actuariale general acceptate, pentru limitele de despăgubire stabilite în baza prevederilor art. 24, astfel încât să se acopere toate obligațiile ce decurg din încheierea contractelor de asigurare RCA, constituirea rezervelor tehnice prevăzute în legislația în vigoare și plata contribuțiilor către fondurile stabilite în conformitate cu legislația în vigoare, precum și acoperirea cheltuielilor de achiziție și de administrare.”

Poziția dominantă a asiguratorului se poate traduce doar prin crearea unui contract-tip ale cărui formă și, în mare parte, conținut sunt impuse prin norme imperative, acesta beneficiind de un spațiu de manifestare a autonomiei de voință destul de restrâns, dar care este totuși preferabil față de lipsa aproape totală a manifestării de voință a asiguratului, acestuia fiindu-i impus pe de o parte încheierea contractului prin lege, iar pe de altă parte, un conținut standard de către asigurator. Așa cum am arătat mai sus, singură manifestare de voință a asiguratului se rezuma la a alege un anumit asigurator în detrimentul altuia.

Poziția dominantă a asiguratorului pare însă a fi slăbită de obligația de informare impusă asiguratului prin articolele 2203 și 2238 Noul Cod Civil, chiar sub sancțiunea nulității, care denotă intenția legiuitorului de a proteja interesele asiguratorului, aspect remarcabil dacă avem în vedere faptul că acest tip de contracte pot fi categorisite drept contracte încheiate între profesioniști și consumatori.

Contractele de asigurare „agresează” principiul autonomiei de voință și prin prisma formalismului impus de prevederile Noului Cod Civil, articolul 2200 alineat 1 impunând forma scrisă ca și cerința *ad probationem*, iar articolul 2201 alineat 1 menționând că „polița de asigurare trebuie să indice cel puțin: a) numele său denumirea, domiciliul ori sediul părților contractante, precum și numele beneficiarului asigurării, dacă acesta nu este parte la contract; b) obiectul asigurării; c) riscurile ce se asigură; d) momentul începerii și cel al încetării răspunderii asiguratorului; e) primele de asigurare; f) sumele asigurate.”

Astfel, contractele de asigurare, orice domeniu ar viza, se îndepărtează de la principiul consensualismului actelor juridice, ca expresie a teoriei autonomiei de voință, conform căreia contractul este valabil încheiat prin simpla manifestare de voință în acest sens a părților, fără a mai fi necesar să se îndeplinească alte formalități, sau ca voința părților să fie manifestată într-o anumită formă, singura piedică ce poate sta în calea libertății de alegere a fondului și formei contractului fiind, în opinia unor autori, respectul ordinii publice și bunelor moravuri¹⁰.

A fost exprimată și opinia contrară, conform căreia formalismul conferă securitate, fiind o garanție a libertății și protejând contractul de el însuși, astfel încât „cu cât este mai mare neîncrederea, cu atât mai riguros este formalismul”.¹¹

3. Contractul de societate privit volitional

Ca urmare a abordării moniste și în exprimarea principiului libertății de asociere consacrat constituțional, Noul Cod Civil alocă un capitol reglementării contractului de societate (articolele 1881-1954), prevederile acestuia constituind dreptul comun atât în ceea ce privește societățile civile, cât și în ceea ce privește societățile comerciale.

Ca și în cazul contractului de asigurare, un prim aspect volitional este dat de formalismul impus contractelor de societate prin articolul 1884, regăsit în secțiunea „dispoziții generale” a capitolului, care prevede obligativitatea încheierii acestora în formă scrisă *ad validitatem* în cazul contractelor prin care se înființează societăți cu personalitate juridică și *ad probationem* în cazul celorlalte.

Prevederile Noului Cod Civil se raliază, astfel, la nevoile practicii comerciale care a creat reflexul formalismului ca răspuns la problemele de calificare, interpretare și dovedire ulterioară a contractelor, însă, în același timp aduc atingere principiului consensualismului ca mod de exprimare a libertății contractuale. Formalismul impus de Noul Cod Civil nu este

¹⁰ Weill A., *Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 1971, p. 54.

¹¹ Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Obligațiile*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 283, 288.

însă o noutate, și artizanii reglementării anterioare, în prezent abrogată (Codul Comercial), plasându-se pe aceeași linie de gândire.

Pe tărâmul încheierii contractelor cu sau între profesioniști, întrucât acestea reprezintă ponderea covârșitoare a contractelor de societate, principiul autonomiei de voință are o manifestare specifică, și anume libera concurență, care constă în libertatea acordată agenților economici de a utiliza în mod liber mijloacele și metodele de atragere sau menținere a clientelei¹².

Întocmai precum principiul-mamă, cel al libertății contractuale, principiul în discuție nu este unul absolut, ci poate fi supus limitărilor, chiar până la consecința eliminării sale, printre acestea regăsindu-se¹³ reglementarea accesului la anumite activități economice, având în vedere monopolul de stat, instaurarea de către legiuitor a unor condiții discriminatorii în favoarea anumitor întreprinderi, cum ar fi avantajele fiscale etc.

4. Contractele bancare în reglementarea Noului Cod Civil și restrângerea autonomiei de voință

Dispozițiile Noului Cod Civil conțin și un număr destul de restrâns de articole menite să reglementeze contractele bancare, aducând modificări sau adăugiri prevederilor anterior existente în Codul Comercial.

Raportat strict la teoria autonomiei de voință, cu toate că nu se remarcă, precum în cazul celorlalte categorii de contracte analizate, limitarea libertății contractuale ca o consecință a formalismului, contractele bancare sunt într-o accepțiune largă contracte eminamente de adeziune, ce deroga de la principiul conform căruia persoanele fizice și juridice au, conform legii, posibilitatea de a crea contracte și de a le stabili conținutul¹⁴.

Contractele de adeziune reglementate de capitolul XV al Noului Cod Civil se pot transforma în contracte forțate, așa cum se întâmplă cu cel de cont curent, în privința căruia Legea nr. 70/2015 pentru întărirea disciplinei financiare privind operațiunile de încasări și plăți în numerar și pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 193/2002 privind introducerea sistemelor moderne de plată prevede obligativitatea deschiderii, de către întreprinderi, a unui cont înainte de începerea operațiunilor¹⁵.

Legea impune, astfel, trecând peste autonomia de voință a părților implicate în raporturi civile, fără a folosi exact termenul, obligația acestora de folosi instrumente de plată fără numerar în realizarea obiectului de activități.

Cu toate că domeniul bancar este unul dintre cele mai reglementate domenii și cu toate că în ultimul timp s-a încercat protejarea prin pârgii legislative și executive a părților contractante aflate în poziție de inferioritate, contractele bancare, privite lato sensu, au caracter adezional atât în planul formei, părții care aderă fiindu-i impus un act, privit ca *instrumentum*, anterior redactat, cât și sub aspectul fondului, fiind domeniul unde abundă clauzele abuzive inserate în textul contractului.

¹² Houin R., Pédamon M., *Droit commercial. Acte de commerce et commerçants. Activité commerciale et concurrence*, Ed. Dalloz, Paris, 1980, p. 379.

¹³ A se vedea Dogaru I., *Drept civil. Idei producătoare de efecte juridice*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 836; de Jungart M., Ippolito B., *Traité de droit commercial*, Montchrestien, Paris, 1988, p. 688.

¹⁴ Albu I., *Libertatea contractuală*, Revista Dreptul, nr. 3/1993, București, p. 29.

¹⁵ Articolul 1 alineat 1 din Legea nr. 70/2015 prevede ca operațiunile de încasări și plăți efectuate de persoane juridice, persoane fizice autorizate, întreprinderi individuale, întreprinderi familiale, liber profesioniști, persoane fizice care desfășoară activități în mod independent, asocieri și alte entități cu sau fără personalitate juridică de la/către oricare dintre aceste categorii de persoane se vor realiza numai prin instrumente de plată fără numerar, definite potrivit legii.

Concluzii

În prezent, autonomia de voință, altădată văzută ca fundament al construcției contractelor, pare a fi intrat într-un con de umbră și a fi un concept desuet, însă la o privire mai atentă, devine de necontestat faptul că aceasta, deși limitată de lege, constituie în continuare un element indispensabil al oricărui contract.

Teoria autonomiei de voință supraviețuiește restrângerilor impuse chiar în cazul contractelor obligatorii, întrucât începutul timid de demonopolizare a pieței în varii domenii aduce, implicit, posibilitatea subiecților de drept de a-și manifesta voința prin alegerea co-contractantului sau a unor elemente ale contractului, precum durata de executare.

În ciuda creșterii numărului contractelor de adeziune sau obligatorii, a contractelor tip, a tendinței excesive legislative de reglementare, a accentuării tendințelor dirijiste la nivel contractual¹⁶, autonomia de voință are propria sa istorie și cu toate că de multe ori nu există o reprezentare mentală a acestui fapt la momentul încheierii contractelor, aceasta, adaptându-se realităților socio-economice actuale, reușește să rămână în continuare suportul actelor juridice civile.

Bibliografie:

- Albu I., *Libertatea contractuală*, Revista Dreptul, nr. 3/1993, București.
- Carbonnier J., *Droit civil*, Tome premier, PUF, Paris 1955.
- de Junglart M., Ippolito B., *Traité de droit commercial*, editura Montchrestien, Paris, 1988.
- Dogaru I., *Contractul. Considerații teoretice și practice*, editura Scrisul românesc, Craiova, 1983.
- Dogaru I., *Drept civil. Idei producătoare de efecte juridice*, editura All Beck, București, 2002.
- Hamangiu C., Rosetti Bălănescu I., Băicoianu Al., *Tratat de drept civil român*, vol. II, București, 1929.
- Houin R., Pédamon M., *Droit commercial. Acte de commerce et commerciants. Activite commerciale et concurrence*, editura Dalloz, Paris, 1980.
- Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările din România.
- Legea nr. 70/2015.
- Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății.
- Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat.
- Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Obligațiile*, Editura Wolters Kluwer, București, 2009.
- Norma 23/2014 privind asigurarea obligatorie de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule.
- Noul Cod Civil.
- Olteanu G., *Autonomia de voință în dreptul privat*, editura Universitaria, Craiova, 2001.
- Popa S., *Limitele libertății contractuale în raporturile juridice de familie*, în RRDJ nr. 2/2014, p. 185-188.
- Weill A., *Les obligations*, editura Dalloz, Paris, 1971.
- Zorgo B., *Ce este voința*, editura Enciclopedică Română, București, 1969.

¹⁶ Popa S., *Limitele libertății contractuale în raporturile juridice de familie*, în RRDJ nr. 2/2014, p. 185-188.

IMPREVIZIUNEA ÎN NOUL COD CIVIL

Sandra GĂTEJEANU-GHEORGHE*
Dragoș GHEORGHE**

Abstract:

The theory of “change of circumstances” has been regulated for the first time in the newly enacted Romanian Civil Code as an important and useful institution in the current economic context. The aim of this paper is to underline the way in which this institution appeared in the romanian national system and also to make a comparative analysis of this theory in the most important european law systems as well as at the level of the European Union. We enlightened the theoretical aspects of this institution as well as the practicalities wich we encountered in the legal practice.

Keywords: *change of circumstances, contractual balance, adapt, cancelation, Romanian Civil Code*

Rezumat:

Teoria impreviziunii este reglementată în premieră în Noul Cod Civil, fiind o instituție inedită dar extrem de utilă în contextul economic actual. Scopul acestei lucrări este să reliefeze modul în care această instituție a apărut în dreptul românesc arătând și care este situația în această materie în cele mai importante sisteme de drept European dar și la nivelul Uniunii Europene. De asemenea, ne-am propus să redăm atât aspectele teoretice care vizează condițiile sau efectele instituției dar să prezentăm și aspectele practice cu care ne-am confruntat în această materie.

Cuvinte-cheie: *impreviziune, disproporție între prestații, adaptare, reziliere, noul Cod Civil*

Cadru conceptual și aspect istorice

Pentru foarte multă vreme, teoria impreviziunii nu a fost acceptată în doctrină dar nici în practica judecătorească sau în legislație, considerându-se că principiul stabilității contractelor este mult mai important pentru siguranța circuitului civil decât adaptarea contractului la împrejurările neprevăzute ce au afectat echilibrul prestațiilor contractuale avute în vedere la momentul contractării.

În dreptul roman, principiul pacta sunt servanda¹ putea fi eludat dacă îndeplinirea obligațiilor contractuale devenea imposibilă pentru ambele părți. În mod similar, dacă doar una dintre cele două părți se afla în imposibilitatea executării obligațiilor ce rezultau din contract și demonstra lipsa neglijenței sau a culpei în realizarea contractului, această parte putea să nu își execute obligațiile.

* Asist. univ. dr. în cadrul Facultății de Drept a Universității București, Avocat în Baroul București

** Avocat în Baroul București, Mediator și conciliator în cadrul Centrului de Soluționare Alternativă a Litigiilor în Domeniul Bancar

¹ Pactele se execută întocmai cum au fost încheiate

Cu toate acestea, principiile fundamentale specific dreptului roman, sacralitatea contractelor și formalismul specific actelor juridice romane, duce la concluzia respingerii teoriei impreviziunii.

Dacă obligațiile împovărătoare puteau fi totuși îndeplinite, deci nu erau imposibile, părțile nu putea invoca clauza rebus sic stantibus² (contractus qui habent tractum successivum vel dependentia del future rebus sic stantibus intelliguntur). Se considera că orice contract conține o clauză implicită conform căreia elementele esențiale ale contractului trebuiau să rămână neschimbate.

În secolul al IX lea apare pentru prima dată conceptul de teorie a impreviziunii, fiind formulată de Sf. Thomas d'Aquino. În concepția sa, atunci când executarea unui contract sinalagmatic devine prea oneroasă pentru una dintre părțile contractante, clauzele convenției trebuie revizuite pentru a restabili echilibrul valoric al prestațiilor. Teoria, apărută inițial în dreptul canonic a pătruns treptat și în dreptul laic dar nu a fost preluată sau utilizată de specialiștii dreptului din secolele XVI-XVII.

Principiul rebus sic stantibus, specific dreptului internațional, este preluat și de doctrina juridică europeană după primul război mondial, atunci când efectele economice negative ale conflagrației au afectat profund echilibrul contractual. Dezbaterea cu privire la aplicabilitatea adagiului în dreptul intern a fost reluată după cel de-al doilea război mondial, însă, de această dată, soluțiile din doctrină au diferit în funcție de tabăra în care se afla statul beligerant. În Estul Europei, țările devenite „socialiste” nu au admis aplicarea teoriei impreviziunii. În schimb, în Vest doctrina și practica au acceptat nuanțat aplicarea adagiului rebus sin stantibus³.

În doctrină, teoria impreviziunii a fost definită ca fiind paguba pe care o suferă una dintre părțile contractante ca urmare a dezechilibrului grav de valoare care intervine între prestațiile sale și contraprestațiile celeilalte părți, în cursul executării contractului, determinat de fluctuații monetare, care, cel mai adesea constau într-o inflație galopantă⁴.

Instituția impreviziunii se aseamănă cu conceptul de leziune, prin aceea că în cazul ambelor instituții este vorba despre un dezechilibru care se produce ca urmare a unei creșteri considerabile a prețurilor dar, se deosebește prin faptul că în cazul impreviziunii disproporția apare ulterior și nu este prezentă de la momentul încheierii contractului, ca în cazul leziunii.

În această materie, terminologia utilizată pentru a desemna regula rebus sic stantibus este extrem de variată, folosindu-se, așa cum vom vedea mai departe, termeni precum: schimbarea circumstanțelor (art. 6:111 din Principiile Dreptului European al Contractelor), clauza de hardship (Capitolul 6, Secțiunea 2 din Principiile UNIDROIT aplicabile contractelor comerciale internaționale), frustration of purpose (dreptul britanic), Geschäftsgrundlage (dreptul german) sau eccessiva onerosita (dreptul italian)⁵.

Teoria impreviziunii în principalele sisteme de drept europene

Dreptul francez nu admite teoria impreviziunii. Printr-o sentință pronunțată la 6 martie 1876, în cauza Canal de Craponne, Curtea de Casație a interzis tuturor instanțelor de

² Intervenția unor schimbări care modifică situația de la momentul încheierii contractului

³ BELEIU, Gheorghe, *Teoria impreviziunii – Rebus sic stantibus – în dreptul civil*, Revista Dreptul nr. 10-11/2003, p. 32-33

⁴ POP, Liviu, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 66

⁵ ZAMȘA, Cristina, *Teoria impreviziunii. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2006.

judecată revizuirea sau chiar desființarea contractelor datorită impreviziunii. În concret, instanța supremă nu a acceptat să modifice taxa datorată de beneficiarii unui canal de irigații proprietarului deși, după trei secole de la încheierea contractului, veniturile obținute nu permiteau nici măcar acoperirea cheltuielilor de întreținere argumentându-și hotărârea prin invocarea faptului că instanțele nu pot modifica clauzele consimțite în mod liber de către părți chiar dacă o astfel de soluție ar putea să pară echitabilă. O soluție diferită a fost adoptată de instanțele de judecată în materia dreptului administrativ, într-o sentință pronunțată la 30 martie 1916 în speța Gaz de Bordeaux. Astfel, s-a admis revizuirea contractelor în cazul modificării circumstanțelor de la momentul încheierii contractului dar doar în materia dreptului administrativ, considerându-se că dată fiind necesitatea continuității serviciilor publice, concesionarul nu poate lucra în pierdere căci ar putea să își înceteze activitatea⁶.

Dreptul german acceptă teoria impreviziunii – *Geschäftsgrundlage*, temeiul juridic fiind art. 242 din Codul Civil german⁷ care reglementează executarea cu bună credință a obligațiilor. Magistratul poate adapta contractul cu condiția ca schimbarea circumstanțelor să nu fie imputabilă debitorului.

Dreptul italian instituie prin articolele 1467 și 1468 din Codul Civil teoria impreviziunii⁸. În cazul contractelor cu executare periodică sau continuă precum și în cazul celor cu executare diferită, dacă prestația uneia dintre părți este excesiv de oneroasă din cauza unor evenimente extraordinare și imprevizibile, aceasta poate cere rezoluțiunea contractului. Cocontractantul său poate evita rezoluțiunea dacă acceptă să modifice echitabil condițiile din contract.

În sistemul de drept britanic a fost recunoscută doctrina frustrării contractuale – „*Frustration of the Contract*” ce presupune că în situația în care din cauza unor evenimente neașteptate obligațiile contractuale devin imposibil de executat sau intenția inițială a părților este modificată, contractul poate fi reziliat. Fundamentul acestei teorii constă în apariția „frustrării” date fiind circumstanțele noi care antrenează o schimbare radicală a obligației contractuale, și prin urmare, dizolvarea legăturii de drept existente inițiale. Doctrina este completată cu dispozițiile Legii – *The Law Reform (Frustrated Contracts)* din anul 1943⁹ care statuează că sumele plătite de o parte, anterior frustrării, vor fi restituite. Cu toate acestea, dacă cealaltă parte a efectuat deja anumite cheltuieli, ea ar putea reține acele sume. Interesant este că dispozițiile legii britanice sunt supletive, ele operând doar în situația în care stipulațiile convenționale exprese lipsesc.

Pe plan european, Uniunea Europeană a consacrat în *Principiile Dreptului Contractual European*, art. 6:111¹⁰, ipoteza modificării circumstanțelor existente la momentul încheierii

⁶ Le conseil d'Etat et la Juridiction Administrative, Decisions, Avis & Publications, Les decisions les plus importantes du Conseil d'Etat, 30 mars 1916 – Compagnie generale d'eclairage de Bordeaux, pagină accesată la 28 februarie 2016, <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/30-mars-1916-Compagnie-generale-d-eclairage-de-Bordeaux>

⁷ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, German Civil Code, site accesat la data de 29 februarie 2016, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0258

⁸ Cardozo Institute, The Cardozo Electronic Law Bulletin, Il Codice Civile Italiano, site accesat la data de 29 februarie 2016, http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm

⁹ The National Archives, Legislation, Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, site accesat la data de 29 februarie 2016, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40>

¹⁰ Lex Mercatoria, The Principles of the European Contract Law, Site accesat la data de 27 februarie 2016, <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html>

contractului. În principiu, o parte este ținută să își îndeplinească obligațiile chiar dacă prestația sa a devenit mai oneroasă. Cu toate acestea, dacă obligațiile contractuale devin excesiv de oneroase, părțile pot negocia în vederea adaptării contractului sau rezilierii lui. Reglementarea europeană impune și câteva condiții ce trebuie avute în vedere – schimbarea circumstanțelor să aibă loc după momentul încheierii contractului, părțile să nu fi putut să prevadă această modificare la momentul încheierii contractului și riscul schimbării circumstanțelor să nu cadă în sarcina uneia dintre părți. În situația în care părțile nu ajung la o înțelegere, instanța sesizată poate rezilia contractul sau adapta astfel încât să distribuie în mod echitabil pierderile și câștigurile ce rezultă din schimbarea circumstanțelor.

Din doctrina și jurisprudența europeană reiese că, în prezent, teoria impreviziunii, se bazează în primul rând, pe ideea revizuirii contractului, destinată salvării acestuia spre deosebire de teoria clasică în care contractul era desființat.

Teoria impreviziunii în dreptul român

Legislația română de după 1990 nu reglementa, până la adoptarea noului Cod Civil, în niciun act normativ posibilitatea părților sau a judecătorului de a revizui contractele pentru impreviziune. Această viziune corespundea concepției stabilității contractelor ce presupunea imposibilitatea revizuirii sau adaptării lor în situația în care de la data încheierii lor și până la data executării apar circumstanțe ce afectează profund echilibrul contractual.

Întrucât Codul Civil român anterior nu reglementa regula *rebus sic stantibus*, practicienii dreptului au făcut apel la dispozițiile art. 977 Cod Civil (referitor la interpretarea contractelor) sau la art. 970 Cod Civil (executarea cu bună credință a obligațiilor) pentru aplicarea principiului impreviziunii.

Teoria impreviziunii în Noul Cod Civil

Sediul materiei îl reprezintă art. 1271 Cod Civil, articol ce se regăsește în Capitolul 1, Secțiunea a 6a. Impreviziunea este precedată în noua reglementare de articolul ce reiterează principiul *pacta sunt servanda*, dându-ne impresia fie că regula *rebus sic stantibus* este o excepție de la principiul efectelor obligatorii ale contractelor sau din contră, completând această dispoziție.

Art. 1271 se inspiră și totodată corespunde regulilor enunțate în Principiile Dreptului European al Contractelor. Se menționează astfel că părțile sunt ținute să își execute obligațiile, chiar și atunci când executarea lor devine mai oneroasă, datorită creșterii costurilor executării propriiei obligații sau datorită scăderii valorii contraprestației.

Condițiile cerute de legiuitor pentru aplicarea teoriei impreviziunii sunt enunțate în alin. 3 al aceluiași articol și presupun următoarele:

1. *Schimbarea împrejurărilor* sau a condițiilor avute în vedere la încheierea contractului. Aceste schimbări sunt cele care determină ca executarea obligațiilor să fie mult mai oneroasă decât la data încheierii contractului. Circumstanțele care intervin sunt de cele mai multe ori legate de creșterea sau scăderea prețurilor pe anumite piețe însă inflația nu este singurul motiv care determină aplicarea impreviziunii.

2. Modificarea circumstanțelor să fie *străină voinței debitorului* și să fie *ulterioară* încheierii contractului.

3. Schimbarea împrejurărilor să genereze o *disproporție vădită* între prestații. Astfel, este esențial ca circumstanțele intervenite să afecteze echilibrul contractual.

4. Debitorul *să nu își fi asumat riscul schimbării* împrejurărilor și nici să nu fi putut în mod rezonabil considera că și-ar fi asumat acest risc.

Soluțiile oferite de Codul Civil sunt reglementate în alin. 2 al art. 1271 C. civ. sub forma efectelor impreviziunii:

1. Negocierea adaptării rezonabile și echitabile a contractului care trebuie să fie propusă de către debitor

2. Adaptarea contractului de către instanța de judecată

3. Încetarea contractului dispusă de către instanța competentă.

Observăm că negocierea contractului și încercarea de reșezare a sa la noile realități economice apare ca o procedură prealabilă sesizării instanței de judecată. Doar în ipoteza în care negocierea dintre părți nu are ca efect o adaptare rezonabilă și echitabilă a contractului, partea interesată se poate adresa instanțelor competente. În această a doua etapă, instanța poate fie adapta contractul fie decide rezilierea sa. Din art. 2 rezultă și concepția legiuitorului român cu privire la impreviziune. Astfel, reechilibrarea prestațiilor este esențială în momentul aplicării impreviziunii, urmărindu-se salvarea contractului. Doar în extremis contractul este reziliat, dacă disproporția vădită dintre prestații afectează grav echilibrul contractual.

Impreviziunea a fost fundamentată în doctrină pe diverse teorii: *rebus sic stantibus*, teoria bunei credințe și a echității, îmbogățirea fără justă cauză, abuzul de drept sau forța majoră¹¹. Opinia majoritară în doctrină pune accentul pe utilitatea socială a contractului și pe faptul că deși contractul este legea părților, voința cocontractanților nu poate fi scoasă din contextul economic și social în care aceasta a fost exprimată¹². Considerăm că fiecare dintre aceste teorii poate explica într-o anumită măsură teoria impreviziunii însă aceasta trebuie văzută și ca o soluție, un remediu ce se află la îndemâna părților pentru ca acestea să poată salva contractul.

Aspecte practice

În practică ne-am confruntat cu o speță ce pune problema aplicării teoriei impreviziunii într-o piață reglementată și anume piața de energie electrică. Astfel, Societatea DGS a încheiat contractul de vânzare-cumpărare a energiei electrice cu societatea furnizoare FS, contract ce a început la data de 01.01.2012 și care urmează a înceta să mai producă efecte juridice la data de 31.12.2012. Așadar, societatea DGS a negociat și încheiat, în condițiile pieței din luna decembrie a anului 2011, contractul de vânzare-cumpărare sus-amintit la prețul de 226,75 lei/MWh. Însă, de la momentul semnării contractului și până în prezent pe piața tranzacțiilor cu energie electrică administrată de către – Operatorul Pieței de Energie Electrică și Gaze Naturale „OPCOM” SA tranzacțiile cu energie electrică au crescut considerabil prin comparație cu tranzacțiile din anul 2011 și astfel, în primele șase luni ale anului curent, a fost tranzacționată energie electrică în quantum total de 650 mil. euro, piața energiei electrice înregistrând o creștere de 85% față de anul trecut.

Potrivit datelor centralizate, în primele șase luni ale acestui an, pe platforma contractelor bilaterale au fost încheiate aproape 270 de tranzacții, în timp ce în perioada similară a anului trecut au fost semnate numai 31 de contracte. Totodată, în primele șase luni ale anului trecut singurii vânzători de energie electrică pe piață erau marile complexuri

¹¹ RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, ed. 4^e, LGDJ, Paris, 1994, p. 151 sau VOIRIN, Pierre, *Droit civil*, Vol I, ed. 23^e, LGDJ, Paris, 1991, p. 363

¹² ANTON, Gabriel, *Teoria impreviziunii în dreptul roman și în dreptul comparat*, Revista Dreptul nr. 7/2000, p. 25

energetice și Electrocentrale Galați, anul acesta în ringul tranzacțiilor cu energie au intrat și producătorii de energie regenerabilă, solară și eoliană, dar și Hidroelectrică și Nuclearelectrică, acest din urmă producător a semnat de altfel și cel mai mare contract de până acum, cel cu ArcelorMittal Galați. Principala explicație pentru scăderea prețului, atât pe piața spot (*Piața pentru Ziua Următoare, PZU – n.n.*)¹³, cât și pe piața contractelor bilaterale, a fost evoluția consumului de energie, care s-a redus cu 5% în prima jumătate a anului. La aceasta s-a adăugat un an hidrologic foarte bun, dar și o producție semnificativă de energie eoliană. Prin urmare, o serie de factori aleatorii au influențat prețul energiei electrice, factori, care nu puteau fi prevăzuți sau estimați în mod clar la momentul semnării contractului. Toate evenimentele care s-au succedat pe piața tranzacționării energiei electrice au avut un caracter neprevăzut ce au determinat o scădere substanțială a prețului energiei electrice.

În acest context, obligația a devenit extem de oneroasă, astfel, competitivitatea a avut de suferit foarte mult, partenerii au reziliat contractele și s-au reorientat către alți furnizori care pot asigura un preț ce este conform realității din piață. Date fiind aceste circumstanțe, am decis să îi com, DSG a comunicat co-contractantei FS SRL, intenția de a diminua prețul pe MWh, dat fiind faptul că și companiile partenerie, cu care subscrisa are la rândul ei contracte, au solicitat scăderea prețului și în caz de imposibilitate rezilierea contractelor, tocmai datorită faptului că prețul mediu pe platforma administrată de OPCOM a scăzut drastic.

La data de 14.08.2011, societatea DGS revine și îi reiterează partenerului faptul că din pricina scăderii prețului la energie electrică, toți partenerii acestora, care achiziționau energie, s-au reorientat către alți furnizori și prin urmare, nu mai au posibilitatea de a vinde energia achiziționată de la aceasta. Toate solicitările firmei DSG se fundamentează pe principiul **REBUS SIC STANTIBUS**, echilibrul valoric din contract fiind grav afectat de toate evenimentele neprevăzute care au influențat scăderea prețului la MWh și am solicitat în acest sens suspendarea temporară a contractului, pentru o lună.

Urmare a adresei DSG, firma FS, revine cu o adresa și, succint, aceasta precizează faptul că a analizat solicitările însă, nu au „putut găsi o soluție pentru a fi de acord cu suspendarea temporară a contractelor [...]”, deoarece aceasta are alte obligații corelate strâns legate de executarea acestor contracte. Prin urmare, la toate solicitările DSG, formulate în termen rezonabil, FS refuză sistematic să răspundă afirmativ sau să dea dovadă de minime intenții privind restabilirea unui echilibru contractual deși legal dar și în mod profesionist aceasta ar fi putut da curs solicitărilor.

În lumina acestor discuții/evenimente, DSG a decis să apeleze la un mediator pentru a încerca să rezolv această situație pe calea medierii și astfel la data de 29.08.2012 am apelat la Mediator CP care a emis către FS, invitația la procedura de prezentare a avantajelor medierii nr. XX din data de 29.08.2012. Toate aceste proceduri s-au finalizat prin întocmirea la data de 04.09.2012 de către Mediator CP a procesului-verbal nr. [...] prin care s-a luat act că nu s-a putut realiza informarea din cauza faptului că firma FS nu a dat curs invitației de a se prezenta la ședința de informare.

Date fiind realitățile din piață, evenimentele neprevăzute care au determinat scăderea drastică a prețului la energie electrică, DSG solicită instanței de judecată să constate intervenite condițiile privind existența unei cauze de IMPREVIZIUNE întrucât executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă pentru aceasta, schimbările din piața de energie

¹³ Pe piața spot sau Piața pentru Ziua Următoare (PZU) se tranzacționează energie electrică de către companiile care au nevoie urgentă de electricitate pentru a-și acoperi consumul sau companiile care au exces de energie și trebuie să o vândă rapid.

electrică au avut caracter excepțional care au determinat scăderea prețului, în medie, cu 65,49% față de prețul la care subscrisa sunt nevoită să execut contractul.

Pe cale de consecință, DSG a solicitat să se admită acțiunea, să se dispună adaptarea contractului de vânzare-cumpărare a energiei electrice nr. din data de 17.12.2011 în sensul reducerii prețului MWh de la 226,75 lei, la 190 lei/MWh și în subsidiar să se dispună încetarea contractului pentru obligații excesiv de oneroase și injuste pentru subscrisa, *prin constatarea cauzelor privind intervenirea impreviziunii după cum urmează:*

- schimbarea împrejurărilor a intervenit după încheierea contractului;
- schimbarea împrejurărilor, precum și întinderea acestora nu au fost și nici nu puteau fi avute în vedere de către debitor, în mod rezonabil, la momentul încheierii contractului;
- DGS nu și-a asumat riscul schimbării împrejurărilor și nici nu se poate considera că mi-am asumat acest risc;
- DGS, a încercat în termen rezonabil și cu bună-credință, negocierea adaptării rezonabile și echitabile a contractului.

În apărare, pârâta FS a susținut că prevederile Ordinului 6/2011 al ANRE interzic introducerea de clauze care să modifice ulterior contractul, instanța respingând acțiunea pentru acest motiv.

Instanța a reținut apărările intimetei care a invocat prevederile art. 7 alin. (1) pct. 1 lit. d) teza a doua din Regulamentul privind cadrul organizat de tranzacționare a contractelor bilaterale de energie electrică, adoptat prin Ordinul nr. 6/2011 a Președintelui ANRE (Autorității Naționale de Reglementare în domeniul Energiei). Conform articolului invocat de intimată și acceptat de către instanța de judecată, observăm că acesta prevede că: *Este interzisă includerea în contractul propus de clauze de modificare ulterioară prin înțelegerea părților.*

Ordinul indicat nu aduce atingere prevederilor Codului Civil referitoare la impreviziune și nici dacă ar fi fost consemnat *expressis verbis* acest aspect, nu ar fi fost legal, deoarece ordinul are o forță infra-legislativă față de Codul Civil ce reglementează teoria impreviziunii ca excepție de la forța obligatorie a contractelor.

Acesteia nu i-au fost limitate drepturile de a se adresa instanței de judecată în temeiul Codului Civil și nici instanțelor de judecată nu le-au fost limitate puterile prin emiterea unui ordin, motiv pentru care s-a solicitat analizarea îndeplinirii condițiilor privind impreviziunea în cazul contractului.

Concluzionând, impreviziunea este exemplul cel mai elocvent de îmbinare a normelor de drept civil cu realitatea economică contemporană, rolul său fiind de a restaura interesul pentru executarea contractelor în noile circumstanțe, prin adaptarea sa. Cu siguranță că reprezintă o instituție ce va aduce mari provocări în practica instanțelor după cum se observă și din speța ilustrată în lucrare. Trebuie să privim impreviziunea ca o modalitate de raportare a noilor realități juridice și economice la provocările zilelor noastre dar și ca o încercare de asigurare a executării câtor mai multe contracte a căror existență ar fi fost altfel periclitată.

ROLUL DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT ÎN NOUA ORDINE JURIDICĂ EUROPEANĂ

Nicoleta DIACONU*

Abstract:

Creating a unified system of law in the European Union has led to a tendency to standardize private international law at European level. More and more private institutions are governed by regulations and directives unified union.

Simplification of private law in the new European legal order is achieved through assimilation of regulations developed at EU level. However, many institutions remain private law differentiated specifics pertaining to national legislation.

Beyond the common elements between systems of the Member States of the European Union, there are still some differences that hinder the adoption of a European Civil Code and thus constitute obstacles to the establishment of a European private law.

Keywords: *Private international law; uniformity; simplification; european legal order; judicial cooperation in civil matters; european private law*

Rezumat:

Crearea unui sistem unitar de drept în cadrul Uniunii Europene a condus la o tendință de uniformizare a dreptului internațional privat la nivel european. Tot mai multe instituții de drept privat sunt reglementate unitar prin regulamente și directive unionale.

Simplificarea dreptului privat în noua ordine juridică europeană se realizează prin asimilarea unor reglementări elaborate la nivelul Uniunii Europene. Totuși, rămân numeroase instituții de drept privat diferite, care țin de specificul legislativ național.

Dincolo de elementele comune dintre sistemele de drept ale statelor membre ale Uniunii Europene, există încă o serie de divergențe care stau în calea adoptării unui Cod civil European și care implicit, constituie piedici în calea constituirii unui drept privat european.

Cuvinte-cheie: *Drept internațional privat; uniformizare; simplificare; ordine juridică europeană; cooperare judiciară în materie civilă; drept privat european*

1. Tendința contemporană de uniformizare a dreptului internațional privat

Dreptul internațional privat român este supus unor transformări majore, determinate de calitatea de stat membru al Uniunii Europene, care implică aplicarea directă și prioritară a reglementărilor unionale în ordinea juridical națională.

În prezent asistăm la o nouă tendință de soluționare a conflictelor de legi în materie civilă, constând în utilizarea normelor materiale uniforme în reglementarea raporturilor juridice cu element străin. De asemenea, constatăm existența unor preocupări tot mai susținute din partea organizațiilor internaționale de a oferi o reglementare comună, aplicabilă mai multor state, în domenii specifice ale dreptului internațional privat. O astfel

* Prof. univ. dr., Universitatea „Spiru Haret” București; Prof. abilitat Academia de Poliție „Al.I. Cuza”, București; E-mail: nicoled58@yahoo.com

de preocupare are efecte practice pozitive atâta timp cât sunt respectate principiile dreptului internațional public, în primul rând principiul suveranității naționale a statelor.

Globalizarea generează modificări complexe în câmpul de aplicare a dreptului, deformând capacitatea sistemelor naționale de drept de a realiza un ansamblu normativ adecvat cerințelor specifice, naționale.

În acest sens, reglementările comune adoptate pe calea convențiilor internaționale, au efect pozitiv în măsura în care fiecare stat implicat se poate pronunța cu privire la aplicarea pe teritoriul său a unor norme juridice cu caracter internațional.

Evoluția relațiilor internaționale și diversificarea formelor de cooperare dintre state au condus la modificarea conținutului unor ramuri de drept sau la cristalizarea unor ramuri noi de drept, care reunesc norme juridice ce corespund noilor realități istorico-sociale.

În acest context, asistăm la o adaptare a dreptului internațional privat la noile realități contemporane, caracterizate prin accentuarea conexiunilor între structurile organizatorice internaționale.

Volumul mare al reglementărilor adoptate la nivel internațional (în special la nivel european) în anumite domenii distincte ale dreptului privat ar putea conduce la specializarea unor subramuri specifice ale dreptului civil internațional, în funcție de domeniile de referință avute în vedere.

Având în vedere aceste realități contemporane se pune întrebarea dacă se poate vorbi despre un drept internațional privat european? Ce este dreptul internațional privat european? În literatura de specialitate¹ s-a exprimat opinia că „dreptul internațional privat european (numit și conflict de legi) constă în norme juridice care răspund la următoarele probleme:

1) ce instanță de stat are competență jurisdicțională în materii private ce au implicații transfrontaliere?

2) legislația cărui stat se aplică în aceste materii private cu implicații transfrontaliere? și

3) în ce condiții poate o hotărâre străină să fie recunoscută și executată într-un alt stat membru al Uniunii Europene?

Atributul de „european” are în vedere faptul că entitatea ce adoptă normele dreptului internațional privat de pe continent este Uniunea Europeană.²

Adoptarea unui număr însemnat de instrumente juridice la nivel unional în domeniile dreptului civil conduce la europenizarea treptată a dreptului internațional privat.

Actualul cadru normative al Uniunii Europene ajută la simplificarea dreptului privat în statele membre, fără să ajungă la stadiul uniformizării absolute. Astfel, constatăm că nu sunt acoperite încă de reglementări toate domeniile dreptului privat, precum și faptul că nu s-a realizat o codificare uniform în cadrul unui instrument juridic unic, gen Cod Civil European.

Simplificarea poate implica, la nivel tehnic, recurgerea la un act normativ unic, cu portanță europeană, care să reglementeze un număr mare de aspecte privind dreptul privat³.

¹ Ivana Kunda și Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho în „*Ghid Practic privind Dreptul Internațional Privat European*”, p. 3. <http://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2012/08/Manual-romana-integral-1.pdf>

² Nadia Cerasela Aniței, „*Lecții de drept internațional privat român*”, Ed. Lumen, p. 46.

³ Andrei Dușu Buzura, „*Simplificarea dreptului privat. Aspecte de drept European*”, volumul Sesiunii științifice a Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Simplificarea – imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului, 17 aprilie 2015, Ed. Universul Juridic, București, 2015. <http://www.universuljuridic.ro/simplificarea-dreptului-privat-aspecte-de-drept-european/>

Această nouă abordare ar avea ca scop simplificarea reglementării și sporirea calității textelor legale.⁴

Tendința de uniformizare a reglementărilor adoptate în materia dreptului internațional privat creează impresia greșită a lipșirii de conținut a acestei ramuri de drept la nivel național.

În realitate, chiar dacă legiuitorul național optează pentru aplicarea unor norme juridice uniforme în anumite domenii ale dreptului privat, principiile generale de drept sunt elaborate în funcție de interesele specifice ale statelor naționale, pe baza suveranității naționale a acestora, ținând cont de specificul legislativ național.

2. Reglementările Uniunii Europene privind cooperarea judiciară în materie civilă

2.1. Dispozițiile Tratatului de la Lisabona privind cooperarea judiciară în materie civilă

Cooperarea judiciară în materie civilă reprezintă un domeniu relativ nou al preocupărilor unionale, care nu a fost prevăzut în tratatele inițiale.

Tratatul de la Maastricht include cooperarea judiciară în materie civilă în pilonul interguvernamental privind cooperarea în domeniul justiției și afacerilor interne (JAI).

Ulterior, Tratatul de la Lisabona renunță la arhitectura pe piloni comunitari, aspectele ce țineau de domeniul JAI fiind incluse în politicile interne ale Uniunii, sub denumirea de „spațiu de libertate, securitate și justiție”.

Tratatul de la Lisabona definește Uniunea ca fiind un spațiu de libertate, securitate și justiție, având ca valori fundamentale respectarea drepturilor omului și a diferitelor sisteme și tradiții juridice ale statelor membre.

În prezent, « *Spațiul de libertate, securitate și justiție* » face parte integrantă din politicile și acțiunile interne ale Uniunii, domeniile reglementate fiind incluse în TFUE.

În acest domeniu tratatul conține reglementări privind:

- „Politicile privind controlul la frontiere, dreptul de azil și imigrarea” art. 77-79TFUE;
- „Cooperarea judiciară în materie civilă”, art. 81-TFUE;
- „Cooperarea judiciară în materie penală”, art. 82-86TFUE;
- „Cooperarea polițienească”, art. 87-89TFUE.

Conform dispoz. art. 81 TFUE, Uniunea dezvoltă o cooperare judiciară în materie civilă cu incidență transfrontalieră, întemeiată pe principiul recunoașterii reciproce a deciziilor judiciare și extrajudiciare.

Această cooperare poate include adoptarea unor măsuri de apropiere a actelor cu putere de lege și a normelor administrative ale statelor membre.

Parlamentul European și Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară, adoptă măsuri, în special atunci când acestea sunt necesare pentru buna funcționare a pieței interne, care urmăresc să asigure:

- a) recunoașterea reciprocă între statele membre a deciziilor judiciare și extrajudiciare și executarea acestora;
- b) comunicarea și notificarea transfrontalieră a actelor judiciare și extrajudiciare;
- c) compatibilitatea normelor aplicabile în statele membre în materie de conflict de legi și de competență;

⁴ Mircea Duțu, „Dreptul suplu”, între concept și practică, în rev. Pandectele Române, nr. 6/2014, p. 11.

- d) cooperarea în materie de obținere a probelor;
- e) accesul efectiv la justiție;
- f) eliminarea obstacolelor din calea bunei desfășurări a procedurilor civile, la nevoie prin favorizarea compatibilității normelor de procedură civilă aplicabile în statele membre;
- g) dezvoltarea unor metode alternative de soluționare a litigiilor;
- h) sprijinirea formării profesionale a magistraților și a personalului din justiție.

Prin derogare, măsurile privind dreptul familiei care au implicații transfrontaliere sunt stabilite de către Consiliu, care hotărăște în conformitate cu o procedură legislativă specială. Acesta hotărăște în unanimitate, după consultarea Parlamentului European.

Consiliul, la propunerea Comisiei, poate adopta o decizie care să determine aspectele din dreptul familiei care au implicații transfrontaliere, care ar putea face obiectul unor acte adoptate prin procedura legislativă ordinară. Consiliul hotărăște în unanimitate, după consultarea Parlamentului European.

Propunerea se transmite parlamentelor naționale. În cazul opoziției unui parlament național, notificate în termen de șase luni de la această transmitere, decizia nu se adoptă. În cazul în care nu există nicio opoziție, Consiliul poate adopta respectiva decizie.

2.2. Dreptul derivat al Uniunii Europene privind cooperarea judiciară în materie civilă

Pornind de la dispozițiile cu caracter general ale tratatelor, instituțiile Uniunii Europene au adoptat o paletă largă de reglementări derivate aplicabile în materie civilă, în domenii variate, ca de exemplu:

A. Stabilirea jurisdicției competente, recunoașterea și executarea deciziilor judiciare și extrajudiciare

- Regulamentul (CE) nr. 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială („Regulamentul Bruxelles I”).

- Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești („Regulamentul Bruxelles IIa”).

- Regulamentul (UE) nr. 650/2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui *certificat european de moștenitor*.

- Regulamentul (CE) nr. 4/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de *obligații de întreținere*.

B. Soluționarea conflictelor de legi materiale

- Regulamentul (CE) nr. 593/2008 din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă *obligațiilor contractuale* (Regulamentul Roma I).

- Regulamentul (CE) nr. 864/2007 din 11 iulie 2007 privind *legea aplicabilă obligațiilor necontractuale* (Regulamentul Roma II) a permis elaborarea unui set uniform de norme privind conflictul dintre legi pentru obligațiile necontractuale în materie civilă și comercială.

- Convenția și Protocolul de la Haga 2007 privind *legea aplicabilă obligațiilor de întreținere*

- Regulamentul (UE) nr. 1259/2010 *privind legislația aplicabilă divorțului și separării de drept*.

C. Accesul la justiție

- Directiva 2003/8/CE, care stabilește norme minime comune privind *asistența juridică*.
- Regulamentul (CE) nr. 861/2007 de stabilire a unei *proceduri europene cu privire la cererile cu valoare redusă*

- Regulamentul (CE) nr. 1896/2006 de instituire a unei *proceduri europene de somație de plată (modificat)*. Aceste proceduri sunt facultative și complementare procedurilor prevăzute în dreptul național.

- Directiva 2008/52/CE stabilește norme comune privind *anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială* în scopul consolidării securității juridice și, în consecință, al încurajării recurgerii la acest mod de soluționare a litigiilor.

- Regulamentul (CE) nr. 805/2004 privind crearea unui *titlu executoriu european* pentru creanțele necontestate.

- *Directiva 2004/80/CE privind despăgubirea civilă a victimelor infracțiunilor.*

D. Cooperarea transfrontalieră

- Regulamentul (CE) nr. 1393/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 noiembrie 2007 are ca obiectiv *simplificarea și accelerarea transmiterii între statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare*, în scopul comunicării sau notificării și, prin urmare, a creșterii eficacității și rapidității procedurilor judiciare.

- Regulamentul (CE) nr. 1206/2001. în domeniul *obținerii de probe în materie civilă și comercială*.

- Prin Decizia nr. 2001/470/CE din 28 mai 2001 a Consiliului a fost creată o *Rețea Judiciară Europeană în materie civilă și comercială*). modificată prin Decizia nr. 568/2009/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 18 iunie 2009

Rețeaua este compusă din punctele de contact desemnate de statele membre, din autoritățile centrale prevăzute în anumite instrumente ale Uniunii, din magistrații de legătură și din alte autorități cu responsabilități în domeniul cooperării judiciare dintre actorii statali (judecători, autorități centrale).

- Dezvoltarea utilizării tehnologiilor informației și comunicațiilor în administrarea justiției constituie un alt instrument de simplificare a cooperării judiciare în materie civilă. Acest proiect a fost lansat în iunie 2007 și s-a concretizat printr-o *strategie europeană în materie de e-Justiție*.

Dintre instrumentele e-Justiției fac parte: portalul european e-Justiție, care are ca scop facilitarea accesului la justiție cetățenilor și întreprinderilor din întreaga Uniune; interconectarea cazierelor judiciare naționale la nivel european; o mai bună utilizare a videoconferințelor în procedurile judiciare și a instrumentelor de traducere inovatoare, precum traducerea automatizată, formularele dinamice și o bază de date europeană a traducătorilor și interpreților din domeniul juridic.

3. Coordonatele juridice ale aplicării dreptului internațional privat român

Legea nr. 105/1992 privind reglementarea raporturilor juridice de drept internațional privat a reprezentat cadrul juridic de bază a dreptului internațional privat român, conținând dispoziții unitare atât cu privire la determinarea legii materiale, cât și a legii procedurale, privind raporturile juridice cu element de extraneitate.

În prezent reglementările cu caracter general aplicabile dreptului internațional privat sunt cuprinse în următoarele acte normative:

a) – *Codul civil*⁵, cuprinde în cartea a VII-a „Dispoziții de drept internațional privat (art. 2.557- 2663). Dispozițiile Codului civil sunt completate cu reglementări cuprinse în celelalte izvoare de drept intern, precum și cu reglementări cuprinse în izvoare internaționale.

Dispozițiile Codului civil fac trimitere la anumite *reglementări internaționale sau ale Uniunii Europene, care se aplică cu prioritate în ordinea juridică națională*, după cum urmează:

- art. 4 privind „Aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului”;

- art. 5 privind „Aplicarea prioritară a dreptului Uniunii Europene”;

- art. 2611 privind legea aplicabilă privind autoritatea părintească și protecția copiilor, care se stabilește potrivit Convenției de la Haga din 1996;

- art. 2640 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale, care se determină potrivit reglementărilor dreptului Uniunii Europene; În materiile care nu intră sub incidența acestor reglementări se vor aplica dispozițiile Codului civil privind actul juridic, dacă nu se prevede altfel prin convenții internaționale sau prin dispoziții speciale;

- art. 2641 privind legea aplicabilă obligațiilor extracontractuale, care se determină potrivit dreptului Uniunii Europene. În materiile care nu intră sub incidența acestor reglementări se aplică legea care cârmuiește fondul raportului juridic preexistent între părți, dacă nu se prevede altfel prin convenții internaționale sau prin dispoziții special.

Codul civil reunește într-un singur document ansamblul reglementărilor de drept substanțial aplicabile în domeniul dreptului privat cu/și fără element de extraneitate⁶.

b) – *Codul de procedură civilă*⁷, cuprinde în cartea a VII-a dispoziții privind „Procesul civil internațional” (art. 1050-1118).

Dacă dispozițiile aplicabile raporturilor juridice de drept privat substanțial cu element de extraneitate sunt cuprinse în cartea a VII-a din Codul civil, cele aplicabile aspectelor de ordin procedural sunt cuprinse în cartea a VII-a din Codul de procedură civilă.

⁵ Codul civil a fost adoptat prin Legea nr. 287/2009 – Publicată în Monitorul Oficial nr.511 din 24 iulie 2009. Modificată prin Legea nr. 71/2011 și rectificată în Monitorul Oficial nr.427 din 17 iunie 2011 și nr. 489 din 8 iulie 2011. Republicată în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009. Modificată prin Legea nr. 60/2012 privind aprobarea O.U.G. nr. 79/2011 pentru reglementarea unor masuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil. Lege nr. 60/2012. Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 255 din 17 aprilie 2012.

⁶ Dispozițiile tranzitorii și de punere în aplicare a cărții a VII-a sunt cuprinse în art. 207-208 din Legea nr. 71/2011.

⁷ Adoptat prin Legea nr. 134/2010 (M. Of. nr. 485/15 iulie 2010). Legea nr. 76/2012 privind punerea în aplicare a Codului de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 365, din 30 mai 2012. stabilea intrarea în vigoare la 1 septembrie 2012. O.U.G. nr. 44/2012 publicată în Monitorul Oficial, nr. 606 din 23 august 2012 prevede următoarele: (1) *Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 485 din 15 iulie 2010, intră în vigoare la 1 februarie 2013.*” În Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 68 din data de 31 ianuarie 2013, a fost publicată Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 4/2013 privind modificarea Legii nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe. Prin această ordonanță se modifică art. 81 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a NCPC în sensul că se stabilește termenul de intrare în vigoare a noului cod de procedură civilă pentru 15 februarie 2013.

Dispozițiile privind înlăturarea clauzelor abuzive ale băncilor au fost prorogate pentru șase luni deoarece nu au avut un studiu de impact.

Deși reglementările actuale aplicabile în domeniul dreptului internațional privat sunt cuprinse în acte normative diferite, se păstrează în continuare autonomia acestei ramuri de drept, ca ramură distinctă în cadrul sistemului de drept național.

În ceea ce privește relația dintre dispozițiile naționale cuprinse în codul de procedură civilă și dispozițiile dreptului internațional public sau ale dreptului Uniunii Europene, actul normativ conține următoarele referiri:

- art. 3 privind „Aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului”;

- art. 4 privind „Aplicarea prioritară a dreptului comunitar”.

Constatăm că atât Codul civil, cât și Codul de procedură civilă conțin reglementări similare cu privire la aplicarea prioritară a dreptului Uniunii Europene.

Aceste dispoziții corespund normelor constituționale prevăzute la art. 148 alin. 2, conform cărora, ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare.

Receptarea dreptului Uniunii Europene în domeniul dreptului privat tinde spre unificarea dreptului privat european, inițial printr-o asimilare a unor principii generale, urmând ca acest proces să conducă la adoptarea unui Cod civil European și la crearea unui drept privat european.

O VIZIUNE COMPARATISTĂ ASUPRA ACȚIUNII ÎN RĂSPUNDERE PRECONTRACTUALĂ REGLEMENTATĂ DE NOUL COD CIVIL

Lorena-Elena STĂNESCU*

Abstract:

The legal problem examined in this article is emerging in the form of the question: through art. 1183 par. (4) of the NCC legislature intended to regulate an autonomous institution of tort or extracontractual nature intitled „contractual liability action?” „A foray into the origins of „he institution fault in contrahendo and an exploration of two major legal systems in Europe complete the presentation of the precontractual liability action autonomy thesis.

Keyword: precontractual liability action, art. 1183 par. (4) of the NCC

Rezumat:

Problema juridică cercetată în cuprinsul acestui articol se conturează sub forma întrebării: prin art. 1183 alin. (4) NCC legiuitorul a avut intenția de a reglementa o instituție autonomă, de natură delictuală sau extracontractuală, numită „acțiunea în răspundere precontractuală?”. O incursiune în originile instituției culpei în contrahendo și o explorare a două mari sisteme de drept din Europa întregesc expunerea tezei autonomiei acțiunii în răspundere precontractuală.

Cuvinte-cheie: răspundere precontractuală, art. 1183 alin. (4) NCC

1. Problemetica articolului

Complexitatea condiționărilor nașterii unui raport juridic este recunoscută în noul Cod civil – Legea nr. 287/2009 (denumit în continuare „NCC”) prin reglementarea etapei negocierilor și a instituției răspunderii precontractuale. Noțiune dezbătută inițial, doar de doctrină¹ și recunoscută, ulterior, de jurisprudență, acțiunea în răspundere precontractuală reprezintă o noutate a NCC ce marchează transpunerea în lege a complexității realității actuale în care se desfășoară negocierile prealabile formării unui contract. De asemenea, noua reglementare creează cadrul favorabil reluării discuțiilor despre natura răspunderii pentru „culpa de la încheierea unui contract” (*culpa in contrahendo*).

Analizat din perspectivă comparativă, *culpa in contrahendo* este probabil unul dintre cele mai cunoscute exemple de concepte juridice trans-instituționale, aflate la confluența normelor contractuale cu prevederile delictuale. Apartenența la una dintre cele două forme ale răspunderii reprezintă un subiect controversat în mediul academic european, deși, la

* Drd., Școala Doctorală a Facultății de Drept, Universitatea „Al. I. Cuza”, Iași; e_mail: lorenaelena.stanescu@gmail.com

¹ Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția a IX-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 136, Liviu Pop, *Despre negocierile precontractuale și contractele preparatorii* în „Revista română de drept privat” nr. 4/2008, p. 101.

nivel jurisprudențial, soluția instanței europene favorizează teza că etapa precontractuală este guvernată de regulile de drept comun ale răspunderii civile delictuale².

Dacă în sistemul de drept german a fost legiferată parțial doctrina lui Rudolph von Jhering privitoare la răspunderea contractuală pentru culpă la contractare (art. 145 și 276 din Bürgerliches Gesetzbuch, denumit în continuare „BGB”), opinia doctrinară majoritară și jurisprudența franceză și italiană³ converg sub aspectul calificării răspunderii pentru culpa de la încheierea unui contract drept o răspundere delictuală.

În dreptul național, până la intrarea în vigoare a NCC, situația era clar stabilită și coincidea cu din dreptul francez: *„Răspunderea pentru prejudiciile cauzate în faza precontractuală, de exemplu, pentru revocarea ofertei înainte de termenul până la care ofertantul s-a obligat să o mențină, este o răspundere delictuală și nu contractuală”*⁴. Însă, prevederea de la art. 1183 alin. (4) NCC suscită interesul de a reevalua actualitatea acestei teorii. Cu alte cuvinte, problema juridică (tratată de acest articol) se conturează sub forma întrebării: legiuitorul a avut intenția de a reglementa o instituție autonomă, de natură delictuală sau extracontractuală, numită „acțiunea în răspundere precontractuală”?

Scopul acestui articol nu este de a trata în mod exhaustiv acest subiect, ci doar de a semnaliza schimbarea legislativă intervenită și de a deschide, poate, o nouă dezbatere privind reconfigurarea limitelor dintre răspunderea precontractuală și cea delictuală.

2. Interpretare cazuistică

Înainte de diagnoza juridică, este necesar studierea cazuisticii instanțelor naționale în vederea determinării temeiurilor juridice invocate în motivarea soluțiilor de situare a răspunderii din etapa precontractuală în plan delictual.

De exemplu, instanța supermă constată că: „M.R.A.T., în faza precontractuală (înainte, în timpul și chiar după încărcarea mărfii) a întreprins repetate acțiuni și abateri în disputa asupra conosamentelor litigioase și neperfectate. Aceste presiuni și conduita sa permanentă din perioada noiembrie 1999 - februarie 2000, finalizate prin descărcarea efectivă a mărfii și anularea expediției maritime, constituie, într-adevăr, **un abuz major de drept**⁵ (s.n.), echivalent unui delict grav de natură a împiedica exercitarea normală a unui drept conferit comandantului navei. **În acord cu doctrina și jurisprudența maritimă (citate în notele din dosar de părți) în faza precontractuală sau extracontractuală nu poate interveni decât răspunderea delictuală pentru prejudiciile cauzate, când sunt întrunite cerințele**

² Cu privire la acest subiect, prin Hotărârea din 17 septembrie 2002, cauza C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit în temeiul art. 5 pct. 3 din Convenția de la Bruxelles din 27 septembrie 1968 privind competența judiciară și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială că acțiunea vizând răspunderea precontractuală întemeiată pe încălcarea regulilor de drept în negocierile în vederea formării unui contract este inclusă în materia delictului și cvasidelictului.

³ Subiect pe larg tratat de Cristina Gavrilă, *Norma conflictuală în materie de răspundere pentru daunele produse prin culpa in contrahendo* în *Seminarul internațional – Probleme ale aplicării dreptului în spațiul european*, Universitatea Valahia din Târgoviște, Universitatea Castilla La mancha, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 191-200.

⁴ C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 136.

⁵ Instanța germană formulează o opinie similară: „Refuzul inexplicabil de a încheia actul definitiv. Jurisprudența germană s-a confruntat cu o situație în care părțile încheiaseră un acord complet, dar verbal, pentru vânzarea unui teren, însă proprietarul a refuzat să se prezinte în fața notarului să semneze actul. El a fost obligat la plata de despăgubiri, pentru abuz de drept.” (Drd. Mircea NOȘLĂCAN, *Obligația negocierii cu bună-credință a contractelor* în *Analele Universității de Vest din Timișoara*, seria Drept, nr. 1/2009, p. 125 apud BGH, 27 noiembrie 1967, BGHZ 48, p. 396).

prevăzute de art. 998 C. civ., adică existența unui prejudiciu, a vinovăției și a raportului de cauzalitate dintre acestea (s.n.).”⁶.

Astfel cum aminteam în introducere, soluția jurisprudențială are rădăcini doctrinare puternice: „Ruperea negocierilor nu antrenează răspunderea decât în circumstanțe particulare: culpa constă în general în voința bruscă ce pune capăt unor lungi negocieri ce ar putea lăsa să se creadă în încheierea contractului; această răspundere este delictuală. Prejudiciul reparabil cuprinde cheltuielile făcute pentru negocieri și pentru studiile prealabile, nu pentru pierderea șansei de încheiere a contractului”⁷.

Observăm că, înainte de intrarea în vigoare a NCC, în divergențele litigioase situate în faza precontractuală, instanța națională își întemeiază soluția pe dispoziția generală ce reglementează răspunderea civilă delictuală pentru fapta proprie.

În antiteză cu lipsa în vechiul Cod civil a unei reglementări a răspunderii din faza precontractuală, în prezent, NCC reține la art. 1183 alin. (4) NCC răspunderea civilă a persoanei care, încălcând buna-credință specifică etapei precontractuale, a provocat un prejudiciu părții cu care a intrat în negocieri. În acest context, ne întrebăm dacă axastă prevedere legală poate reprezenta un temei suficient pentru pronunțarea unei hotărâri sau este necesar coroborarea cu normele ce reglementează răspunderea civilă delictuală⁸.

Ideea existenței autonome a acțiunii în răspundere precontractuală, diferită de acțiunea în răspundere civilă delictuală, a luat naștere din încercarea de a înțelege scopul pentru care legiuitorul a reglementat în mod expres, distinct și unitar acest tip de acțiune.

În primul rând, din perspectivă logicii hermeneutice, reiese că intenția legislativului a fost de a crea o instituție la care să se recurgă în cazul în care negocierile precontractuale eșuează sau este încheiat un contract nevalabil⁹ din cauza încălcării de către o parte a principiului bunei-credințe.

În al doilea rând, teza autonomiei acțiunii în răspundere precontractuală este susținută, pe de o parte, de așezarea sediului acestei materii în capitolul ce reglementează „Consimțământul – Încheierea contractului” și, pe de altă parte, de reglementarea extinsă de care beneficiază. Sub acest ultim aspect, nu trebuie omis faptul că legiuitorul nu precizează că prevederile ce reglementează acțiunea în răspundere precontractuală se completează cu cele specifice răspunderii delictuale. Cu alte cuvinte, prevederile existente sunt definitorii și suficiente pentru stabilirea regimului juridic al acțiunii în răspundere precontractuală.

Trebuie precizat că, deși terminologia folosită de legiuitor pentru reglementarea acestei acțiuni este una specifică domeniului delictual – ne referim, în special, la instituția prejudiciului, totuși, aceasta din urmă nu trebuie confundată cu prejudiciul – ca element constitutiv al răspunderii delictuale.

Tărâmul răspunderii civile delictuale este guvernat de principiul reparării integrale a prejudiciului, prevăzut de art. 1385 alin. (1) NCC. În acest sens, sunt supuse reparării

⁶ Decizia nr. 5990 din 14 decembrie 2005, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a civilă. În același sens, a se vedea: Decizia nr. 72 din 16 ianuarie 2014, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a civilă în dosarul nr. 63300/3/2011/a1, Decizia nr. 2186 din 12 iunie 2014, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a civilă în dosarul nr. 61347/3/2010/a1.

⁷ Mădălina Afrăsinei, Mona-Lisa Belu-Magdo, Alexandru Bleoancă, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2012, vol. II, p. 424, *apud* P. Malourie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 248.

⁸ Din cercetările noastre, încă nu a fost pronunțată vreo hotărâre în temeiul art. 1183 alin. (4) NCC.

⁹ Ne referim la situația în care o parte continuă negocierile contrar bunei-credințe și se formează un contract nul din cauză că cealaltă parte s-a aflat în eroare la momentul oferirii consimțământului în vederea nașterii raportului juridic.

pierderea suferită de cel prejudiciat (*damnum emergens*), câștigul pe care în condiții obișnuite el ar fi putut să îl realizeze și de care a fost lipsit (*lucrum cessans*), precum și cheltuielile pe care le-a făcut pentru evitarea sau limitarea prejudiciului.

Un alt aspect important privește sarcina dovedirii prejudiciului. Potrivit doctrinei ce împărtășește teza că faza precontractuală este guvernată de principiile răspunderii delictuale, „Răspunderea precontractuală, presupune existența unui prejudiciu care trebuie probat de cel ce solicită o despăgubire. (...) Prejudiciul se obiectivează în pierderea timpului acordat negocierilor, a cheltuielilor avansate în acest scop, pierderea unor șanse a celor în negociere, a efectelor instabilității financiare ori încălcarea obligației de confidențialitate.”¹⁰. Or, din enumerarea „cheltuielile angajate în vederea negocierilor, de renunțarea de către cealaltă parte la alte oferte și de orice împrejurări asemănătoare”, înțelegerea noastră este că reclamantul are obligația de a dovedi doar faptele exterioare ce circumscriu prejudiciul, nefiind nevoie să facă proba acestui prejudiciu. Acest din urmă raționament ne determină să diferențiem răspunderea precontractuală de cea delictuală.

Nu în ultimul rând, cele două tipuri de acțiune – precontractuală și delictuală – se diferențiază în privința sferei de întindere a prejudiciului. În cazul acțiunii întemeiate pe art. 1183 alin. (4) NCC, persoana prejudiciată este îndreptățită la recuperarea doar a pierderii efectiv suferite, *damnum emergens* constând în „cheltuielile angajate în vederea negocierilor, de renunțarea de către cealaltă parte la alte oferte și de orice împrejurări asemănătoare”. În eventualitatea în care mențiunea „asemănătoare” ar fi lipsit, s-ar fi putut lua în considerare ipoteza reparării prejudiciului constiuit din beneficiul nerealizat.

3. Originile apariției teoriei răspunderii precontractuale

Cercetând axa verticală a devenirii istorice a răspunderii în faza negocierilor, punctăm că teoria culpei *in contrahendo* reprezintă fructul doctrine germane de la mijlocul secolului al XIX-lea, în special, al gândirii lui Rudolph von Jhering¹¹, numit, mai precis, „interesul negativ”, înțeles în mod convențional ca *damnum emergens* și *lucrum cessans*. Interesul negativ este definit de Jhering ca: „interesul la neîncheierea unui contract” („*l'intérêt à la non-conclusion du 'ontrat'*”). Repararea sa permite obținerea de către victima negocierilor eșuate a ceea ce ar fi obținut dacă faptul exterior încheierii contractului nu ar fi existat („*ce qu'(elle) aurait eu si le fait ext'rieur à la conclusion du contrat n'avait point existé'*”). Interesul pozitiv este interesul în menținerea executării contractului („*l'intérêt au maintien, donc à l'écution du contrat'*”). Repararea sa permite obținerea echivalentului în numerar a tot ceea ce victima ar fi primit în cazul în care contractul ar fi fost valabil¹² („*en argent l'équivalent de tout ce que (la v'ctime) aurait eu en cas de validité du contrat'*”).

Distincția realizată de Jhering între interesul negativ și cel pozitiv este regăsită în sistemul juridic anglo-saxon sub opoziția „*reliance interest*” („interesul negativ”) și „*expectation interest*” („interesul pozitiv”). Acest duo juridic englez nu acoperă însă distincția între pierderea suferită și câștigul nerealizat, ce poate fi dedusă din distingerea interesului negativ de cel pozitiv¹³.

¹⁰ Monna-Lisa Belu Magdo, *Contractul de vânzare în noul Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 85.

¹¹ Rudolf von Jhering, „*De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites (1860)*” în: *Oeuvres choisies*, Ed. Mrescq, Paris, 1893, vol. II, p. 1-15.

¹² *Ibidem*, p. 16 și urm.

¹³ Olivier Deshayes, *Le dommage précontractuel* publicat în revista RTD Com, nr. 02 din 15.06. 2004, Pp. 187-204, nota de subsol nr. 16.

Prin urmare, potrivit lui Jhering, răspunderea pentru *culpa in contrahendo* are ca izvor răspunderea civilă contractuală.

4. Aspecte de drept privat comparat privind răspunderea precontractuală

Pe axa orizontală a comparării, vom cuprinde în acest proces referințe la două sisteme diferite de drept din Franța și Germania. Metoda comparativ-istorică oferă suportul necesar întregirii argumentației având ca obiect teza autonomiei acțiunii în răspundere precontractuală, reglementată de art. 1183 alin. (4) NCC.

a) Răspunderea precontractuală, o răspundere delictuală în Franța

În sistemul juridic francez, *responsabilité précontractuelle*¹⁴ a cunoscut o istorie îndelungată înainte de a fi recunoscută oficial, această evoluție datorându-se nu legislativului, ci jurisprudenței și doctrinei.

Excesul de fictivitate al tezei contractualistă a negocierilor sugerată de către Jhering care, dincolo de orice negociere, a propus existența, de obicei, tacită, a unei convenții de „*diligentia in contrahendo*” ce primește sancționarea de către răspunderea contractuală a culpei *in contrahendo*, a descurajat apropierea acesteia de către juriștii francezi¹⁵. Însă, răspunderea din etapa precontractuală a fost acceptată în dreptul francez în temeiul unui criteriu obiectiv: buna-credință.

Înainte de 1972, răspunderea precontractuală nu a reprezentat obiectul preocupărilor doctrinei franceze, puțini juriști¹⁶ studiind mai pe larg acest subiect. Abia în 1972, prin hotărârea nr. 70-14154 din 20.03.1972 pronunțată de Camera comercială¹⁷, Curtea de casație recunoaște instituția răspunderii precontractuale și stabilește că întreruperea negocierilor prealabile încheierii unui contract „*constitue une faute commise en periode pre-contractuelle et justiciable de l'article 1382 du code civil*” sanționabilă în temeiul răspunderii delictuale („*Attendu que par ces enonciations, et abstraction faite des autres motifs qui sont surabondants, la cour d'appel, sans encourir les griefs du pourvoi, a pu retenir a l'encontre de la société Vilbert-Ourmat une responsabilité délictuelle et a ainsi justifié la condamnation de cette société...*”).

¹⁴ În dreptul francez, sediul materiei răspunderii precontractuale este delimitat de următoarele articole:

Articolul 1382: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

Articolul 1147: *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.*

Articolul 1149: *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.*

¹⁵ Pierre Mousseron, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle* în „*Revue trimestrielle de droit commercial*”, 1998, p. 243 apud H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, 6^e éd., Libr. Montchrestien 1965, n° 116 et s.

¹⁶ Raymond Saleilles, *La responsabilité précontractuelle*, în revista „*Revue trimestrielle de droit civil*”, 1907, p. 697, Paul Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Ed. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Lyon, 1911, André Coherier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Ed. Imprimerie des presses modernes, Paris 1939.

¹⁷ Hotărâre disponibilă în format electronic la adresa: <<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006986985>>>, accesată ultima oară la data de 07.03.2016.

Cu toate aceste rețineri, complexitatea și durata extinsă a negocierilor au condus la degajarea intanțelor în privința acceptării cel puțin a asemănării, dacă nu a identificării, răspunderii precontractuale cu cea contractuală. Deși în minoritate, profesori renumiți, spre exemplu: Jean Carbonier și Jacques Mester, au susținut ipoteza răspunderii contractuale pentru întreruperea cu rea-credință a negocierilor precontractuale¹⁸ justificat de faptul că negocierea este o parte esențială a formării contractului și buna-credință trebuie să-l „irige” în întregime.

În același plan de idei, Curtea de la Paris a precizat în hotărârea din 18 ianuarie 1996¹⁹ că răspunderea poate fi, de asemenea, de natură contractuală, atunci când pentru a facilita încheierea contractului, părțile încheie așa-numite acorduri de negociere ce le obligă să întreprindă, să dezvolte sau organizeze acea negocierea.

În dreptul român, o astfel de hotărâre nu este compatibilă cu punctul de vedere doctrinar, potrivit căruia emiterea unui angajament de onoare (*gentlemen's agreement*) în etapa negocierilor poate fi o sursă de responsabilitate civilă, în măsura în care promotorul acestuia cauzează prejudicii partenerului de dialog, făcându-l să creadă în probabilitatea încheierii convenției propuse. Răspunderea emitentului va fi însă cel mult una delictuală (încălcarea obligației generale de prudență și diligență la care se referă art. 998-999 C. civ. 1864), spre deosebire de un acord de negociere, care plasează problema sancțiunii pe terenul responsabilității civile contractuale²⁰.

b) Răspunderea precontractuală, o instituție complexă în dreptul german

Deși doctrina și jurisprudența cercetau demult terenul evoluției răspunderii precontractuale, aceasta nu a primit o reglementare expresă decât abia în 2002, prin dispozițiile de la art. 311 alin. (2) și (3) din BGB, ca urmare a recunoașterii de către instanțele civile a unei răspunderi necontractuale²¹.

Totodată, „răspunderea este contractuală conform regulii înscrise în §145 BGB, regulă după care oferta obligă solicitantul. Astfel, cel care revine asupra propunerilor inițiale își va vedea angajată răspunderea pentru culpă la contractare (culpa *in contrahendo*), sancțiunea fundamentându-se pe § 276 BGB.”²².

Inițial, BGB reglementa în mod dispart o serie de despăgubiri având ca temei răspunderea nedelictuală, respectiv, încrederea dintre părți în perioada premergătoare încheierii unui contract: spre exemplu, art. 122 – Încrederea pe o declarație de intenție nesperioasă sau contestată, art. 179 – Folosirea unei procuri inexistente, art. 307 (fostul art. 309) – Încrederea în posibilitatea inițială de executare, art. 611a alin. (2) din BGB – Discriminarea bazată pe criteriul de sex de către un angajator.

Reglementarea acestor situații dispartate a inspirat practica judiciară în realizarea unei analogii cu alte situații similare, precum relația de încredere ce trebuie să existe între părți

¹⁸ Pierre Mousseron, *op. cit.*, p. 243 și urm.

¹⁹ Hotărârea nr. 242 din 6 ianuarie 1998 pronunțată de Curtea de casație, secția I civilă: „la responsabilité encourue peut aussi être de nature contractuelle lorsque, pour faciliter la conclusion du contrat, les parties passent des accords dits de négociation tendant à les obliger à entreprendre, à poursuivre ou à organiser cette négociation”.

²⁰ Juanita Goicovici, *Formarea progresivă a contractelor*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 105.

²¹ Christian von Bar; Ulrich Drobnig, *The interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, Ed. European Law Publishers, Sellier, 2004, p. 223 apud CA Frankfurt 15th August 2001, WM 2002, 1219, 1223.

²² Drd. Mircea Noșlăcan, *Obligația negocierii cu bună-credință a contractelor* în *Analele Universității de Vest din Timișoara, seria Drept*, nr. 1/2009, p. 126.

în perioada negocierilor contractuale, astfel, născându-se principiul general consacrat la art. 311 alin. (2)-(3) din BGB.

Pretențiile întemeiate pe *culpa in contrahendo* sunt independente de existența ulterioară a unui contract valabil ceea ce reprezintă rațiunea dispoziției de la art. 241 alin. (2) BGB²³ ce se referă la persoanele care nu doresc să devină părți contractante, dar care pe parcursul negocierilor permit ca un anumit grad de încredere să fie plasat asupra lor și influențează negocierile.

Răspunderea pentru *culpa in contrahendo* poate fi exclusă numai în anumite situații, cu respectarea condițiilor prevăzute de art. 307 alin. (2) pct. 2 (sa nu limiteze drepturile fundamentale sau drepturile inerente naturii contractului într-o asemenea măsură încât realizarea scopului contractului este pusă în pericol) și art. 309 pct. 7 din BGB (să nu excludă răspunderea pentru o vătămare asupra vieții, intergitații fizice sau sănătății sau săvârșită printr-o neglijență inexcuzabilă).

Ca regulă, așa-numita încălcare a încrederii trebuie să fie compensată, ceea ce trimite cu gândul la reglementarea răspunderii declinative în dreptul roman, *Lex Aquilia*. În cazul în care o persoană a devenit parte într-un contract ca o consecință a încălcării obligației de încredere de către cealaltă parte, victima are la dispoziție o acțiune în anularea acestui contract. În cazul în care victima ar fi încheiat un contract cu o altă parte, în cazul în care nu s-ar fi încălcat obligația de încredere de către partea cocontractantă, cuantumul daunelor-interese este majorat cu profitul pierdut de către victimă în ipoteza în care ar fi încheiat contractul cu terța persoană. În vederea limitării întinderii pretențiilor întemeiate pe *culpa in contrahendo* sunt avute în vedere art. 195 și art. 199 din BGB.

5. Concluzii

În concluzie, observațiile rezultate din abordarea hermenutică a răspunderii precontractuale, completate de cercetarea modalității de stabilire a prejudiciului și de reparare a acestuia pe această cale justifică o regândire a naturii temeiului juridic ce atrage sancționarea părții care a încălcat principiul bunei-credințe în cadrul negocierilor precontractuale.

²³ Art. 241 Datoriile ce decurg dintr-o obligație

(1) În virtutea unei obligații, creditorul are dreptul de a solicita executarea de către debitor. Executarea poate consta și în răbdare.

(2) O obligație poate, de asemenea, în funcție de conținutul său, să contrângă fiecare parte să țină cont de drepturile, interesele legale și alte interese ale celeilalte părți.

**SECȚIUNEA
DREPT PRIVAT II**

GLOBALIZAREA ȘI DIMENSIUNEA TRANSNAȚIONALĂ A RAPORTURILOR DE MUNCĂ

Raluca DIMITRIU*

Abstract:

The paper examines some of the effects of globalization on a predominantly national labour law, a labour law which is often surpassed by the contemporary social reality: by the possibility of relocation of the employers, by the phenomenon of workers' migration or by the reduction of solidarity. As a reflection of these social realities, labour law could see its boundaries redrawn, so that it can continue to maintain effective its collective side.

The analysis includes some recent aspects, namely the post-crisis period, the phenomenon of migrants penetrating last year in the European Union and the threat of relocation of large companies in the extra-European space, as some effects of these phenomena on the labour law.

Keywords: labour law, globalisation, collective bargaining, migrant workers

Rezumat:

Lucrarea analizează unele dintre efectele globalizării asupra unui drept al muncii predominant național și adesea depășit de realitatea socială contemporană: de posibilitatea relocării unităților angajatoare, de fenomenul migraționist sau de diminuarea solidarității lucrătorilor. Ca oglindă a realităților sociale, dreptul muncii și-ar putea vedea granițele redesenat, astfel încât să își poată menține în continuare eficace latura sa colectivă.

Analiza include o serie de aspecte de dată recentă, anume perioada post-criză economică, fenomenul migranților pătrunși în ultimul an pe teritoriul Uniunii Europene și amenințarea relocării unor mari companii în spațiul extra-european, ca și unele efecte ale acestor fenomene asupra dreptului muncii.

Cuvinte-cheie: dreptul muncii, globalizare, negociere colectivă, lucrători migranți

1. Preliminarii

Dreptul muncii a constituit, în mod tradițional, o ramură de drept prin excelență națională, ale cărei norme aveau o aplicabilitate teritorială. Globalizarea conduce însă atât la re-gândirea granițelor dreptului muncii, cât și la o evoluție centrifugală a reglementărilor și a practicilor raporturilor de muncă.

Firește, globalizarea nu este impusă forțat, ci prin regulile pieței¹. Dar rezultatul ei poate fi neliniștitor: corporațiile multinaționale aduc un tip de organizare independentă de orice *pattern* cultural; ele nu sunt nici propriu-zis „străine”, nici propriu-zis „naționale”, cu toate că funcționează prin filiale și unități având personalitatea juridică a țării respective. Ele încearcă să identifice oportunitățile de afaceri utilizând drept criterii prețul forței de muncă, legislația fiscală aplicabilă, legislația muncii, normele de protecție a mediului,

* Cercetător științific grd. I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, Departamentul de drept privat; e-mail: rdimitriu100@gmail.com

¹ Pesqueux, Y., „What is Globalisation? The Paradoxes of the Economic and Political Substance of Markets”, în Tournois, N., Milliot Yvon E. (eds.), *The Paradoxes of Globalisation*, Ed. Palgrave Macmillan, 2010, p. 7.

proximitatea pieței de desfacere și dimensiunile acesteia etc., – căutând mediul propice din îmbinarea tuturor indicatorilor de acest tip. Activitatea lor este, cum s-a spus, „o fuziune între mercenariatul managerial și tradițiile culturii locale”². A apărut pe acest fond termenul de „glocalization” – în sensul unei anume îmbinări a gândirii globalizante cu acțiunea locală. Potrivit acestui concept, companiile multinaționale ar urma să își adapteze producția la necesitățile fiecărei piețe locale; producția este globală, dar ia forme specifice, în funcție de specificul local³.

În planul raporturilor de muncă, globalizarea – ce are ca efect tendința standardizării acestora, pare a se opune realității postmoderne, care este tocmai una a diversității, a renunțării la uniformizare. Într-adevăr, dreptul muncii actual cunoaște o mare diversitate de aranjamente contractuale: contractul pe durată determinată, contractul de muncă temporară, contractul de muncă cu fracțiune de normă etc., ca și modalități speciale de desfășurare a muncii (telemunca, munca de noapte, munca în schimburi etc.). Uneori munca se prestează atât într-o formă contractuală atipică cât și, corelat, pe teritoriul unui alt stat. În acest context, reglementările europene caută în mod constant să elimine posibilele manifestări discriminatorii, pe ambele axe ale diversității.

Jocul acestor tensiuni de sens contrar (uniformizare/diversificare) – produce un impact semnificativ atât asupra dreptului colectiv al muncii, cât și asupra celui individual. În cele ce urmează vom prezenta câteva dintre elementele cele mai evidente ale acestor evoluții.

2. Impactul globalizării asupra dreptului colectiv al muncii

Negocierea colectivă presupune din start o anumită echivalență de forță. Acesta și este rolul ei: angajatorul ar putea fi mai puternic în plan individual, dar în raport cu toți (sau majoritatea) salariaților din companie, balanța devine relativ echilibrată.

Problema este că astăzi – adesea – raportul de forțe nu (mai) arată așa. De îndată ce angajatorul are opțiunea relocării unității într-o altă țară, orice echilibru de forțe la negociere devine iluzoriu. Și atunci negocierea nici nu mai este negociere, deoarece armele celor două părți nu mai sunt comparabile, iar compromisul devine apanajul uneia singure dintre părți. Ce compromis ar putea face salariații atunci când au ajuns la minimul drepturilor lor? Revendicările se transformă în simple solicitări supuse îngăduinței angajatorului.

Într-adevăr, globalizarea aduce cu sine posibilitatea angajatorului de a-și alege în mod liber spațiul în care urmează să își desfășoare activitatea, prin utilizarea totală sau parțială a forței de muncă locale. Acest fenomen produce efecte dintre cele mai diverse, unele greu de anticipat, atât în privința nivelului de protecție a lucrătorilor, cât și în ceea ce privește forța acestora în cazul unei negocieri colective. Cu toate acestea, nu este vorba despre un fenomen nou⁴, și nici izolat. Dacă angajatorul dispune de acest instrument infailibil al relocării, nici amenințarea cu greva, nici acțiunea sindicală – nu mai prezintă același pericol în ceea ce îl privește. Putem chiar asista la o concurență negativă între țări: statul care are

² Pesqueux, Y., *op. cit.*, p. 9.

³ Un exemplu îl constituie introducerea în meniul McDonald a sandwich-ului McMici, pentru România, sau utilizarea de către aceeași firmă, în locul mascotei Ronald McDonald, a lui Asterix – în Franța. Vezi și <http://en.wikipedia.org/wiki/Glocalization>.

⁴ Iată ce arăta G. Plastara în 1911: „Minimul legal de salarii face foarte adesea ca industria să dispară și să treacă într-o altă țară unde găsește condițiuni avantajoase. Și atunci este mai rău pentru lucrători, căci se pierd unele debușuri de muncă”. A se vedea, G. Plastara, *Contracte civile speciale*, Ed. Ancora, București, 1911, p. 487.

forța de muncă mai ieftină, statul care asigură mai puține mijloace de protecție salariaților, statul care impune mai puține obligații angajatorului – va fi preferat de investitori.

Scenariul este simplu: o graniță desparte două localități industriale, una supusă unor reglementări legale și prin contracte colective de muncă, și beneficiind de un salariu minim legal, iar cealaltă nesupusă unor reglementări, având salariați nesindicalizați și cu un dialog social inexistent⁵. Angajatorul amenință cu relocarea, dincolo de graniță, asigurându-și astfel „beneficiul” absenței de reglementări. O grevă menită să deoace acest plan ar fi lipsită de legitimitate; relocarea este dreptul angajatorului. „Aceasta este oferta noastră; dacă o refuzați vom reloca întreprinderea într-o țară unde o astfel de ofertă să fie bine primită”.

Apare astfel evident că globalizarea îi oferă angajatorului un avantaj la negocierea colectivă, pe care nu îl avea anterior. Cu un discurs ca cel redat anterior, dialogul încetează să mai fie o negociere, ci este doar îndeplinirea unei obligații formal impuse de lege.

Firește, în practică lucrurile sunt mai complicate de atât. Relocarea însăși este adesea exorbitantă, sau dezavantajoasă sub aspectul nivelului de calificare al forței de muncă locale, ori din diferite alte puncte de vedere ale bugetului afacerii, nivelul de competență a forței de muncă nu este același pe toate piețele, iar în unele industrii nu este efectiv posibilă⁶. De fapt, relocarea efectivă nici nu este necesară; este suficient ca *amenințarea* cu relocarea să fie suficient de credibilă – pentru ca dialogul social să fie denaturat; ea se va face simțită în orice negociere colectivă ori în reacția societății la propunerile de lege de îmbunătățire a protecției lucrătorilor.

S-ar putea susține că, în egală măsură, și lucrătorul are dreptul de „relocare”, respectiv dreptul de a-și oferi serviciile (forța de muncă) nu numai angajatorului din propria țară, și unui angajator străin. Dar asimetria este imediat vizibilă: dacă relocarea fabricii este, juridic, logistic și administrativ, bine primită în spațiul noului stat, angajatorul fiind un investitor generator de locuri de muncă, salariatul care decide să lucreze într-o altă țară va trebuie să surmonteze cele mai diverse bariere: de la cele juridice⁷ la cele lingvistice, de la echivalarea studiilor la problemele logistice, psihologice și familiale pe care o astfel de decizie le presupune. Acolo unde se mută, angajatorul străin oferă locuri de muncă; lucrătorul migrant, dimpotrivă, ocupă un loc de muncă înlăturând un lucrător autohton. Globalizarea nu funcționează la fel pentru toți.

Așadar, globalizarea produce un impact important asupra negocierii colective. Relocarea unor industrii mari în alte țări are și consecința de a lăsa un gol important în cadrul mișcării sindicale⁸. În plus, angajatorii pot rezista mult mai bine presiunii sindicale în condiții de globalizare, în care aceștia își pot reloca întreprinderile cu ușurință în alte regiuni ale lumii. Și chiar când nu o fac, rămânând în țara inițială, faptul că această posibilitate există în orice moment distorsionează modul de derulare a negocierii colective.

⁵ Guy Mundlak descrie acest scenariu cu privire la localitățile Beth-Shaan (Israel) și Ibrid (Iordania), dar el se poate regăsi în multe alte cazuri, în multe alte granițe. A se vedea, G. Mundlak, *The limits of Labour Law*, în Conaghan, J., Fischl R.M., Klare, K. (coord.), „Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities”, Oxford University Press, 2005, p. 279 și urm.

⁶ Industriile care nu pot fi relocate (denumite „sticky intrustries”) includ turismul, transportul, industria extractivă etc. În cazul salariaților care lucrează în aceste ramuri industriale tendința este de asigurare a unor drepturi superioare în raport cu salariații care lucrează în ramuri ce permit relocarea.

⁷ Cu deosebire atunci când mutarea nu se realizează în spațiul Uniunii Europene.

⁸ Cu privire la consecințele relocării industriei auto sau a celei metalurgice asupra mișcării sindicale americane, a se vedea K. Stone, S. Cummings, *Labour Activism in local Politics*, în „The Idea of Labour Law”, coord: G. Davidov, B. Langille, p. 275. Autorii arată impactul închiderii fabricilor de profil asupra numărului membrilor de sindicat.

3. Globalizarea și fenomenul migraționist

Dimensiunea transnațională a raporturilor de muncă se manifestă nu numai ca urmare a relocării unităților angajatoare, dar și a mobilității lucrătorilor, tendință tot mai accentuată atât în sânul Uniunii Europene, cât și în afara ei. Noile state membre ale Uniunii Europene tind să ocupe astfel o dublă poziție: de state de cetățenie a lucrătorilor migranți, care le părăsesc pentru a lucra cel mai adesea pe teritoriul vechilor state membre, dar și de state receptoare de lucrători proveniți din spațiul asiatic și al fostelor republici sovietice.

Unii analiști văd în migrația forței de muncă nu un efect secundar al globalizării, ci una dintre *cauzele* principale ale acesteia. În cadrul Uniunii Europene, deplasarea lucrătorilor este legată de dezvoltarea inegală a statelor membre, având consecințe atât în planul gradului de ocupare și al ratei șomajului în statele unde aceștia se deplasează pentru a lucra, cât și în planul sentimentului personal de realizare socială și al identității lucrătorilor. Migrația intra-europeană are o serie de caracteristici, comparat cu migrația mondială a lucrătorilor și, încă și mai adânc, migrația lucrătorilor români are unele particularități în comparație cu migrația generală a lucrătorilor. Cum problematica migrației aparține, firește, unui alt domeniu de cercetare, nu vom intra în prea multe amănunte, dar va trebui să observăm anumite aspecte determinate din punctul de vedere al dreptului muncii.

Mai întâi, mobilitatea lucrătorilor este însoțită de o anume vulnerabilitate a lucrătorilor migranți, aceștia integrându-se mai dificil în structurile sindicale locale și exercitându-și drepturile colective într-o măsură mai redusă decât o făceau în propria țară⁹.

Rolul dreptului muncii, de intervenție etică, devine astfel relevant nu numai în raporturile dintre angajator și salariați (spre protejarea acestora din urmă), dar și în raporturile dintre salariați (spre protejarea celor dezavantajați informațional și spre eliminarea oricăror forme de discriminare a acestora). Uneori, cei interesați în eliminarea lucrătorilor migranți de pe piața muncii nu sunt angajatorii, ci tocmai lucrătorii cetățeni ai statului respectiv, concurenți la ocuparea unui număr tot mai limitat de locuri de muncă.

Iar reacțiile sunt cele mai diverse. Studiile au arătat deosebiri de atitudine între țările cu trecut colonial, mai experimentate în gestionarea problemelor asociate imigrației (cum sunt Marea Britanie, Franța sau Olanda) și țările care până în epoca contemporană s-au confruntat mai rar cu valuri de lucrători imigranți (cazul recent al Greciei sau al Ungariei). Statele Unite ale Americii abordează problema strategic, prin deschiderea controlată a granițelor, în timp ce Uniunea Europeană pare a acționa mai degrabă reactiv în fața imigrației extra-unionale¹⁰.

Lipsiți adesea de informațiile juridice necesare, și aflându-se într-o poziție slabă economic, migranții sunt în situația de a accepta contracte de muncă mai dezavantajoase decât colegii lor, sau de a beneficia într-o mai mică măsură de drepturile de care aceștia din urmă se bucură. Frecvent ei se confruntă cu situații de discriminare sau hărțuire.

Studiile relevă un procent mai mare de accidente de muncă și boli profesionale în rândul lucrătorilor migranți, îndeosebi în rândul celor care nu vorbesc limba țării în care își

⁹ A se vedea, R. Dimitriu, B. Vartolomei, A. Vidat, *Negocierea colectivă și protecția lucrătorilor migranți în cadrul Uniunii Europene*, în „Revista Română de Dreptul Muncii” nr. 5/2009, p. 24-35.

¹⁰ Pentru o analiză a comportamentelor diferite, de la țară la țară, în fața problemei lucrătorilor migranți, a se vedea, Bruno Caruso, *Immigration Policies in Southern Europe*, în Conaghan, J., Fischl R.M., Klare, K. (coord.), *op. cit.*, p. 299 și urm. Autorul caută să răspundă de asemenea la întrebarea dacă migrația are caracter ciclic sau excepțional, și să analizeze impactul acesteia asupra pieței muncii, cu privire specială asupra celei din sudul Europei.

desfășoară activitatea, în parte cauzate de neobținerea informațiilor privind sănătatea și securitatea în muncă. De altfel, după cum s-a observat, în timp ce compoziția multi-etnică a pieței muncii a crescut exponențial în ultimii ani, capacitatea companiilor de comunicare multi-lingvistică nu a avut aceeași evoluție¹¹.

În plus, lucrătorii migranți care nu au permis de muncă în țara respectivă se confruntă cu un risc dublu de muncă în condiții vătămătoare sau chiar muncă forțată, deoarece aceștia nu pot raporta încălcarea legii de către angajator fără a se expune deportării. Iată de ce, anumite țări ca Italia de exemplu au adoptat norme de protecție a acestor categorii de persoane, care pot astfel raporta nelegalități inspectoratelor teritoriale de muncă, fără a se teme de represalii din partea Oficiului migrației. Pretutindeni însă, asocierea în sindicate a acestei categorii de persoane este imposibilă, deoarece ea este condiționată de existența dreptului la muncă pe teritoriul acelei țări și a unui raport contractual legal.

Creșterea șomajului în țara gazdă duce într-o măsură și mai mare la vulnerabilizarea lucrătorilor migrați, percepuți ca un competitor în ocuparea locurilor de muncă. Perioada de criză financiară și economică pe care a traversat-o Europa a resuscitat anumite manifestări de reticență în raport cu lucrătorii migranți, manifestări în raport cu care Organizația Internațională a Muncii a luat, nu o dată atitudine. Acestea au fost contrabalansate recent de luările de poziție de solidarizare și empatie cu migrații, îndeosebi cu cei care, în ultimul an, au pătruns în Uniunea Europeană din cauze care exced simpla căutare a unui loc de muncă, având mai curând cauze de natură umanitară. Dar europenii continuă să emită mesaje contradictorii în raport cu fenomenul migraționist.

O altă problemă esențială cu care se confruntă lucrătorii migranți este proliferarea modalităților de angajare fără forme legale. Adesea, lucrătorii migranți nu participă la cursuri de asigurare a securității și sănătății în muncă. Mulți dintre ei lucrează fără contract, astfel încât nici nu sunt luați în evidența Inspectoratelor de muncă. Absența contractelor legale face ca în multe cazuri lucrătorii care se accidentează să nu raporteze evenimentul ca fiind accident de muncă, ceea ce face să nici nu existe o evidență foarte exactă a accidentelor de muncă în care sunt implicați imigranți¹².

În fața realității că lucrătorii migranți constituie o categorie socială vulnerabilă, preocupări pentru reglementarea situației acestora există deja în planul legislației internaționale, general aplicabile, în cel al reglementărilor europene, ca și în cel al actelor normative interne, adoptate de fiecare stat.

Migrația nu constituie un fenomen cu implicații doar pentru piața muncii, impactul acestuia se face simțit în plan politic, cât privește dreptul la vot, în planul dreptului penal (printr-o anume creștere a riscului de infracționalitate, în anumite regiuni), al dreptul securității sociale și al dreptului la asistență sanitară, în planul drepturilor religioase și, mai general, în cel al drepturilor omului.

Dialogul social european, recunoscut ca reprezentând o componentă a Modelului Social European, care îi conferă acestuia un caracter unic în plan mondial, este mai degrabă timid în ceea ce privește reglementarea situației lucrătorilor migranți. Definit ca ansamblu al discuțiilor, consultărilor, negocierilor și al acțiunilor comune desfășurate de către

¹¹ Andrea Broughton, Isabella Biletta, Mats Kullander, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Flexible forms of work: 'very atypical' contractual arrangements*, Dublin 18, Irlanda, 2010, p. 21.

¹² De altfel, în numărul de accidente de muncă raportate ca fiind petrecute în prima zi de lucru putem identifica un indicator al dimensiunilor muncii la negru. În fapt, ele sunt astfel raportate pentru a justifica absența actelor de angajare.

organizațiile reprezentative ale partenerilor sociali¹³, dialogul social european va putea însă constitui una dintre soluțiile esențiale de protecție a lucrătorilor migranți. Amplificarea acestuia este de presupus că va genera noi modalități de protecție a lucrătorilor în general, și a celor migranți în special.

4. Problema solidarității

Globalizarea și îndepărtarea de comunitatea intereselor locale, restrânse în spațiu, poate fi corelată cu un alt fenomen definitoriu pentru epoca actuală: diminuarea solidarității.

Într-adevăr, sub impactul globalizării, *lucrătorii se percep adesea mai degrabă drept concurenți, iar relațiile industriale se atomizează*. Competiția generalizată subminează solidaritatea și deci apetența pentru sindicalizare. Și, într-adevăr, descreșterea ratei de sindicalizare și a numărului de contracte colective de muncă pare a marca decisiv noua epocă a raporturilor de muncă.

Un alt ecou al globalizării în planul deficitului de solidaritate îl întâlnim ca efect al proliferării muncii temporare. Cei mai mulți dintre lucrătorii temporari au contractul de muncă încheiat cu un agent de muncă temporară aparținând unui stat, pe durata unei misiuni, care se va desfășura la un utilizator aparținând unui alt stat. Dacă, pe parcursul misiunii, au fost deosebit de „vocali” în a-și revendica drepturile și s-au dovedit a fi factori de coagulare sindicală, este foarte posibil ca agentul de muncă temporară să nu le mai propună o nouă misiune, urmând să recruteze alți lucrători. În plus, locațiile în care sunt trimiși în misiune pot fi îndepărtate unele de celelalte, lucrătorii temporari neputându-se afla în contact real cu ceilalți angajați ai aceluiași agent de muncă temporară. Solidaritatea lucrătorilor temporari pare greu de realizat și încă și mai greu de concretizat în structuri juridice utile.

Într-adevăr, proximitatea era tocmai cea care genera, în mod tradițional, solidaritate, putea conduce la identificarea liderilor și putea crea sentimentul apartenenței la colectiv. Globalizarea îndepărtează lucrătorii unul de celălalt – atât în spațiu, cât și din punctul de vedere al intereselor – și conduce la un tot mai apăsător deficit de solidaritate.

5. Concluzii

Cum – în cele mai multe abordări – globalizarea apare astăzi ca fenomen inevitabil, au început să fie lansate teorii de acomodare acestora necesităților de natură socială. Astfel, Comisia Europeană utilizează noțiunea de „globalizare echitabilă și durabilă”, căreia nu îi lipsește o „dimensiune socială”¹⁴.

Dar, chiar și în condițiile globalizării, se afirmă ferm că, până și în regiunile economice cele mai dezvoltate ale lumii, regimul juridic al raporturilor colective de muncă este esențialmente național¹⁵. Există de fapt o profundă asimetrie între sistematica internaționalizare a capitalului și caracterul în continuare național al organizărilor sindicale.

¹³ European cross-industry social dialogue: an overview, http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_dialogue

¹⁴ http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/international_dimension_and_enlargement/c11913_ro.htm

¹⁵ H. Arthurs, *The Collective Labour Law of a Global Economy*, în Engels., C., Weiss, M., (eds.), „Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century”, Deventer – Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 146-147.

Aceasta menține dreptul muncii pe coordonate naționale, într-o anume desincronizare cu tendințele realității sociale.

Una dintre cele mai proeminente consecințe ale globalizării o constituie înflorirea companiilor transnaționale, apte să de-localizeze întreprinderile în funcție de oferta cea mai bună cât privește forța de muncă. „Oferta cea mai bună” reprezintă, în acest context, cele mai reduse standarde de protecție a lucrătorilor.

Adesea, asemenea companii multinaționale adoptă Coduri de conduită, cu norme privind protecția lucrătorilor. O astfel de practică este însă calificată în literatura juridică mai degrabă drept „ironică”, deoarece codurile de conduită impun exact standarde de tipul celor care fuseseră deja consacrate legislativ în țara de origine, din care astfel de corporații au plecat, tocmai pentru a nu se supune rigorilor legislative¹⁶. Astfel de modalități de „auto-reglementare” constituie în puține cazuri modalități credibile de asigurare a echilibrului de forțe salariați – angajator și garanții împotriva muncii precare.

Credem că, în fața fenomenului globalizării descris în linii generale în cele ce preced, dreptul muncii își are rolul său, pe care o deschidere trans-națională îl poate amplifica. În fapt, dreptul muncii constituie oglinda societății contemporane, cu toate temerile și anxietățile ei, cu orientarea ei către individ și pierderea esenței solidarității, cu atitudinea de condamnare a discriminărilor, dar de rezervă față de alteritate (îndeosebi față de imigranți), cu derapajele ei când stângiste, când neolibérale, cu ezitățile și inconstanțele ei.

¹⁶ Mai mult, „by projecting their labour codes into the transnational economic sphere, the transnational corporations commit themselves to respect freedom of association, due process, fair wages, and the dignity of their workers – norms which were embodied in the very systems of state which the transnational corporations themselves were instrumental in undermining”. Harry Arthurs, *Corporate Codes of Conduct*, în Conaghan, J., Fischl R.M., Klare, K. (coord.), *op. cit.*, p. 473.

CONSIDERAȚII PRIVIND MĂSURA ÎN CARE INSTITUȚIILE DREPTULUI MUNCII AU FOST AFECTATE DE INTRAREA ÎN VIGOARE A NOULUI COD CIVIL ȘI DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Dan Țop**

Abstract:

Entry into force of the new Civil Code and the Code of Civil Procedure have affected a number of institutions in labour law branch, given the provisions of art. 278 para 1 of the Labour Code. Because civil law is common law for labour law on individual employment contract are applicable in terms of the order, execution and its cancellation the rules of civil law. They are juridical institutions on which Labour Code makes explicit reference to similar institutions in civil law and certain regulations – originally published as regulations specific to labour law – were taken and incorporated into the new Civil Code. New Code of Civil Procedure, has, of course, is provisions that are interested in labour law, among them being those related to the fundamental principles of civil process, drafting of the decisions, enforceability of their appeals etc. Without claiming to believe that the examples in this study covers all the issues, we consider necessary to underpin such an approach legal labour relations grafted onto individual employment contract.

Keywords: civil law, common law, civil procedure law, labour law, Labor Code

Rezumat:

Intrarea în vigoare a noului Cod civil și a Codului de procedură civilă au afectat și o serie de instituții din ramura dreptului muncii, având în vedere dispozițiile art. 278 alin. 1 din Codul muncii. Deoarece dreptul civil reprezintă dreptul comun pentru dreptul muncii, în privința contractului individual de muncă sunt aplicabile, sub aspectul încheierii, executării și desființării sale, norme de drept civil. Sunt instituții juridice cu privire la care Codul muncii face referiri exprese la instituțiile similare din dreptul civil, totodată anumite reglementari – apărute inițial ca reglementari specifice dreptului muncii – au fost preluate și încorporate în noul Cod civil. Noul cod de procedură civilă, are desigur, dispoziții care interesează dreptul muncii, printre acestea fiind cele referitoare la principiile fundamentale ale procesului civil, redactarea hotărârilor, caracterul executoriu al acestora, căile de atac etc. Fără pretenția de a considera că exemplele din acest studiu epuizează întreaga problematică, considerăm necesară o asemenea abordare pentru concretizarea raporturilor juridice de muncă grefate pe contractul individual de muncă.

Cuvinte-cheie: drept civil, drept comun, drept procesual civil, dreptul muncii, Codul muncii

Intrarea în vigoare a noului Cod civil¹ și a Codului de procedură civilă² au afectat și o serie de instituții din ramura dreptului muncii, având în vedere dispozițiile art. 278 alin.1

* Prof. univ. dr., Universitatea „Valahia” din Târgoviște; e-mail: top.dan@gmail.com

¹ Legea nr. 287/2009 privind Noul Cod Civil, republicat în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011

² Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicat în M. Of. nr. 247 din 10 aprilie 2015

din Codul muncii potrivit căroră „Dispozițiile prezentului cod se întregesc cu celelalte dispoziții cuprinse în legislația muncii și, în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de muncă prevăzute de prezentul cod, cu dispozițiile legislației civile”.

Aceste dispoziții, considerate „esențiale în stabilirea raportului dintre cele două ramuri de drept”³, stabilesc fără niciun dubiu că dreptul civil reprezintă dreptul comun pentru dreptul muncii, așa după cum s-a menționat în doctrină, „dreptul civil – ramură esențială a dreptului privat – constituie dreptul comun și pentru dreptul muncii, dar în condițiile stabilite de legea specială, care este Codul muncii”⁴.

În acest context trebuie subliniat că în privința contractului individual de muncă, având trăsături comune cu celelalte contracte civile, din rândul căroră s-a desprins pentru a constitui o ramură autonomă⁵ de drept, sunt aplicabile, sub aspectul încheierii, executării și desființării sale, norme de drept civil, cu precizarea că „normele civile, de drept comun, se aplică doar ca ultimă soluție numai dacă nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de muncă.”⁶.

Dispozițiile Codului civil referitoare la obiectul și cauza convențiilor, ca elemente esențiale ale acestora, se aplică⁷ în mod corespunzător și contractului de muncă. Astfel, potrivit art. 1226 Cod civil „obiectul convențiilor este acela la care se angajează debitorul”, fiind un contract sinalagmatic, este format din pretatiile reciproce⁸ ale părților, prestarea muncii și respectiv salarizarea acesteia

Problema cauzei contractului individual de muncă are, în principal, un caracter teoretic⁹, înțelegerea ei de către angajatori, sub aspectul vocației practice, este extrem de importantă, în condițiile economiei de piață, mai ales în privința atragerii forței de muncă, îndeosebi pe cea înalt calificată. Cauza ca element subiectiv, de sine stătător, constă în scopul urmărit de fiecare parte prin încheierea contractului individual de muncă. Cauza trebuie să existe în mod real, să fie licită și morală¹⁰; în art. 15 din Codul muncii se prevede că este interzisă încheierea unui contract individual de muncă în scopul prestării unei munci sau unei activități ilicite sau imorale. S-a considerat că art. 15 din Codul muncii constituie o aplicație¹¹ a regulii prevăzută de art. 1238 alin. 2 din noul C. civ. potrivit căruia: „Cauza ilicită sau imorală atrage nulitatea absolută a contractului dacă este comună ori, în caz contrar, dacă cealaltă parte a cunoscut-o sau, după împrejurări, trebuia să o cunoască”.

În privința încheierii contractului individual de muncă, s-a menționat că oferta și acceptarea acesteia, trebuie să se conformeze prevederilor art. 1187-1200 cod civil, „neexistând norme specifice în legislația muncii”¹². Toate cerințele care trebuiesc întrunite pentru a se conferi consimțământului părților efectele dorite, implică o informare corectă de către angajator a viitorului salariat și invers. În vederea formării consimțământului și persoana selectată în vederea angajării are obligația consacrată legal. numai implicit, de a-l

³ Monica Gheorghe în *Dreptul individual al muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 15

⁴ I.T. Ștefănescu, *Din nou despre autonomia dreptului muncii*, în *Dreptul* nr. 11/2015, p. 130

⁵ Al. Țiclea, *Tratat de drept al muncii*, ed. a IX-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 14

⁶ I.T. Ștefănescu, *Considerații despre autonomia dreptului muncii*, în *Dreptul* nr. 12/2012, p. 122

⁷ D. Țop, *Tratat de dreptul muncii*. Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 155.

⁸ I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 250.

⁹ Dan Țop, *Tratat... op. cit.*, p. 145.

¹⁰ I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, op. cit., p. 250.

¹¹ R. Dimitriu, *Reflecții privind nulitatea contractului individual de muncă*, în *Dreptul*, nr. 4/2013, p. 164

¹² I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, op. cit., p. 252

informa pe angajator cu privire la datele sale personale. Fără a se încheia un contract special, angajatorului îi este aplicabilă¹³ norma de drept comun din art. 1184 cod civil.

Cu privire la viciile de consimțământ, arătăm că potrivit art. 1.206 C. civ., *consimțământul este viciat când este dat din eroare, surprins prin dol sau smuls prin violență. De asemenea, consimțământul este viciat în caz de leziune*

În ceea ce privește eroarea de drept, aceasta este esențială atunci când privește, o normă juridică determinantă, potrivit voinței părților, pentru încheierea contractului (art. 1207 alin. 3 C. civ.) Eroarea de drept nu poate fi invocată în cazul dispozițiilor legale accesibile și previzibile (art. 1208 alin. 2 C. civ.)¹⁴. Cu privire la dol, art. 1.214 C. civ. prevede: *„consimțământul este viciat prin dol atunci când partea s-a aflat într-o eroare provocată de manoperele frauduloase ale celeilalte părți ori când aceasta din urmă a omis, în mod fraudulos, să îl informeze pe contractant asupra unor împrejurări pe care se cuvenea să i le dezvăluie”*. Exemplul tipic¹⁵ de dol la încheierea contractului de muncă îl constituie prezentarea unor acte de studii false sau raportarea în CV-ul applicantului a unor stagii de experiență inexistente. Atât în cazul erorii (art. 1207 C. Civ.), cât și în cel al dolului (art. 1274 C. Civ.) este suficient să fi fost afectată doar voința unei dintre părți¹⁶. S-a spus¹⁷ că „o mențiune specială trebuie făcută. referitor la temerea insuflată, nou reglementată de art. 1217 din noul C. civ. Sub imperiul vechiului C. civ. (1864), violența putea conduce la anularea actului numai în măsura în care temerea era indusă fără drept, de cealaltă parte sau de un terț. Acesta este sensul în care violența ca viciu de consimțământ este în prezent definită de art. 1216, C. civ. prevăzând ca *există violență atunci când temerea insuflată este de așa natură încât partea amenințată putea să creadă, după împrejurări că, în lipsa consimțământului său, viața, persoana, onoarea sau bunurile sale ar fi expuse unui pericol grav și iminent*. Dar, potrivit noului C. civ., prin excepție, nu numai amenințarea injustă, dar și amenințarea cu exercițiul unui drept poate avea drept consecință anularea contractului, atâta timp cât scopul amenințării este injust. Potrivit art. 1217 C. civ. „*constituie violenta și temerea insuflată prin amenințarea cu exercițiul unui drept făcută cu scopul de a obține avantaje injuste*”.

Sub imperiul Noului Cod civil, leziunea este un viciu de consimțământ cu un domeniu de incidență general. Ea implică, în mod cumulativ, un dezechilibru flagrant între prestații și exploatarea unuia dintre partenerii contractuali. Admisibilitatea unei acțiuni în nulitatea contractului individual de muncă pentru leziune a fost apreciată¹⁸ ca nefiind în discordanță cu specificul raportului juridice de muncă. iar după părerea noastră posibilă¹⁹. S-a arătat că „este considerat valabil contractul individual de muncă în care salariul negociat și stipulat este mic, raportat la pregătirea sau la volumul de muncă al salariatului, deoarece restricția adusă de art. 1221 C. civ. libertății contractuale prin reglementarea leziunii între adulți nu se justifică în perimetrul unei ramuri de drept în care libertatea contractuală este deja restricționată prin impunerea salariului minim, ca și a celorlalte norme de protecție a

¹³ *Ibidem*, p. 258

¹⁴ R. Dimitriu, *Reflecții privind nulitatea contractului individual de muncă* în Dreptul, nr. 4/2013, p. 163-175

¹⁵ *Idem*

¹⁶ I.T Ștef ă nescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, op. cit., p. 250

¹⁷ Raluca Dimitriu, *Reflecții privind nulitatea contractului individual de muncă* în Dreptul, nr. 4/2013, p. 163-175

¹⁸ I.T. Ștef ănescu, Ș. Beligrădeanu, *Privire analitică asupra corelației dintre Noul Cod civil și Codul muncii*, în Dreptul nr. 12/2009, p. 23.

¹⁹ Dan Țop, *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2015, p. 165.

salariatului. De altfel, premisa caracterului protectiv al dreptului muncii o constituie tocmai posibilitatea negocierii unui contract lezionar pentru lucrător – altfel spus, posibilitatea angajatorului de a-și exploata poziția dominantă pe care o are de regulă în raport cu acesta – posibilitate pe care legiuitorul o preîntâmpină prin instaurarea unor limite sub care părțile nu vor putea negocia în detrimentul celui ce muncește. Odată respectate aceste limite, nulitatea, în acest temei, nu-și mai are locul”²⁰. Un asemenea punct de vedere este considerat eronat, cu motivarea că „de vreme ce legislația muncii nu consacră posibilitatea negocierii unui contract lezionar pentru lucrător. Așa fiind, dispozițiile art. 1221-1222 din noul Cod civil întregesc prevederile Codului muncii (cât privește viciul de consimțământ al leziunii), nefiind incompatibile, de regulă, cu specificul raporturilor juridice de muncă reglementate de acest cod”.²¹

Codul muncii a consacrat impunerea formei scrise ca cerință pentru însuși validitatea contractului individual de muncă. Consecința neconformării o constituie nulitatea contractului individual de muncă încheiat cu nerespectarea acestei forme. La fel, și art. 1242 alin. 1 din noul C. civ. prevede că *este lovit de nulitate absolută contractul încheiat în lipsa formei pe care, în chip neîndoielnic, legea o cere pentru încheierea sa valabilă*.

Orice contract, deci și cel de muncă, încheiat cu încălcarea obligațiilor cerute de lege pentru încheierea sa valabilă este lovit de nulitate, potrivit art. 1246 alin. 1 din Codul civil, nulitate care poate fi (art. 1246 alin. 2 C. civ.) absolută sau relativă, distincție care pentru dreptul muncii nu are relevanță²², în schimb este aplicabilă²³ în materia contractului de muncă prevederea cuprinsă în alin. 4 al art. 1246, potrivit căreia prin acordul părților nu pot fi instituite și nici suprimate cauze de nulitate.

În doctrină, s-a menționat că „un aspect fundamental care delimitează dreptul muncii de dreptul civil îl constituie limitarea prin lege a principiului libertății contractuale în scopul protecției salariatului.”²⁴. Contractul individual de muncă își produce, ca orice contract civil, efectele față de părțile care l-au încheiat, art. 37 din Codul muncii prevede că „drepturile și obligațiile privind relațiile de muncă dintre angajator și salariat sunt stabilite prin negociere, în cadrul contractelor colective de muncă și al contractelor individuale de muncă”, ceea ce determină și calitatea de izvor de drept specific ale contractului individual de muncă. Codul muncii nu cuprinde reglementări speciale cu privire la negocierea individuală propriu-zisă, fiind aplicabile²⁵, în consecință, normele drept comun, art. 1182-1184 C. civ. Caracteristic pentru dreptul muncii este că salariații, potrivit art. 38 din Codul muncii, nu pot renunța la drepturile ce le sunt recunoscute prin lege, orice tranzacție prin care se urmărește renunțarea la drepturile recunoscute de lege salariaților sau limitarea acestor drepturi fiind lovită de nulitate.

Sunt instituții juridice cu privire la care Codul muncii face referiri exprese la instituțiile similare din dreptul civil (distinct și, în plus, față de art. 278 alin. 1)²⁶. Astfel, răspunderea patrimonială (reciprocă) a părților raportului juridic de muncă izvorăște ca urmare a existenței contractului individual de muncă și se întemeiază, conform art. 253 și art. 254 din

²⁰ Raluca Dimitriu, *Reflecții privind nulitatea contractului individual de muncă*, în *Dreptul*, nr. 4/2013, p. 163-175.

²¹ Ș. Beligrădeanu, I.T. Ștefanescu, *Incidența dispozițiilor noului Cod civil privitoare la viciul de consimțământ al leziunii în domeniu contractului individual de muncă*, în *Dreptul* nr. 2/2014, p. 126-140

²² I.T. Ștefanescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, op. cit., p. 310

²³ Raluca Dimitriu, *Reflecții privind nulitatea contractului individual de muncă*, art. cit., p. 167

²⁴ I.T. Ștefanescu, *Tratat...op. cit.*, p. 91.

²⁵ *Ibidem*, p. 259

²⁶ I.T. Ștefanescu, *Din nou despre autonomia dreptului muncii*, art. cit., p. 127

Codul muncii, „pe normele și principiile răspunderii civile contractuale”. Nu este însă vorba despre o răspundere contractuală civilă pură, deoarece, dacă s-ar accepta opinia că ar fi o răspundere contractuală civilă pură nu și-ar găsi nicio justificare reglementarea de sine stătătoare în Codul muncii a răspunderii patrimoniale⁴⁷ (în titlul XI, cap. III).²⁷

O asemenea influență se manifestă și în sens invers, fiind semnalat în doctrină faptul că „anumite reglementari – apărute inițial ca reglementari specifice dreptului muncii – au fost preluate și incorporate în noul Cod civil. Astfel, spre exemplu, a fost consacrat expres în Codul civil principiul bunei-credințe (art. 14) prin preluarea sa din cuprinsul art. 8 alin. 1 din Codul muncii. Tot astfel, a fost preluată constatarea sau declararea nulității contractului prin acordul părților (art. 1246 alin. (3) C. civ.), aplicându-i-se reglementarea cuprinsă în art. 57 alin. 6 din Codul muncii. În acest fel, reglementări care, la debutul lor, erau specifice unui singur contract – cel de muncă – au dobândit caracter general, în cadrul dreptului privat”²⁸.

Noul cod de procedură civilă, are desigur, dispoziții care interesează dreptul muncii, printre acestea fiind cele referitoare la principiile fundamentale ale procesului civil (oralitatea, publicitatea, contradictorialitatea, rolul activ al instanței) care se aplică și în cazul jurisdicției muncii;²⁹

Art. 420, din noul cod de procedură civilă, care prevede în alin. 1 că „hotărârea se redactează de judecătorul care a soluționat procesul. Când în compunerea completului de judecată intră și asistenți judiciari, președintele îl va putea desemna pe unul dintre aceștia să redacteze hotărârea”, are o largă aplicare în redactarea hotărârilor prin care se soluționează litigii de muncă, însă nici de această dată nu se face corelația necesară dintre calitatea de membru al completului de judecată și votul consultativ al asistenților judiciari. În alin. 2 al aceluiași articol se dispune că „în cazul în care unul dintre judecători sau asistenți judiciari a rămas în minoritate la deliberare, el își va redacta opinia separată, care va cuprinde expunerea considerentelor, soluția pe care a propus-o și semnătura acestuia. De asemenea, judecătorul care este de acord cu soluția, dar pentru considerente diferite, va redacta separat opinia concurentă”, având consecințe directe în materia litigiilor de muncă.

Art. 442 alin. 1 pct. 2 și 3 din acest Cod prevăd că hotărârile primei instanțe sunt executorii de drept când au ca obiect: 1. plata salariilor sau a altor drepturi izvorate din raporturile juridice de muncă, precum și a sumelor cuvenite, potrivit legii, șomerilor; 2. despăgubiri pentru accidente de muncă.... Conform art. 274 din Codul muncii hotărârile pronunțate în fond sunt definitive și executorii de drept. Executarea hotărârilor judecătorești reprezintă ultima fază a procesului³⁰ civil, deosebit de importantă, deoarece scopul activității judiciare nu se poate limita doar la obținerea unei hotărâri judecătorești favorabile, ci este necesar să se procedeze la realizarea obligației dispuse prin aceasta. În literatura de specialitate, s-a subliniat³¹ că între textul art. 274 din codul muncii și art. 214 din Legea nr. 62/2011, a dialogului social, nu există³² o contradicție de esență, ele sunt complementare. Există și opinia³³ că exprimarea din art. 214 din Legea dialogului social este superfluă, și că probabil legiuitorul a dorit ca aceste hotărâri să nu mai fie executorii de

²⁷ Ibidem, p. 129

²⁸ Ibidem, p. 132

²⁹ Dan Țop, *Tratat...*, op. cit., p. 80

³⁰ Ioan Leș, *Tratat de drept procesual civil*, ed. a III-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 87.

³¹ Emilian Lipcanu, *Discuții cu privire la unele controverse doctrinare recente, cu implicații practice, în domeniul dreptului muncii*, în *Dreptul* nr. 4/2012, p. 121-132.

³² Alexandru Țiclea, *Codul muncii comentat*, ed. a V-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 319

³³ Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 986

drept, numai că astfel, textul respectiv intră, parțial, în conflict cu prevederile art. 278 C. pr. civ., potrivit căruia *„hotărârile primei instanțe sunt executorii de drept când au ca obiect: 1. plata salariilor sau a altor drepturi izvorâte din raporturile juridice de muncă, precum și a sumelor cuvenite, potrivit legii, șomerilor; 2. despăgubiri pentru accidente de muncă;...”*

Nu este mai puțin adevărat că prevederile de mai sus fac parte din secțiunea V a capitolului IV din Codul de procedură civilă, intitulată „Execuția vremelnică”, apreciată de legiuitor ca „executare provizorie de drept”, fiind vorba de executarea unor hotărâri a căror întârziere ar putea avea consecințe grave (de exemplu neprimirea salariului datorat de angajator). De aceea, cum justificat s-a apreciat³⁴ „o altă diferență între cele două acte normative privește caracterul hotărârilor instanței de fond. Ele „sunt definitive și executorii de drept” (art. 274 C. muncii) sau doar „definitive” (art. 214 din Legea nr. 62/2011). În încercarea de a desluși care text este aplicabil, trebuie să apelăm la dispozițiile Codului de procedură civilă. Nu toate hotărârile pronunțate cu ocazia soluționării conflictelor de muncă sunt susceptibile de executare silită, printre acestea se numără: hotărârile judecătorești de constatare a nulității absolute a contractului individual sau colectiv de muncă; de constatare a existenței raporturilor de muncă; de constatare a încetării sau modificării raporturilor de muncă; de reconstituire a vechimii în muncă etc. În schimb pot fi executate silit dispozițiile cuprinse în hotărâri judecătorești: de obligare la plata unei sume de bani; de reintegrare în muncă; de predare sau restituire bunuri mobile individual determinate (echipamente speciale sau de protecție, documente, cum ar fi carnetul individual de muncă etc.).

Cu privire la căile de atac, art. 477 alin. 2 prevede că: *„nu sunt supuse recursului hotărârile pronunțate în cererile prevăzute la art. 92 pct. 1 lit. a-k, în cele privind navigația civilă și activitatea în porturi, conflictele de muncă și de asigurări sociale, în materie de expropriere....”* Deci, împotriva hotărârilor pronunțate de tribunale în litigiile de muncă se poate declara numai apel, care se soluționează de instanța ierarhic superioară, respectiv de Curtea de Apel. Se instituie doar două grade de jurisdicție: fond și apel. Finalitatea acestei măsuri a constituit-o, probabil, sporirea celerității judecării cererilor de chemare în judecată și degrevarea instanțelor de o serie de cereri mai mult sau mai puțin întemeiate. Cu toate acestea, s-a apreciat³⁵ că posibilitatea controlului judiciar efectuat de instanța de recurs reprezenta o garanție în plus pentru obținerea unei sentințe corecte și legale.

Noul Cod pe procedură civilă prevede în Capitolul VIII art. 722-724 posibilitatea întoarcerii executării dacă se desființează hotărârea primei instanțe *„cel interesat are dreptul la întoarcerea executării, prin restabilirea situației anterioare acesteia”*. Este posibil ca în virtutea caracterului executoriu de drept al hotărârilor când au ca obiect plata salariilor sau a altor drepturi izvorâte din raporturile juridice de muncă (art. 442 alin. 1 pct. 2) să se solicite și să se obțină plata salariilor de care a fost lipsit salariatul în mod nelegal sau chiar reintegrarea sa în muncă. Făcând aplicarea art. 723 alin. 1, *„În cazul în care instanța judecătorească a desființat titlul executoriu sau însăși executarea silită, la cererea celui interesat, va dispune, prin aceeași hotărâre, și asupra restabilirii situației anterioare executării”*. Dacă instanța care a desființat hotărârea executată a dispus rejudecarea în fond a procesului și nu a luat măsura restabilirii situației anterioare executării, această măsură se va putea dispune, precizează alin. 2 al aceluiași articol, de instanța care rejudecă fondul. Este posibil, de cele mai multe ori să nu se solicite de angajatorul căruia i se admite calea de atac și restabilirea situației anterioare, situație în care, conform art. 723 alin. 3 *„cel îndreptățit o*

³⁴ Alexandru Țiclea, *Necesitatea codificării dispozițiilor legale privind jurisdicția muncii*, în Revista română de dreptul muncii nr. 3/2012, p. 30

³⁵ Andreea Dumitrescu, *Apelul și recursul*, www.juridice.ro

va putea cere, pe cale separată, instanței de executare”, astfel angajatorul respectiv poate solicita întoarcerea executării subsecvent, printr-o cerere (acțiune) separată, adresată nu „instanței judecătorești competente potrivit legii” (art. 404/2 alin. 3 C. pr. civ.), respectiv, tribunalului „de drept comun” – secția/completul specializat pentru soluționarea conflictelor de muncă, ci judecătoriei ca instanță de executare, unde „Judecata se va face de urgență și cu precădere, hotărârea fiind supusă numai apelului”.

Noul cod de procedură civilă cuprinde dispoziții referitoare la situația prevăzută de art. 519-521, atunci când Înaltei Curți de Casație și Justiție i se solicită să pronunțe o hotărâre prin care să se dea rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizată³⁶. Apreciată ca „o instituție juridică inedită în legislația română, care își găsește întrucâtva sorgintea în art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene”³⁷, considerăm că interesul de a se asigura o practică unitară a instanțelor judecătorești prin intermediul acestei instituții nu este lipsit de critici. În primul rând se susține că „judecătorii care sesizează Înalta Curte sunt îmboldiți să nu facă cea mai mica strădanie de gândire, de raționament, de judecată pentru lămurirea unei probleme de drept de care depinde soluționarea cauzei în fond și să „paseze” completului special al Înaltei Curți săvârșirea acestui efort mental”, iar în al doilea rând „o rezolvare a unei „chestiuni de drept”, care este „nouă”, poate uneori fi concepută, inițial, într-un sens, pentru ca, apoi, după un timp, să fie soluționată fie contrar, fie cu fel de fel de nuanțări, întrucât *ab initio* nu puteau fi întrezărite o serie de laturi ascunse („capcane”) ale textelor, aspecte ce s-au dezvăluit, pe parcursul vremurilor, prin confruntarea normelor legale cu unele realități ale vieții, evidențiate *tractatu temporis* de cazuistică judiciară”.³⁸ Cu privire la activitatea instanțelor judecătorești care soluționează litigii de muncă se pot privi și alte inconveniente legate de particularitatea soluționării litigiilor de muncă:

- unele inconveniente legate de posibilitatea suspendării cauzelor similare aflate pe rolul instanțelor judecătorești, neprecizându-se care sunt instanțele ce soluționează cauza în ultimă instanță, cele la care hotărârile rămân definitive putând fi atacate cu apel, sau numai instanțele la care se soluționează apelul și hotărârea nu mai este susceptibilă de altă cale de atac ordinară.

- suspendarea cauzei poate aduce o știrbire ireparabilă principiului celerității³⁹ în soluționarea litigiilor de muncă, nu numai a celor în care s-a ridicat problema unei chestiuni de drept nouă, cărora li se aplică art. 520 alin. 2 care prevede că „*prin încheierea prevăzută la alin. 1, cauza va fi suspendată până la pronunțarea hotărârii prealabile pentru dezlegarea chestiunii de drept*”, dar și a altor cauze similare aflate în primă instanță sau în apel, în întreaga țară, deoarece după înregistrarea cauzei la Înalta Curte de Casație și Justiție, încheierea de sesizare se publică pe pagina de internet a acestei instanțe (art. 520 alin. 3), iar cauzele similare, aflate pe rolul instanțelor judecătorești, pot fi suspendate, prevede art. 520 alin. 4, până la soluționarea sesizării.

³⁶ C. Roșu, *Sesizarea Inaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept*, în „Curierul Judiciar” nr. 9/2012, p. 546-548.

³⁷ Șerban Beligrădeanu, *Reflecții critice cu privire la caracterul vădit dăunător bunului mers al justiției al reglementării în noul cod de procedură civilă a posibilității sesizării de către anumite instanțe judecătorești, a Inaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept*, în Dreptul nr. 3/2013, p. 108-115

³⁸ *Idem*

³⁹ Dan Țop, *Dreptul muncii – Dreptul securității sociale*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2012, p. 294.

S-a propus⁴⁰ fie ca textele art. 519-521 din noul Cod de procedură civilă să fie abrogate expres direct, iar asigurarea interpretării unitare a legii de celelalte instanțe judecătorești urmând a se înfăptui de instanța supremă *pe calea recursului în interesul legii* (art. 514-518 NCPC), fie *o nouă reglementare în materie*, asemănătoare celei din Franța, țara în care, prin art. 441-1 din Codul de organizare judiciară a acestui stat (a cărui legislație nu o dată a constituit un model pentru legislația română) statornicește că „*înainte de a statua asupra unei probleme noi de drept, prezentând o dificultate serioasă și care se ridică în numeroase litigii, tribunalele din ordinul judiciar pot, printr-o decizie nesusceptibilă de recurs, să solicite avizul Curții de Casație*”, *o simplă opinie pentru dezbateră în fond a cauzei respective*⁴¹. Un alt punct de vedere poate fi cel potrivit căruia asemenea dispoziții să nu se aplice litigiilor prin care se soluționează conflicte de muncă.

Fără pretenția de a considera că exemplele din acest studiu epuizează întreaga problematică, considerăm necesară o asemenea abordare pentru concretizarea raporturilor juridice de muncă grefate pe contractul individual de muncă.

⁴⁰ Ș. Beligrădeanu, *art. cit., supra*

⁴¹ I. Deleanu, *Privire asupra Codului de procedură civilă, aprobată prin Legea nr. 134/2010*, în „Pandectele române” nr. 9/2010, p. 22

REGLEMENTAREA VÂNZĂRII ÎN BLOC ÎN CODUL CIVIL ANTERIOR ȘI ACTUAL

Bujorel FLOREA*

Abstract:

This study analyses the regulations regarding one of the varieties of the sales agreement and namely the sale of goods in block or in bulk.

The author confronts the regulations in the field from the previous Civil Code (of 1864) and the laws included in the Civil Code in force (of 2009).

The studies focus on the time of conclusion of the sales agreement of goods in block, the time of transfer of the property and of transfer of the risk to the buyer.

This work highlights the elements of continuity of the examined legal space as well as the novelties that the civil regulation in force brings.

It is noted, among others, the situation that, in spite of the fact that the current Civil Code was implemented fairly recently, the author identifies in this law not so inspired legal regulations in the applicable area, so that it formulates legal proposal for retouching poor laws.

Moreover, the study is also characterized by the fact that it refers to the doctrinary opinions in the field of established authors and the reference jurisprudence solutions.

The paper equally addresses theoretic specialists in the field of civil contracts and practicians in the examined area.

Keywords: *block or bulk sale; identification of products; movement of property; transfer of risks*

Rezumat:

Studiul de față analizează reglementările relative la una dintre varietățile contractului de vânzare și anume vânzarea bunurilor în bloc sau cu grămada.

Autorul așează față în față reglementările în materie din Codul civil anterior (din anul 1864) și normele legale cuprinse în Codul civil în vigoare (din anul 2009).

Cercetările sunt îndreptate asupra momentului încheierii contractului de vânzare a bunurilor în bloc, momentului transferului proprietății și cel al transmiterii riscului către cumpărător.

În cuprinsul lucrării sunt scoase în evidență atât elementele de continuitate din spațiul juridic examinat, cât și elementele de noutate pe care le aduce reglementarea civilă în vigoare.

De remarcat ar fi, printre altele, împrejurarea că, în pofida faptului că actualul Cod civil a fost pus în aplicare relativ recent, autorul identifică prezența în acest act normativ a unor norme juridice nu tocmai inspirate în zona de incidență, astfel că formulează propuneri de lege ferenda pentru retușarea normelor deficitare.

Totodată, studiul se caracterizează și prin faptul că se raportează la punctele de vedere doctrinare în materie ale autorilor consacrați și la soluțiile jurisprudențiale de referință.

* Conf. univ. dr. la Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative București a Universității "Spiru Haret";

Lucrarea se adresează, în egală măsură, specialiștilor teoreticieni în domeniul contractelor civile, dar și practicienilor în perimetrul examinat.

Cuvinte-cheie: vânzarea în bloc sau cu grămada; individualizarea bunurilor de gen; strămutarea proprietății; transmiterea riscurilor

1. Sediul materiei

În Codul civil anterior, sediul legal al acestui tip de vânzare se regăsea în art. 1299.

Potrivit textului de lege evocat, *”Dacă s-au vândut marfe cu grămada, vinderea este perfectă, deși marfele n-au fost încă cântărite, numărate sau măsurate”*.

Sediul materiei privind vânzarea bunurilor în bloc sau cu grămada în Codul civil în vigoare se află în dispozițiile art. 1679.

În conformitate cu aceste prevederi, *”Dacă însă mai multe bunuri sunt vândute în bloc și pentru un preț unic și global, proprietatea se strămută cumpărătorului îndată ce contractul s-a încheiat, chiar dacă bunurile nu au fost individualizate”*.

2. Comparație între Codul civil anterior și Codul civil în vigoare.

Comparând cele două reglementări, aceea din Codul civil în vigoare (din 2009) și aceea din Codul civil de la 1864 (abrogat), putem să stabilim diferențele de reglementare.

Astfel, momentul transferului dreptului de proprietate și al riscurilor, în condițiile Codului civil anterior, era acela al încheierii convenției, adică odată cu stabilirea acordului de voință al părților privind vânzarea în bloc.

În acest sens s-a pronunțat doctrina¹, susținând că în situația vânzării întregii recolte de cereale a unei moșii, proprietatea și riscurile treceau asupra cumpărătorului prin simplu acord de voință al părților

Punctul de vedere evocat era în contradicție cu opinia altor autori² care apreciau că în ipoteza dată era vorba despre o vânzare după greutate, măsură sau număr (vânzare a bunurilor de gen și nicidecum o vânzare în bloc), deoarece operațiunile de măsurare, cântărire sau de numărare trebuiau efectuate pentru a determina prețul lucrurilor.

Ca atare, potrivit acestei opinii, până la realizarea operațiunilor menționate, dreptul de proprietate și riscurile pieirii bunurilor aparțineau vânzătorului.

În ceea ce ne privește, ne-am fi raliat opiniei potrivit căreia în cazul examinat era vorba despre o vânzare în bloc sau cu grămada.

Teza susținută de curentul contrar, și anume că ne-am fi aflat în ipoteza vânzării după greutate, măsurare sau numărare nu poate sta în picioare, deoarece, așa cum a stabilit jurisprudența³ și majoritatea literaturii de specialitate⁴ prețul de vânzare putea să fie și numai determinabil la data încheierii contractului, adică susceptibil de a fi determinat în viitor, în temeiul unor clauze contractuale sau prin raportare la unele elemente care nu au nicio legătură cu voința vreuneia dintre părți.

¹ A se vedea Al. B. Iliescu, *Riscurile în obligațiunile civile*, Ed. Marcu Aftalion, Calafat, 1919, p. 73-74.

² A se vedea D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român. Tomul VIII*, Ed. Soccec, București, 1925, p. 623; G. Cristescu, *Despre vinderi în dreptul roman și în dreptul român*, Ed. G.A. Lăzăreanu, București, 1898, p. 63; M. Troplong, *Droit Tipographique Belge*, Bruxelles, 1844, p. 46.

³ A se vedea Civ. 1re, 2 decembre 1997, în Bull. Civ. I, no. 340; Civ. 1re, 14 decembre 2004, în Bull. Civ. I no. 327, apud. C.E. Mangu, *op. cit.*, p. 314.

⁴ A se vedea D. Chirică, *Contracte speciale civile și comerciale*, vol. I, Ed. Rosetti, București, 2005, p. 84; R.I. Motica, F. Moțiu, *Contracte civile. Teorie și practică judiciară*, Ed. Lumina Lex, București 2004, p. 67.

În concluzie, sub incidența dispozițiilor Codului civil anterior, în cazul vânzării în bloc, atât dreptul de proprietate, cât și riscurile se strămutau asupra cumpărătorului odată cu stabilirea consimțământului, adică la momentul încheierii convenției.

Și în condițiile Codului civil în vigoare (art. 1679), în ipoteza vânzării în bloc, opinăm că dreptul de proprietate și riscurile trec asupra cumpărătorului la data încheierii contractului de vânzare⁵.

Sintagma din cuprinsul art 1679 Cod civil și anume „chiar dacă bunurile nu au fost individualizate” conduce la ideea că operațiunea de măsurare, numărare, cântărire a bunurilor generice nu mai este necesară, atâta vreme ce acestea au fost, într-un anumit mod individualizate.

Masa de bunuri generice care formează obiectul vânzării în bloc echivalează cu fizionomia bunului individual determinat și în consecință i se aplică regimul juridic al vânzării bunului individual determinat, inclusiv în ceea ce privește prețul, care este unic și global.

Într-o altă opinie⁶, riscurile se transferă la momentul predării bunurilor, deci ulterior datei stabilirii acordului de voință al părților, dacă predarea nu a avut loc concomitent cu consimțământul vânzării.

Pentru a susține o astfel de părere, sunt invocate dispozițiile art. 1274 alin. (1) Cod civil. Potrivit acestora, în lipsă de stipulație contrară, riscul contractului rămâne în sarcina debitorului obligației de predare, chiar dacă proprietatea a fost transferată dobânditorului, cât timp bunul nu este predat.

Ca atare, potrivit acestei opinii, dacă bunurile pier fortuit înainte de momentul predării lor, riscurile vor fi suportate de vânzător în baza principiului *res perit debitori*, evocat anterior.

Acesta, respectiv vânzătorul, nu va fi eliberat de obligația de a preda bunurile pierite. Fiind vorba despre bunuri de gen, vânzătorul va fi ținut de obligația de a le preda, prin procurarea altora, de aceeași cantitate, calitate și valoare cu cele care au pierit în mod fortuit.

Obligația ar rezulta din cuprinsul art. 1686 alin. (3) Cod civil, potrivit căruia vânzătorul nu este liberat de obligația de predare chiar dacă lotul din care făceau parte bunurile a pierit în totalitate, afară numai dacă lotul era în mod expres indicat în contract.

Nu suntem de acord cu punctul de vedere care susține că riscurile, în cazul vânzării în bloc s-ar transmite ulterior încheierii vânzării și anume la data îndeplinirii obligației de predare.

Deși opinia pe care nu o împărtășim invocă în mod corect dispozițiile legale în materie [art. 1274 alin. (1) Cod civil și art. 1686 alin. (3) C. civ.], totuși nu le interpretează pe măsură.

În ceea ce ne privește, apreciem că dispozițiile art. 1274 alin. (1) reprezintă regula cu privire la materia transmiterii riscurilor în cazul contractelor translativ de proprietate. Această regulă stabilește că riscul contractului rămâne în sarcina debitorului obligației de predare, în lipsă de stipulație contrară și dacă bunul nu a fost predat.

Numai că, pe cale de excepție, în situația vânzării în bloc, potrivit dispozițiilor art. 1686 alin. (3) teza ultimă, C. civ., vânzătorul este eliberat de obligația de predare. Sintagma

⁵ În același sens, a se vedea S. Neculaescu, L. Mocanu. Gh. Gheorghiu, I. Ghenoiu, A. Țuțuianu, *Instituții de drept civil. Curs selectiv pentru licență*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 360.

⁶ A se vedea C.E. Mangu, *Riscul în principalele contracte civile potrivit noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 315-316; M-L. B. Magdo, *Contractul de vânzare în noul Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 450.

potrivit căreia „lotul era anume arătat în convenție”, întâlnită în cuprinsul textului precitat, nu înseamnă altceva decât faptul că ne situăm în ipoteza vânzării în bloc sau cu grămada.

Așa fiind, rezultă că în cazul acestui tip de vânzare (vânzare în bloc), atât proprietatea cât și riscurile trec asupra cumpărătorului în momentul încheierii contractului.

Prin urmare, dacă bunurile din lotul supus vânzării în bloc pier în mod fortuit după stabilirea consimțământului părților privind vânzarea, riscurile cad în sarcina cumpărătorului.

Susținerea că⁷ vânzătorul va fi ținut în continuare de obligația predării bunurilor prin procurarea altora de aceeași calitate, cantitate sau valoare nu stă în picioare, nefiind în prezența vânzării bunurilor de gen, ci în ipoteza vânzării în bloc a bunurilor.

Or, în acest ultim caz, obiectul vânzării (adică bunul și prețul) este clar individualizat⁸.

Ceea ce am subliniat în cele ce preced rezultă în mod logic din textele de lege în vigoare la care am făcut referire. Altfel spus, legea nu obligă să avem o astfel de poziție, adică să recunoaștem că reglementarea în vigoare nu poate fi denaturată.

Interpretând corect dispozițiile legale în materie, nu avem rezerve însă să observăm că acestea sunt deficitare și că au dreptate adepții părerii potrivit căreia în situația vânzării în bloc ar trebui ca riscurile să fie transmise cumpărătorului nu odată cu transferul dreptului de proprietate, ci în momentul predării bunurilor, dacă predarea nu a avut loc odată cu stabilirea acordului de voință cu privire la vânzarea cu grămada.

S-ar evita situația total nefirească după care cumpărătorul să răspundă de pieirea bunurilor pe care nu le-a preluat de la vânzător.

Prin urmare, propunem, *de lege ferenda*, ca dispozițiile art. 1686 alin. (3) C. civ. să fie modificate în sensul eliminării excepției la excepție, adică a sintagmei „afară numai dacă lotul era anume arătat în convenție” (sintagmă care se referă de fapt la vânzarea în bloc sau cu grămada) și completării tezei întâi a textului evocat prin introducerea expresă și a tipului de vânzare în bloc alături de varianta vânzării bunurilor de gen ca fiind tipuri de vânzări în care vânzătorul nu este eliberat de obligația de predare odată cu pieirea în totalitate a lotului din care fac parte bunurile respective.

Ca atare, conținutul art. (3) al art. 1686 C. civ. ar putea să aibă conținutul următor: „(3) În cazul vânzării bunurilor de gen și al vânzării în bloc sau cu grămada, vânzătorul nu este liberat de obligația de predare chiar dacă bunurile de gen, respectiv lotul din care făceau parte bunurile respective au pierit în totalitate.”

Opinăm că o astfel de reglementare ar fi mai echitabilă deoarece riscurile ar aparține vânzătorului posesor al bunurilor pierite și nicidecum cumpărătorului proprietar, dar căruia îi lipsește atributul posesiei bunurilor pierite.

3. Câteva concluzii

Vânzarea în bloc sau vânzarea cu grămada, cum se mai numește, reprezintă o varietate a contractului de vânzare frecvent utilizată în circuitul civil, și sub imperiul Codului civil anterior, și în condițiile Codului civil în vigoare.

⁷ A se vedea C.E. Mangu, *op. cit.*, p. 314.

⁸ În același sens, a se vedea Fr. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. I, *Vânzarea-cumpărarea. Schimbul*, Ediția a IV-a, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 136; M. Mureșan, *Contracte civile, vol I, Contractul de vânzare-cumpărare*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1996, p. 108.

Iată de ce, pornind de la analiza reglementărilor în domeniu, doctrinei și jurisprudenței le revin covârșitoarea misiune de a degaja sensurile în care pot fi interpretate și aplicate normele legale din spațiul de referință analizat, pentru a oferi legiuiitorului formulele de reglementare optime.

Credem că și în zona pe care am explorat-o se cuvine să primeze principiul simplificării instituțiilor și normelor juridice, ca o cerință de prim ordin pentru modernizarea și ameliorarea activității de legiferare.⁹

⁹ A se vedea, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, *Simplificarea-imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului*, sesiunea științifică, Ed. Universul Juridic, București, 2015.

EVALUARE CRITICĂ A DISPOZITIILOR REFERITOARE LA REDUCEREA CLAUZEI PENALE VĂDIT EXCESIVE – ART. 1541 ALIN.1 LIT. B C. CIV. ROMÂN. PROPUNERI DE LEGE FERENDA

*Maria DUMITRU-NICA**

Abstract:

The provisions of art. 1541 (1) b) of the Romanian Civil Code allow the court to reduce a manifestly excessive penalty clause. However, the reduction of the manifestly excessive penalty clause still raises the interest of the participants to the legal reality due to the poor manner of the regulation. This is one of the reasons for which we are trying to clarify the content of art. 1541 (1) b) Civil Code through a comprehensive study.

We have conducted a four-tier analysis of the limitations to a judge's liberty when exercising his power to reduce the penalty clause. Firstly, we sought to determine whether the penalty clause can be reduced solely at the party's request or if the court can do so ex officio. Secondly, we analyzed the prerequisites stipulated by the regulation in order for the judge to intervene. Consequently, we wondered if the court has the obligation or the mere faculty to reduce the penalty clause once its manifestly excessive character has been determined. The debate also aims to determine the limits when reducing the penalty clause and the criteria used by the judge.

The first three aspects have already been the topic of our previously published studies, hence this study will primarily refer to the extent to which a court can reduce the penalty clause. However, we will also present the conclusions of the other three studies in order to aid the reader's understanding of the practical matters at hand.

It seems as though the current regulation will generate an extensive jurisprudence, inconsistent and frequently disappointing, therefore, we will conclude by synthesizing from the four studies de lege ferenda proposals regarding art. 1541 (1) b) of the Romanian Civil Code.

Keywords: *penalty clause, reduction of the manifestly excessive penalty clause, new Romanian Civil Code, de lege ferenda proposals to the Romanian Civil Code*

Rezumat:

Legiuitorul român prin dispozițiile art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ. a conferit organelor de jurisdicție dreptul de a diminua clauza penală vădit excesivă. Cu toate acestea, în continuare, reducerea clauzei penale suscită interesul participanților la viața juridică întrucât maniera în care a fost reglementată lasă de dorit. Este unul dintre motivele pentru care, în cadrul unei cercetări mai ample din care face parte și prezentul studiu, am încercat să clarificăm conținutul art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ.

Analiza limitelor libertății instanței în exercitarea puterii de reducere a penalității am desfășurat-o pe patru paliere. Inițial, am cercetat dacă instanța poate diminua clauza penală doar la cerere sau dacă din oficiu judecătorul poate întreprinde un asemenea demers. În

* Conf. univ. dr., Facultatea de Științe Economice și Administrație Publică, Universitatea „Ștefan cel Mare”, Suceava; avocat, Baroul Iași; e-mail: av.mariadumitru@yahoo.com.

continuare am analizat condițiile prevăzute de norma juridică pentru a exista cadrul necesar pentru intervenția organului de jurisdicție. Ulterior ne-am întrebat dacă instanța, constatând caracterul vadit excesiv al clauzei penale, are obligația sau doar facultatea de a o diminua. Discuțiile vizează și limita reducerii clauzei penale și criteriile utilizate de către instanță pentru stabilirea acestei limite.

Primele trei aspecte au constituit obiectul unor articole deja publicate astfel încât în prezenta lucrare ne vom axa pe stabilirea limitei imixtiunii organului de jurisdicție asupra clauzei penale. Însă, pentru ca cititorul să aibă o imagine de ansamblu asupra punerii în practică a puterii de diminuare a clauzei penale vadit excesive vom prezenta și concluziile celorlalte trei studii.

Se pare că actuala reglementare va genera o jurisprudență vastă, neunitară și de multe ori dezamăgitoare, motiv pentru care, în final, sintetizând cele 4 studii vom prezenta propuneri de lege ferenda privind art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ. rom.

Cuvinte-cheie: clauza penală, reducerea penalității vadit excesive, noul Cod civil român, propuneri de lege ferenda Codul civil român

1. În anul 2011 a fost adoptat un nou Cod civil care, pe lângă adaptarea vechilor instituții la realitatea socio-economică a începutului de secol XXI, consacră și instituții noi reclamate de teoreticienii și practicienii dreptului. Dintre exemplele care ar putea fi date ne limităm doar la a reține că prin mai multe articole a fost conferită instanțelor de judecată puterea de a modifica contractul.

Dacă vechiul Cod civil aproape excludea o asemenea posibilitate, noul Cod civil este generos în a oferi judecătorului prerogative largi de apreciere și intervenție asupra voinței părților; toate, în principiu, cu scopul generos de a salva contractul. Nu ne-am propus să analizăm în ce măsură conferirea unor asemenea prerogative organelor de jurisdicție este sau nu oportună în actualul context social, economic, politic, nici să facem o prezentare a tuturor situațiilor în care instanța poate modifica un contract ori poate apela la criteriul „rezonabilului” pentru a se pronunța.

Ne vom limita doar la ceea ce în doctrina juridică a fost intitulat mutabilitatea/reevaluarea clauzei penale. Cercetarea noastră se va circumscrie doar art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ.¹ care consacră posibilitatea reducerii clauzei penale atunci când este vadit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului, lăsând în afara discuției diminuarea clauzei penale în cazul executării parțiale a obligației principale. De asemenea, nu vom analiza situația clauzelor penale abuzive pentru care există dispoziții speciale care reglementează mijloacele juridice la care se poate apela, sancțiunile care intervin și procedura de urmat.

Prerogativa reducerii clauzei penale vadit excesive a fost reglementată într-o manieră care ni se pare că ar putea genera jurisprudență contradictorie și de multe ori dezamăgitoare. Este motivul pentru care, în cadrul unei cercetări mai ample – din care face parte și prezentul studiu-, am încercat să aducem o serie de lămuriri cu privire la conținutul art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ., analiză ce cuprinde patru paliere. Inițial, este de lămurit dacă

¹ Potrivit art. 1541 C. civ., cu denumirea marginală „Reducerea cuantumului penalității”, prevede că: „(1) Instanța nu poate reduce penalitatea decât atunci când: **a)** obligația principală a fost executată în parte și această executare a profitat creditorului; **b)** penalitatea este vadit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului. (2) În cazul prevăzut la alin. (1) lit. b), penalitatea astfel redusă trebuie însă să rămână superioară obligației principale. (3) Orice stipulație contrară se consideră nescrisă.”

instanța poate reduce clauza penală doar la cerere sau dacă din oficiu judecătorul poate întreprinde un asemenea demers. În al doilea rand, analiza limitelor puterii instanței vizează întrunirea condițiilor prevăzute de norma juridică în speța dedusă judecării pentru a exista cadrul necesar intervenției sale. În acest context ne întrebăm care vor fi elementele de care judecătorul va ține seama pentru a stabili caracterul „*vădit excesiv*” al clauzei penale raportat la „*prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului*”. Ulterior constatării îndeplinirii acestor cerințe se poate discuta dacă instanța are obligația sau doar facultatea de a o diminua. Nu în ultimul rand ar fi interesant de știut care va fi cuantumul clauzei penale reduse și care vor fi criteriile de stabilire ale acestuia.

Analiza primelor trei aspecte a constituit obiectul unor articole deja publicate astfel încât în prezenta lucrare ne vom axa pe determinarea limitelor imixtiunii organului de jurisdicție asupra clauzei penale. Însă, pentru ca cititorul să aibă o imagine de ansamblu asupra punerii în practică a puterii de reducere a clauzei penale vadit excesive și pentru a putea conchide cu privire la această chestiune vom prezenta și concluziile celorlalte trei studii. În final, sintetizând întreaga noastră cercetare, vom prezenta propuneri de *lege ferenda* privind art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ.

2. Pentru a urma firul logic al demersului doctrinar vom începe cu prezentarea, pe scurt, a aspectelor deja analizate.

Din modul în care este formulat art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ. rezultă că, în principiu, instanțele de judecată nu pot modifica clauza penală. Cu totul excepțional și numai în măsura în care sunt întrunite condițiile din ipoteza normei juridice, instanța de judecată ar putea modifica clauza contractuală care stabilește penalitatea.

2.1. Pe fondul tăcerii legiuitorului și ținând seama de principiile fundamentale ale procesului civil, am încercat să aflăm² dacă judecătorul, în actualul cadru legislativ, poate să diminueze penalitatea vădit excesivă doar în situația în care a fost investit cu o asemenea cerere sau ar putea să exercite această prerogativă și în absența unei solicitări exprese cuprinse în *petitul* acțiunii (în cadrul unui litigiu *pendinte*).

De *lege ferenda*, am propus ca până la apariția unei practici neunitare în materie legiuitorul român să intervină și să clarifice această problemă prevăzând în corpul art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ. expresia: „*la cerere*” ori „*din oficiu*”, similar omologilor săi din celelalte state. Argumente consistente pot fi aduse în favoarea oricăreia dintre variante, însă în ceea ce ne privește am fost de părere că ar trebui permis judecătorului ca doar „*la cerere*”³ să poată diminua clauza penală – prin aceasta înțelegându-se orice formă de antamare a discuției privind caracterul vădit excesiv al penalității (fie pe cale de acțiune – prin cererea de chemare în judecată, fie pe cale de apărare – prin întâmpinare sau chiar prin concluziile părților). De reținut că chiar și în situația în care în text ar exista expresia „*din oficiu*”, instanței nu i-ar fi permis să se sesizeze din oficiu, ci doar să invoce caracterul excesiv al clauzei penale în cadrul unui proces *pendinte*, atunci când pe aceasta temă niciun dialog nu a fost purtat.

² Dumitru-Nica M., *Reducerea clauzei penale vădit excesive – „la cerere” sau și „din oficiu”?*, în „Dreptul” nr. 8/2014, p. 43-53.

³ Așa cum se întâmplă în cazul reducerii penalității de nedeclarare în materia obligațiilor fiscale ori a reducerii penalităților de întârziere reglementate de art. 905 C. pr. civ.

2.2. Caracterul facultativ sau obligatoriu al intervenției instanței atunci când a constat că sunt întrunite condițiile legale pentru exercitarea prerogativei sale de a reduce clauza penală este un alt aspect controversat, art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ. fiind suceptibil de două interpretări diametral opuse.

Fiecare dintre variante poate fi susținută cu argumente pertinente⁴ însă se pare că în actualul cadru legislativ balanța înclină spre a păstra neîngrădită libertatea instanței. Cu alte cuvinte judecătorul poate să opteze pentru menținerea integrală a clauzei penale vădit excesive, nefiind obligat să o reducă.

Propunerea de *lege ferenda* pe care am enunțat-o mai sus, ca legiuitorul român să consacre că reducerea penalității vădit excesive se poate realiza doar „la cerere” este în consonanță cu exercitarea facultativă a unei asemenea puteri de către instanța de judecată.

2.3. Analiza exercitării puterii de intervenție asupra clauzei penale vizează și întrunirea condițiilor prevăzute de ipoteza normei juridice, în speța dedusă judecății, pentru a exista cadrul necesar pentru imixtiunea sa.

Condiția de drept material esențială pentru intervenția instanței este de a se constata că „penalitatea este vădit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului”.

Interpretarea acestei cerințe generează numeroase întrebări asupra cărora am încercat să schițăm un răspuns. Explicarea noțiunilor de „prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului”, „excesivitate vădită a penalității” conturarea criteriilor obiective și sau subiective de care vor uza instanțele pentru aprecierea acestora, alegerea momentului în raport de care se vor determina elementele anterior amintite sunt doar câteva repere ale studiului nostru⁵.

Determinarea „prejudiciului ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului” va determina soluții dintre cele mai diverse în practica instanțelor datorită dificultății de determinare a „prejudiciului previzibil”. Iată câteva aspecte din multitudinea celor care ar putea fi „măr al discordiei”: obiectul previziunii părților vizează cauza prejudiciului sau și cotitatea acestuia; previzibilitatea prejudiciului vizează elementele intrinseci ale pagubei ori expresia sa monetară; stabilirea momentului la care se va plasa judecătorul pentru detreminarea elemente necesare intervenție asupra clauzei penale (*previzibilitatea prejudiciului* (a componentelor sale intrinseci), *cuantumul prejudiciului* previzibil, *vădita excesivitate a penalității și valoarea obligației* principale) având în vedere că există mai multe posibilități: momentul încheierii contractului, momentul neexecutării obligației principale, momentul sesizării instanței sau cel al pronunțării hotărârii judecătorești. Propunerea noastră argumentată a fost de a admite că există un moment unic al evaluării și că acesta este cel al încheierii contractului. S-ar ajunge astfel ca toate elementele ce vizează exercitarea prerogativei de reevaluare a clauzei penale – prejudiciu previzibil, întinderea acestuia, excesivitatea vădită, mărimea reducerii – să fie cunoscute la momentul încheierii contractului, ceea ce ar fi un plus atât pentru creditor cât și pentru debitor și ar facilita sarcina instanței în aplicarea art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ.

⁴ Dumitru-Nica M., *Reducerea clauzei penale – reținută a fi „vădit excesivă” în temeiul art. 1541 alin. (1) lit. b din noul Cod civil – constituie o facultate sau o obligație pentru instanța de judecată?*, în „Dreptul” nr. 4/2015, p. 23-36.

⁵ Dumitru-Nica M., *Reducerea clauzei penale vădit excesivă – o cutie a Pandorei în dreptul civil roman?*, în *Liber amicorum Liviu Pop*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 238-261.

2.4. Nu în ultimul rând ar trebui știut care va fi limita imixtiunii instanței asupra clauzei penale vădit excesive și care vor fi criteriile de stabilire a marjei ce trebuie să existe între cuantumul penalității reduse și obligația principală.

Așa cum am precizat la începutul lucrării acest aspect îl vom aborda pe larg.

2.4.1. Repere istorice și de drept comparat privind limitele intervenției instanței asupra clauzei penale

Sub influența dreptului canonic din Evul mediu dimensionarea intervenției asupra clauzei penale era circumscrisă *prejudiciului real, efectiv suferit de creditor*. În secolul al XVI-lea Domolin a transferat această idee în dreptul civil și ulterior, în secolul al XVIII-lea, Pothier a preluat tot ce era cunoscut despre regimul juridic al clauzei penale⁶.

În pofida faptului că această idee era clar exprimată în teorie și practică înainte de adoptarea Codului civil francez de la 1804, ea nu a fost integrată inițial în Codul civil francez, instanței nefiindu-i recunoscut dreptul de reevalua clauza penală. Ulterior, începând cu anul 1985, art. 1152 alin. 2 Cod civil francez prevede că penalitatea poate fi diminuată sau majorată de către instanță atunci când este „*vădit excesivă sau derizorie față de prejudiciul suferit de creditor*.”

Codul civil italian dispune în art. 1384 că „penalitatea poate fi *diminuată echitabil* de către judecător (...) dacă cuantumul sumei stabilit în clauză este vădit excesiv, *având în vedere interesul creditorului în executare*”.

Codul civil german (BGB) în art. 343 arată că „dacă penalitatea suportată este disproporționat de ridicată, ea poate fi (...), *redușă la o sumă rezonabilă*.”⁷ În continuare articolul consacră că „pentru a aprecia *ce este rezonabil* trebuie ținut seama de toate interesele legitime ale creditorului și nu numai de interesele sale patrimoniale.”⁸

În Elvetia, în intervenția sa asupra contractului „judecătorul ia în considerare *mai ales gravitatea vinei și a violării contractului, interesul în respectarea interdicției și situația economică a părților*”.

În dreptul american, britanic și belgian se face distincție între clauzele de daune-interese, care au o natură exclusiv indemnitară – *liquidated damages* – *valabile*, dar care nu pot fi diminuate – și penalitate – *penalty* –, al cărei scop nu este fixarea reparației prejudiciului suferit de creditor, ci sancționarea debitorului și care este considerată *nulă, indiferent de valoarea ei*. Sancțiunea nulității intervine pentru orice clauza penală (*penalty*) nu numai pentru una vădit excesivă. Însă „*mărimea excesivă a sancțiunii în raport cu mărimea daunelor previzibile la momentul contractării*” este adeseori reținută pentru a califica clauza ca *penalty*, și în acest fel a se pronunța nulitatea.

Principiile UNIDROIT⁹ în art 7.4.13 alin. 2 prevăd că în ciuda oricărei înțelegeri contrare, suma penalităților specificată în contract *poate fi redusă la una rezonabilă* atunci

⁶ Bugnet A., *Œuvres de Pothier annotées et mises en correlation avec Code civil et la législation actuelle*, 1861, t. II, sp. nr. 345, *apud* Mazeaud D., *La notion de clause penale*, Librairie Generale de Droit et de la Jurisprudence, E. J. A., Paris, 1992, p. 294

⁷ În afară de clauza penală – stipulație cu vocație coercitivă – în dreptul german există clauze de evaluare anticipată a pagubei, care au un caracter exclusiv indemnitar și sunt supus unui regim distinct. Astfel, judecătorul poate reduce aceste clauze până la mărimea prejudiciului.

⁸ În raporturile comerciale, potrivit Codului comercial german (HGB) orice reducere judiciară a clauzei penale este exclusă.

⁹ Principiile Institutului Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat de la Roma, elaborate între 1971-1994. Cu privire la eficacitatea clauzei penale inclusă în contractele de comerț internațional a se

când este exagerat de mare față de *prejudiciul rezultat din neexecutare ținând seama și de celelalte circumstanțe*.¹⁰

Art. 9509 alin. 2 al Principiilor dreptului european cuprinde o formulare potrivit căreia suma stabilită prin contract poate fi redusă la un *quantum rezonabil* dacă este „manifest excesivă în raport cu prejudiciul rezultat și cu alte circumstanțe”.

Proiectul Codului european al contractelor¹¹ prevede în art. 170 alin. 4 că judecătorul poate interveni în contract când există un *dezechilibru pregnant între prestațiile părților*.

În România, Codul civil de la 1864, fidel modelului său – Codul civil francez-, nu a consacrat posibilitatea reducerii clauzei penale excesive de către instanță. Însa, problema reevaluării clauzei penale inserată în contracte, când are un caracter vădit excesiv, s-a pus de multe ori în litigiile de drept privat. Pentru prima oară, aptitudinea celui care spune dreptul de a proceda la reevaluarea acesteia a fost afirmată explicit și neechivoc în soluțiile date de tribunalele arbitrale în litigiile comerciale începând cu anul 1998.¹² În absența unui text care să confere expres o asemenea prerogativă, fundamentele intervenției judiciare asupra clauzei penale au fost diverse existând și o plajă largă a limitelor diminuării penalității.¹³

2.4.2. Repere teoretice privind limitele diminuării clauzei penale în actualul context legislativ

Codul civil din 2011 conferă organului de jurisdicție puterea de a diminua penalitatea vădit excesivă. În cele ce urmează vom încerca să identificăm care sunt elementele pe care instanțele ar putea să le aibă în vedere pentru a dimensiona imixtiunea lor asupra clauzei penale. Situația premisă de la care pornim este aceea că instanța a constatat că sunt întrunite condițiile legale ale intervenției sale și a decis că va proceda ca atare.

Prin imixtiunea organului de jurisdicție asupra voinței părților se dorește înlăturarea caracterului vădit excesiv dar se urmărește conservarea caracterului cominatoriu al clauzei penale. Vădita excesivitate constituie atât condiția, cât și limita intervenției judecătorului.

Dar cum se stabilește linia de demarcație între excesivitate și normalitate? Este potrivită o apreciere pur obiectivă sau mai degrabă ar fi dezirabil să se apeleze la o metodă subiectivă în cadrul căreia își fac simțită prezența și factorii personali și circumstanțele particulare ale speței?

Metoda obiectivă are o formulare matematică, numerică, presupunând luarea în considerare doar a *diferenței dintre quantumul penalității și valoarea prejudiciul previzibil*, în raport de care s-a determinat excesivitatea vădită. Având în vedere limita maximă impusă intervenției instanței prin dispozițiile art. 1541 alin. 2 C. civ. și anume ca penalitatea redusă să rămână „*superioară obligației principale*”, ar trebui să se țină seama – ca reper obiectiv – și de ecartul existent între *valoarea penalității și obligația principală*.

Metoda subiectivă implică motive fundamentate pe comportamentul debitorului și pe aspectele particulare ale cauzei. Însă în absența unor diferențe apreciable de mărime

vedea un studiu deosebit de interesant: Ungureanu C.T., *Clauza penală inserată într-un contract de comerț internațional este întotdeauna eficace?*, în Revista moldovenească de drept internațional și relații internaționale nr. 2/2014, p. 49-59.

¹⁰ Mazeaud D. *op. cit.*, p. 300.

¹¹ Avem în vedere proiectul elaborat de Academie des Privatistes Europeens în anul 2001.

¹² A se vedea, Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, sent. 89/1998 în *Jurisprudența comercială arbitrală*, 1953-2000, vol. editat de Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, București, 2002, p. 86.

¹³ A se vedea Dumitru M., *Reevaluarea judiciară a clauzei penale*, în „Dreptul” nr. 4/2008, p. 52-86.

constatate în aplicarea criteriilor obiective, elementele subiective sunt improprii pentru a justifica, doar ele singure, însăși intervenția instanței, *a fortiori* cuantificarea acesteia¹⁴. Ca urmare, *criteriul obiectiv este obligatoriu*, lui alăturându-i-se elemente de ordin subiectiv care conduc la determinarea limitelor intervenției instanței.

De altminteri, așa cum am arătat mai sus, în legislațiile mai multor state, textele care consacră puterea de revizuire judiciară a clauzei penale prevăd ca în exercitarea acesteia să se țină seama „*de interesul creditorului în executare*” (art. 1384 C. civ. italian), „*de toate circumstanțele*” (Principiile UNIDROIT¹⁵ în art 7.4.13 alin. 2 și art. 9509 alin. 2 al Principiilor dreptului european), „*de toate interesele legitime ale creditorului și nu numai de interesele sale patrimoniale*” (art. 343 BGB), „*mai ales gravitatea vinei și a violării contractului, interesul în respectarea interdicției și situația economică a părților*” (Elveția).

În operațiunea de reducere a penalității instanța, în mod concret, ar putea să țină seama și de *condițiile și gravitatea neexecutării*, precum și de *comportamentul părților*, acesta din urmă fiind determinant pentru stabilirea cuantumului diminuat al clauzei penale. Concret, judecătorul ar putea în cazul unui comportament reprobabil¹⁶ al debitorului să lase să subziste o distanță importantă între clauza penală redusă și mărimea obligației principale. Invers, atunci când în cadrul neexecutării care îi este imputabilă, debitorul va face dovada bunei sale credințe, în sensul că neexecutarea se datorează, de exemplu, imprudenței în angajamentele sale contractuale sau unei neșanse motivată de circumstanțe economice etc. – instanța va reduce clauza penală înlăturând excesul dar lăsând să subziste între valoare diminuată a penalității și obligația principală o diferență mai mică decât în ipoteza anterioară.¹⁷

Instanța ar putea ține seama când stabilește limitele intervenției sale și de situația concretă a părților, în special de *dificultățile financiare ale debitorului* precum și de *interesul pe care creditorul îl are în executarea întocmai a prestației care i se cuvine*.

Pentru a aprecia care ar trebui să fie măsura imixtiunii instanței se poate analiza și care este *profitul efectiv care ar putea fi obținut de creditor din aplicarea clauzei penale*, scopul diminuării penalității fiind acela de a se evita îmbogățirea creditorului pe seama debitorului. Situația este elocvent evidențiată de celebrele clauze penale inserate în contractele de leasing care conferă creditorului posibilitatea de a lua înapoi bunul dat în leasing în cazul întârzierii la plata ratelor de leasing (de cele mai multe ori la prima întârziere a plății) și de a primi toate ratele lunare neplătite, inclusiv cele care mai erau de plată până la sfârșitul contractului. Astfel, el obține ratele de leasing aferente întregului contract dar are

¹⁴ O parte a jurisprudenței franceze reflectă utilizarea criteriului obiectiv: Cass com. 7 novembre 1978, Sté Bail-Équipement, GP 2 mars 1979, som. disponibil pe: www.legifrance.gouv.fr, Cass., 16 juin 2004, www.legifrance.gouv.fr accesat la data de 15.07.2015.

¹⁵ Principiile Institutului Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat de la Roma, elaborate între 1971-1994.

¹⁶ Atunci când debitorul dă dovadă de rea-credință, când culpa debitorului este gravă sau neexecutarea sa este intenționată nu se pare perfect justificat ca instanța să-i refuze, în principiu, dreptul de a obține reducerea clauzei penale fie să procedeze la o diminuare mai mică a penalității. Neexecutarea voluntară a unui contract, cu conștiința sau voința de a vătăma pe cocontractant, încalcă buna-credință ce guvernează întreaga materie contractuală. Un asemenea debitor nu merită beneficiul dispozițiilor protective ale intereselor sale prevăzute în lege. În statele unde există plafoane legale ale penalităților, în caz de culpă gravă sau intenție a debitorului în neexecutarea obligațiilor sale contractuale acestea sunt înlăturate. -a se vedea, Viney G., Jourdain P., *Traite de droit civil. Les effets de la responsabilite*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 2001, p. 575.

¹⁷ Dumitru M., *Regimul juridic al dobânzii moratorii*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 362.

posibilitatea de a obține un nou profit din vânzarea sau închirierea bunului în timpul corelativ primului contract de leasing.

Natura juridică atribuită clauzei penale, subiect de controversă¹⁸, influențează și ea limita intervenției judecătorului. Dacă instanța îmbrățișează opinia caracterului cominatoriu și a naturii (predominant) sancționatorie, de pedeapsă, atunci din această perspectivă distanța dintre valoarea penalității excesive și cea a unei penalități „normale” va fi apreciată cu indulgență și clauza penală va fi redusă mai puțin. Dimpotrivă, atribuirea unei naturi (preponderent) indemnitoare va facilita reducerea penalității, intervenția organului de jurisdicție asupra contractului fiind mai consistentă. Exigențele solidarismului contractual pot influența valoarea reducerii penalității. Componenta cantitativă a *obligăției justei măsuri* – obligație generată în spațiul contractual de cerințele solidarismului – impune instanțelor să stabilească o *relație de proporționalitate corectă și echitabilă* între *gravitatea neexecutării contractului și valoarea clauzei penale*¹⁹.

Utilizarea *echității* în înlăturarea excesivității poate modela intervenția instanței. Echitatea²⁰ excelează prin „subiectivitate”, „prin sentimente”, prin umanism făcând loc unei „justiții naturale” care nu este întotdeauna și în mod necesar o „justiție legală”.²¹ Motivat de consecințele vădit excesive pe care aplicarea prea strictă a unei reguli de drept le-ar putea provoca într-un caz particular, judecătorul poate substitui o soluție riguroasă juridic, cu soluție mai umană și mai echitabilă. Reducerea judiciară a clauzei penale se înscrie într-o

¹⁸ Potrivit unei opinii, clauza penală are natură exclusiv reparatorie fiind o simplă evaluare convențională anticipată a daunelor-interese datorate de debitor – Hamangiu C., Rosetti-Bălănescu I., Băicoianu Al., *Tratat de drept civil român*, vol. II, Ed. All, București, 1998, p. 336; Popescu T.R., *Efectele obligațiilor*, în „Teoria generală a obligațiilor” de T.R. Popescu, P. Anca, Ed. Științifică, București, p. 337. Conform unui alt punct de vedere clauza penală are o natură exclusiv sancționatorie – Mazeaud D., *op. cit.*, p. 289; Cârcei E., *Scurtă prezentare a legii privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale*, nr. 469/2002, în „Revista de Drept Comercial” nr. 11/2002, p. 60; Angheni S., *Clauza penală în dreptul civil și comercial*, Ed. Oscar Print, București, 2000, p. 18. Clauzei penale i-a fost atribuită și o natură mixtă: reparatorie și sancționatorie, prin obligarea la plata clauzei penale pedepsindu-se comportamentul culpabil al debitorului și faptul neexecutării și acoperindu-se și prejudiciul cauzat creditorului prin neexecutarea obligației principale. – Anghel I.M., *Clauza penală*, în „Răspunderea civilă” de Anghel I.M., Deak Fr., Popa M.F., *Răspunderea civilă*, Ed. Științifică, București, 1970, p. 371; David V., *Les intérêts de sommes d'argent*, these, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2005, p. 119; Deleanu I., Deleanu S., *Considerații cu privire la clauza penală*, în „Pandectele române” nr. 1/2003 – Supliment, p. 121; Delebecque Ph., F.-J. Pansier F.-J., *Droit des obligations. Responsabilité civile-Contrat*, Editions Litec, 1998, p. 179; Dumitru M., *Reevaluarea judiciară a clauzei penale*, în „Dreptul” 4/2008, p. 72.; L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol II, *Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 665. În actuala reglementare, clauza penală se consideră că prezintă natură mixtă: indemnitoare și sancționatorie – Angheni S., *Reductibilitatea clauzei penale. Repere legislative, doctrinare și jurisprudentiale*, în volumul „Justiție, stat de drept și cultură juridică”, Ed. Universul Juridic, București, p. 569; Dumitru M., *Reevaluarea judiciară a clauzei penale – între tradiție și reformă*, în volumul „Doctrina juridică românească: între tradiție și reformă”, editat de Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Radulescu”, Ed. Universul Juridic, București, 2014; Pop L., *Reglementarea clauzei penale în textele noului Cod civil*, în „Dreptul” nr. 8/2011, p. 23.; Pop L., *Tabloul general al răspunderii civile în textele Noului Cod civil*, în „Revista română de drept privat” nr. 1/2010, p. 63.

¹⁹ Pop L., *Unele exigente ale solidarismului contractual în cazul nerealizării de către o parte contractantă a interesului celeilalte părți*, în „Revista Română de Drept Privat” nr. 2/2012, p. 187-209.

²⁰ Cu privire la noțiunea de „echitate”, „bună-credință”, „abuz de drept” a se vedea Ignatescu C., *Abuzul de drept*, Ed. Lumen, Iași, 2013.

²¹ Deleanu I., *Repere ale controlului de convenționalitate, ale controlului de constituționalitate și ale controlului judiciar asupra conceptelor „vagi” în materie procesual-civilă*, în „Dreptul” nr. 9/2013, p. 84-85.

perspectivă umanistă unde scena juridică, conștientă de limitele sale, reclamă corectarea exceselor.²²

Instanța va da eficiență unor asemenea elemente subiective – motivele neexecutării, atitudinea subiectivă a debitorului, calitatea de (ne)profesionist a debitorului, contextul în care s-a încheiat contractul, utilitatea clauzei penale, echitatea, costul real al penalității, profitul tras de creditor din penalitatea excesivă și toate celelalte interese patrimoniale ale creditorului în executarea contractului etc. – în temeiul cărora va „individualiza pedeapsa”.

Pe de altă, este important de înțeles că prin recunoașterea puterii de a reduce penalitatea legiuitorul nu a dorit să dispară puterea de constrângere a unui contractant asupra celuilalt, putere care reflectă caracterul cominatoriu al clauzei penale, ci doar să pună capăt exceselor pe care libertatea contractuală le permite. Clauza penală trebuie să rămână un instrument eficace pentru asigurarea executării angajamentelor de către debitor, dar să înceteze să mai fie pentru creditor un mijloc de a trage un profit excesiv din neexecutare²³. Art. 1541 alin. 2 C. civ. permite organului de jurisdicției să reducă penalitatea la un nivel inferior prejudiciului suferit de creditor – atât timp cât quantumul penalității rămâne superior obligației principale. Sunt situații care ar putea redeschide discuțiile pe marginea posibilității cumulului penalității cu alte tipuri de daune în contextul noului Cod civil și al legislației dezvoltatoare. Ca urmare, apreciem că în dimensionarea imixtiunii sale instanța ar putea să țină seama și de *distanța dintre valoarea clauzei penale și a prejudiciului efectiv suferit* de creditor – deși legiuitorul nu face nicio referire la acest reper în materia reducerii penalității vădit excesive.

Ar fi preferabil *ca pe viitor*, în cuprinsul articolului care reglementează reducerea clauzei penale vădit excesive, să se indice expres, fie cu titlu general fie într-o manieră exemplificativă, elemente posibil de utilizat în cuantificarea intervenției instanței.

2.4.3. Repere practice privind limitele reducerii clauzei penale vădit excesive

Tribunalele arbitrale care anterior intrării în vigoare a actualului Cod civil au redus clauza penală, pentru a se pronunța în acest sens, au analizat raportul dintre *valoarea penalității și prejudiciul cauzat prin neexecutare*.

Reducerea s-a realizat prin raportare la *moneda liber convertibilă* în care erau evaluate obligațiile debitorului, la cursul interbancar din data plății. În alte situații clauza penală a fost diminuată până la *valoarea dobânzii legale comerciale* sau până la nivelul *dobânzii practicate de bănci*. Instanțele arbitrale au decis reducere de la 1% la 0,054% pe zi a penalității cu motivarea că „în verificarea legalității clauzei penale trebuie stabilită o corelație directă cu nivelul dobânzilor practicate de bancile comerciale pentru creditele acordate comercianților. Întrucât obligațiile stabilite de parti s-au raportat la o clauza de consolidare valutara (USD) a accepta o penalitate de 1% pe zi ar însemna să oblige debitorul la o dobândă de 365% pe an, respectiv de 18,25 ori mai mare decât orice daună posibilă”²⁴.

Unele instanțe au reevaluat clauza penală la limite „obișnuite și rezonabile”, calculate în funcție de particularitățile speței.²⁵ Pentru a determina concret aceste limite instanțele

²² Fischer J., *Le pouvoir modérateur du juge en droit civile français*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – PUAM, 2004.

²³ Mazeaud D., *op. cit.*, p. 83.

²⁴ Curtea de Arbitraj Comercial de pe lângă Camera de Comerț, Industrie și Agricultură Cluj, hotărârea arbitrală nr. 83/2000 în „Dreptul” nr. 4/2003, p. 180-181.

²⁵ Comisia de Arbitraj Comercial de pe lângă Camera de Comerț, Industrie și Agricultură Cluj, hotărârea nr. 80/2000, în „Revista de drept comercial” nr. 1/2001, p. 119-122

arbitrale au raportat valoarea penalității la diverse *dispoziții legale, pe care le-au considerat etalon în materie*. Astfel, organele de jurisdicție au considerat că valoarea de 1% pe zi întârziere înfrânge flagrant nivelul clauzelor penale obișnuite și rezonabile prevăzute de Legea nr. 76/1992 privind măsuri pentru rambursarea creditelor rezultate din compensare (în prezent abrogată) care, s-a apreciat, că ar putea fi considerată reper în privința valorii unei clauze penale legale. Actul normativ invocat stabilea penalități de *minimum 0,15%* pentru fiecare zi de întârziere în decontare (temporar majorate *la 0,4%*)²⁶. Prin sentința nr. 158 din 19 octombrie 1999, Curtea de arbitraj București a dispus reducerea clauzei penale la nivelul unei penalități de *0,4%*, așa cum a fost reglementată prin Legea nr. 76/1992 privind măsuri pentru rambursarea creditelor rezultate din compensare²⁷.

Pentru materia comercială un alt reper legal l-a constituit Legea nr. 496/2002 privind întărirea disciplinei contractuale²⁸ (în prezent abrogată) care plafona valoarea cuvenită cocontractantului debitorului culpabil la cuantumul sumei datorate, afară de stipulație contractuală contrară.

În alte situații s-a avut în vedere *nivelul uzual al penalităților practicat în domeniul respectiv*: „penalitățile nu pot depăși 0,50% pe zi de întârziere, respectiv nivelul uzual al penalităților de întârziere în livrarea marfurilor, fiind excesive penalitățile de 1% pe zi de întârziere. Un asemenea procent aplicat valorii produsului ce trebuia livrat constituia o penalitate excesivă”²⁹.

Au existat hotărâri prin care s-a decis că penalitatea diminuată trebuie totuși să acopere *nivelul inflației*³⁰ cu motivarea că această valoare include întreg prejudiciul suferit de creditor pentru întârzierea în plată, inclusiv deprecierea monedei naționale.

Au existat și soluții prin care instanțele arbitrale *au respins în întregime* cererea de obligare la plata sumelor solicitate cu titlu de dobanzi penalizatoare cu motivarea că dobanda penalizatoare de 24% pe an este excesivă.

În literatura de specialitate anterioară anului 2011 s-a afirmat³¹ că depășirea prejudiciul nu trebuie să fie mai mare *de 25-30% în contractele civile și de 30-40% în cele comerciale* în care caracterul lucrativ este mai pregnant. Potrivit altei opinii³² reducerea clauzei penale se va face la o limită rezonabilă – eventual *dublul valorii prejudiciului produs*.

²⁶ Legea nr. 76/1992 privind măsuri pentru rambursarea creditelor rezultate din compensare, regimul plăților agenților economici, prevenirea incapacității de plată și a blocajului financiar, republicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 172 din 22 iulie 1993, modificată prin Ordonanța Guvernului nr. 18/1994 privind măsuri pentru întărirea disciplinei financiare a agenților economici, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 28 din 28 ianuarie 1994, la rândul său modificată prin Legea nr. 12/1995 pentru aprobarea Ordonanței Guvernului nr. 18/1994, abrogată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 10/1997 cu privire la diminuarea blocajului financiar și a pierderilor economice, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 72 din 22 aprilie 1997.

²⁷ Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, sent. nr. 158/1999, în „Revista de Drept Comercial” nr. 4/2000, p. 127.

²⁸ Legea nr. 469/2002 privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 529 din 19 iulie 2002, modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 112/2002, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 704 din 26 septembrie 2002, modificată prin Legea nr. 416/2006 publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 946 din 23 noiembrie 2006, abrogată la data de 3 iulie 2009.

²⁹ Sentința arbitrală 162/2007 publicată în Vlasov V., Arbitrajul comercial, Jurisprudență arbitrală 2007-2009, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 199, 200.

³⁰ Man A., Varo N., *Notă la hotărârea arbitrală nr. 83/2000 a Comisiei de Arbitraj Comercial de pe lângă Camera de Comerț, Industrie și Agricultură Cluj*, în „Dreptul” nr. 4/2003, p. 189.

³¹ Man A., Varo (Cozea) N., *loc. cit.*, p. 255.

³² Angheni S., *loc. cit.*, p. 71.

În Franța s-a propus utilizarea *plafoanelor legale* ale clauzei penale drept reper: *1% pe lună de întârziere* – penalitatea care sancționează întârzierea în efectuarea plății de către dobânditor în executarea unui contract de vânzare imobiliară – valoare despre care se afirmă că are un *caracter derizoriu și că nu asigură clauzei penale caracterul cominatoriu* care îi este specific.³³ Tot în Franța s-a arătat că instanța poate avea ca reper *uzanțele* intervenite în materia respectivă. De exemplu, în mod obișnuit în materie imobiliară pentru o clauză penală compensatorie valoarea este de *5% din prețul contractului*.³⁴

În prezent în România există în diverse *acte normative valori (plafoane) legale* pentru diferite categorii de penalități, penalități care însă *nu intră sub incidența art. 1538-1543 C. civ.*

Spre exemplu, art. 905 din noul *Cod de procedura civilă*, cu denumirea marginală „*Aplicarea de penalități*” consacră posibilitatea *instanței de executare* de a *constrânge la executare* pe debitorul unei obligații de a face sau de a nu face *intuitu personae*, prin aplicarea unor penalități. Atunci când obligația are un obiect evaluabil în bani, penalitatea poate fi stabilită de instanță între *0,1% și 1% pe zi de întârziere*, procentaj calculat din valoarea *obiectului obligației*. Dacă obligația nu este evaluabilă în bani, instanța îl poate obliga pe debitor să plătească o penalitate de *la 100 lei la 1.000 lei pe zi de întârziere*. Penalitatea aplicată va putea fi *înlăturată ori redusă*, dacă debitorul execută obligația prevăzută în titlul executoriu și dovedește existența unor motive temeinice care au justificat întârzierea executării.

Penalitatea la care face referire acest text de lege nu este o clauză penală în accepțiunea art. 1538 C. civ. Însă este un exemplu al manierei în care gândește legiuitorul actual în materie civilă în privința valorii „pedepselor” ce pot fi aplicate unui debitor recalcitrant (la momentul la care deja împotriva celui din urma există un titlu executoriu).

Noul *Cod de procedura fiscală*, prevede în art. 173 alin. 1 că pentru neachitarea la scadență a obligațiilor fiscale principale, debitorul datorează dobânzi și penalități de întârziere stabilindu-le și nivelul pentru fiecare zi de întârziere: *dobânda este de 0,02% (art. 174 alin. 5 C. pr. fisc.) iar penalitatea este de 0,01% (art. 176 alin. 2 C. pr. fisc.)*.

De asemenea, art. 181 C. pr. fisc. consacră noțiunea de „*penalitatea de nedeclarare*” al cărei quantum este de *0,08% pe fiecare zi*. Penalitatea de nedeclarare la care ne-am referit poate fi *redușă*, la cererea contribuabilului/plătitorului, *cu 75%*, în anumite condiții sau poate fi *majorată cu 100%* în cazul în care obligațiile fiscale principale au rezultat din săvârșirii unor fapte de evaziune fiscală, potrivit art. 181 alin. 2 C. pr. fisc.

Același act normativ în art. 183 consacră pentru neachitarea la scadență de către debitor a obligațiilor fiscale principale datorate bugetelor locale, obligația acestuia de a plăti *majorări de întârziere* al carei nivel este de *1% din quantumul obligațiilor neachitate în termen, calculată pentru fiecare lună sau fracțiune de lună*.

Subliniem ca penalitățile de întârziere, penalitățile de nedeclarare la care ne-am referit mai sus nu reprezintă clauze penale în accepțiunea art. 1538 C. civ. – prevederi contractuale aplicabile în cazul neexecutării unor obligații contractuale civile –, ci sancțiuni pecuniare prevăzute de lege pentru cazul neexecutării obligațiilor legale fiscale.

Orientativ, instanțele ar putea avea în vedere valorile existente în alte acte normative cu incidență în materia neexecutării obligațiilor civile pecuniare – respectiv cele ce reglementează nivelul *dobânzii moratorii (penalizatoare), legale și convenționale*, atât în

³³ Mazeaud D., *op. cit.*, p. 36, 37.

³⁴ Ph. le Tourneau Ph. le, *Droit de la responsabilité et des contrats, 2008-2009*, ed. a 7-a, Dalloz, Paris, 2008, p. 1221.

raporturile dintre profesioniști cât și între nonprofesioniști. Este vorba de Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar care, printre altele, în art. 10 arată expres că: „*Dispozițiile art. 1.535 și art. 1.538-1.543 din Legea nr. 287/2009 republicată (noul Cod civil – s.n., M.D.), sunt aplicabile dobânzii penalizatoare*”.

În anul 2013, *instanțele judecătorești* s-au pronunțat în sensul reducerii unei clauze penale de 9,25% pe zi de întârziere inclusă într-un contract încheiat anterior intrării în vigoare a noului Cod civil³⁵. În speță, creditoarea solicită înscrierea la masa credală a debitoarei cu suma de aproximativ 2,9 miliarde lei cu titlu de penalități de întârziere, penalități de aproximativ 50 de ori mai mari decât valoarea capitalului care era în cuantum de 49 de milioane lei. Instanța a admis recursul formulat de debitoare și a redus penalitățile de la 2,9 miliarde lei la aproximativ 46 mil. lei (apropiate ca valoare de cuantumul debitului principal).

2.4.4. Limita maximă a reducerii clauzei penale.

Art. 1541 C. civ. nu conturează reperele de care instanța ar trebui să țină seama cu ocazia modificării penalității însă indică expres limita inferioară până la care poate fi diminuată penalitatea. Alineatul 2 al art. 1541 C. civ. arată că „*penalitatea astfel redusă trebuie să rămână superioară obligației principale*”, text ce are caracter imperativ. Fixarea (valorii) obligației principale ca limită inferioară a cuantumului penalității diminuate vădește dorința legiuitorului de a-i conserva caracterul cominatoriu dar reflectă și înclinarea către natura sancționatorie a acesteia.³⁶

Art. 1026 alin. 2 din Proiectul Codului civil³⁷ prevedea că în cazul reducerii, cuantumul clauzei penale „nu poate, în niciun caz, să ajungă la nivelul prejudiciului suferit de creditor”. Observăm că alegerea actualului legiuitor – concretizată în art. 1541 alin. 2 C. civ. – se îndepărtează de conținutul articolului similar din proiectul actului normativ și de soluțiile existente în sistemul *civil law*, așa cum s-a întâmplat și când a adoptat drept termen de comparație pentru determinarea excesivității, prejudiciul previzibil la momentul încheirii contractului și nu prejudiciul efectiv suferit. O parte din legislațiile altor state nu prevăd o limită maximă până la care instanța poate reduce penalitatea lăsând judecătorului libertate deplină în aprecierea intensității imixtiunii sale, sub condiția „rezonabilității”. Măsura intervenției sale este dată de înlăturarea excesului pe care îl stabilește, în principiu, raportat la prejudiciul efectiv suferit.

Pentru aplicarea art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ. organul de jurisdicție este nevoit să își creioneze conduita raportat la cel puțin două repere: la „*prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la momentul încheirii contractului*” – pentru aprecierea întrunirii condițiilor necesare pentru intervenția sa – și la „*obligația principală*” pentru determinarea limitei imixtiunii sale. Ne întrebăm dacă nu ar fi fost mai potrivit să se păstreze un element unic pentru întregul demers judiciar referitor la penalitate vădit excesivă, și anume pe cel în raport cu

³⁵ C. Ap. Galați, dec. civ. nr. 759/02.12.2013, în Piperea Gh., *Terorismul contractual*, în „Curierul judiciar” nr. 7/2014. Argumentele instanței au fost fundamentate pe dispozițiile vechiului Cod civil.

³⁶ Cele două noțiuni – „*caracter cominatoriu*” și trăsătura „*pedeapsă privată*” sunt radical diferite. Clauza penală se manifestă ca mijloc de presiune în stadiul creării sale care, prin ipoteză, este anterior neexecutării obligației principale. Din contră, discuția despre „*pedeapsa privată*” se plasează în mod necesar după neexecutarea obligației originale, în stadiul executării clauzei penale.

³⁷ Avem în vedere Proiectul Codului civil înregistrat la Camera deputaților sub nr. 537/14.09.2004.

care se apreciază excesivitatea și se decide imixtiunea instanței. Dacă rolul intervenției instanței este tocmai de a înlătura excesul vădit aprecierea inexistenței excesului ar trebui făcută ținându-se seama de elementele în raport cu care s-a stabilit existența lui.

În același timp limbajul utilizat în art. 1541 alin. 2 C. civ. poate fi o sursă de neclarități, legiuitorul dând dovadă de lipsă de rigoare. Oare ce vor înțelege actorii vieții juridice prin penalitate „*superioară obligației principale*”?³⁸

Ne întrebăm cum va stabili instanța valoarea până la care ar putea să reducă penalitatea vădit excesivă în cazul unei clauze penale compensatorii de tipul: „*în cazul în care beneficiarul constată încălcarea obligației principale (realizarea serviciilor de web design asumate de prestator) prestatorul va plăti cu titlul de clauza penală suma de 8.000 de euro (echivalent lei)*”. Obligația principală pentru a cărei neexecutare este impusă contractual plata penalității este realizarea unor servicii de web design. Faptul că în contract este stabilit un preț al serviciilor prestate de 5000 Euro nu înseamnă că la această valoare se va raporta instanța pentru a stabili limita maximă a intervenției sale. Plata prețului este obiectul obligației principale a beneficiarului-cocontractant – creditor al obligației neexecutate și cel care poate solicita plata penalității. Obligația principală la care face referire art. 1541 alin. 2 C. civ. și obligația de plată a clauzei penale sunt asumate de aceeași persoană, potrivit art. 1538 alin. 1 C. civ. Nu credem că legiuitorul în art. 1541 alin. 2 C. civ. a avut în vedere obligația principală a cocontractantului iar dacă a fost așa, intenția sa nu este nici măcar sugerată de textul art. 1541 alin. 2 C. civ.

Dificultatea – dacă nu chiar imposibilitatea – stabilirii unei valori „*superioare obligației principale*” ni se pare evidentă în situația unei clauze penale moratorii de tipul: „*în caz de nerespectare a termenului stabilit prin prezentul contract, prestatorul se obligă să plătească 1% pe zi de întârziere din valoarea serviciilor neefectuate*”, când serviciul ce trebuia prestat constă, de exemplu, în: *furnizarea gazului, furnizarea de servicii de telefoniei mobile, furnizarea de consultanță* etc.

2.4.5. Concluzii referitoare la limitele reducerii clauzei penale

Odată ce excesul a dispărut, judecătorul trebuie să se conformeze naturii mixte a clauzei și voinței părților și să lase să subziste o distanță între clauza penală revizuită și obligația principală (ținând seama și de prejudiciul efectiv suferit – am spune noi). Specificitatea clauzei penale în raport cu daunele-interese de drept comun trebuie păstrată și în cazul reducerii judiciare a clauzei penale. Ea trebuie menținută într-o asemenea manieră încât să-i fie înlăturat caracterul excesiv dar totodată, să asigure și sancționarea rezonabilă a debitorului. De aceea spiritul legii este de a da judecătorului puterea de a suprima excesul grație echității dar de a nu sacrifica clauza penală pentru aceasta.

Apreciem că, *de lege ferenda*, ar fi de preferat ca în conținutul art. 1541 alin. 2 C. civ. să fie clarificată noțiunea de „*superioară obligației principale*” ori să fie înlocuită cu „*superioară prejudiciului efectiv suferit/prejudiciului previzibil la data încheierii contractului*”.

Concluzii

Prin dispozițiile noului Cod civil legiuitorul român, a renunțat, în situații de excepție, la intangibilitatea clauzei penale. Deși a avut ca „material didactic” experiența doctrinară și

³⁸ Obligația este definită în art. 1164 C. civ. ca fiind „*o legătură de drept în virtutea căreia debitorul este ținut să procure o prestație creditorului, iar acesta are dreptul să obțină prestația datorată*”. Obiectul obligației este definit în art. 1226 alin. 1 C. civ.: „*Obiectul obligației este prestația la care se angajează debitorul*”.

jurisprudențială a altor state, el nu a reușit să găsească o formulare clară în ceea ce privește maniera de exercitare a prerogativei instanței de a reduce clauza penală vădit excesivă.

În demersul nostru de a lamuri o parte dintre posibilele surse de practică neunitară și de a propune soluții am încercat să nu uităm că legea trebuie să fie suficient de „generală” și de „flexibilă” pentru a putea cuprinde într-o situație tip diversele cazuri practice susceptibile de integrare în ipoteza ei, știut fiind că, întotdeauna, problemele practice ale vieții juridice sunt mult mai numeroase decât soluțiile legislative preelaborate. Pe de altă parte, nu am neglijat faptul că enunțul normativ trebuie să fie suficient de precis pentru a permite destinatarului normei juridice să își regleze conduita socială, să prevadă, într-o măsură rezonabilă, în situația concretă, consecințele ce pot decurge dintr-un act determinat. Legea trebuie să fie suficient de „precisă” nu numai pentru a conferi previzibilitate „dar și pentru a preveni arbitrariul în interpretarea și aplicarea ei”³⁹. Ținând seama de aceste aspecte am încercat să propunem anumite modificări ale art. 1541 C. civ., în materia reducerii penalității vădit excesive, astfel încât rezultatul demersului judiciar să fie coerent și previzibil:

1. De *lege ferenda* ar trebui clarificat dacă instanța poate reduce clauza penală vădit excesivă „la cerere” ori „din oficiu”, prevăzându-se în art. 1541 alin. 1 lit. b C. civ. expresia corespunzătoare, opțiunea noastră fiind către prima variantă.

2. În privința limitelor imixtiunii instanței asupra clauzei penale ar fi preferabil *ca pe viitor*, în cuprinsul articolului care reglementează reducerea clauzei penale vădit excesivă, să se indice expres fie cu titlu general fie într-o manieră exemplificativă *elemente posibil de utilizat în cuantificarea intervenției instanței*.

De asemenea, apreciem că este dezirabil, *de lege ferenda*, ca în conținutul art. 1541 alin. 2 C. civ. să fie clarificată noțiunea „superioară obligației principale” ori să fie înlocuită cu „superioară prejudiciului efectiv suferit/prejudiciului previzibil la data încheierii contractului”.

3. Și, poate, ar fi benefică și formularea pozitivă a părții introductive a art. 1541 C. civ.: „Instanța, la cerere, poate reduce clauza penală atunci când:...” / „Instanța, din oficiu, poate reduce clauza penală atunci când:...”.

Avem convingerea că, în anii ce vor urma, doctrina și jurisprudența își vor spune punctul de vedere asupra interpretărilor și soluțiilor propuse în lucrarea de față, în măsura în care, între timp, legiuitorul român nu va modifica art. 1541 C. civ.

³⁹ Deleanu I., *op. cit.*, nr. 9/2013, p. 69

TENDINȚE ACTUALE ÎN ABORDAREA TEORETICO-ȘTIINȚIFICĂ A FORMELOR RĂSPUNDERII JURIDICE ÎN CONTEXTUL NOILOR TRANSFORMĂRI LEGISLATIVE

Adela Maria CERCHEZ**

Abstract:

A balance of the legislative evolution intended to confer a new vector to objectives, principles and functions of the judicial liability consists in appearance of new forms of judicial liability. From this perspective, by means of a careful analysis of the recent legislative changes, besides the traditional forms of the judicial liability, we have identified also non-traditional forms of judicial liability: medical liability, financial liability, judicial liability prejudicing the environment or for ecological damages, liability for the prejudices caused by damaged products, professional liability by taking into consideration the their appearance, evolution and functioning, the place and role of these forms within the normative legal construction of judicial liability.

The analysis of the incident normative acts within different legal branches allows us to affirm that the process of outlining or configuring the forms of judicial liability is subject to a continuous evolution, from the perspective of reconfiguration of the social reality, under the empire of legislative changes.

Key-words: *judicial liability, legal system, liability forms, evolutions, regulations*

Rezumat:

Un bilanț al evoluției legislative menit să confere un nou vector obiectivelor, principiilor și funcțiilor răspunderii juridice constă în apariția unor forme noi de răspundere juridică. Din această perspectivă, printr-o analiză atentă a transformărilor legislative recente am identificat alături de formele tradiționale ale răspunderii juridice și forme netradiționale de manifestare a răspunderii juridice: răspunderea medicală, răspunderea financiară, răspunderea juridică pentru vătămrile aduse mediului sau pentru daune ecologice, răspunderea pentru prejudiciile cauzate de produsele cu defecte, răspunderea profesională, prin prisma apariției, evoluției și funcționării lor, a locului și rolului acestor forme în construcția normativă de drept a răspunderii juridice.

Analiza actelor normative incidente în diferite ramuri de drept ne permite să afirmăm că procesul conturării sau configurării formelor răspunderii juridice este supus unei continue evoluții, din perspectiva reconfigurării realității sociale, sub imperiul transformărilor legislative.

Cuvinte-cheie: *răspundere juridică, sistem de drept, forme de răspundere, evoluție, reglementări*

Un studiu amplu privind formele răspunderii juridice sub imperiul noilor reglementări consacrate în legislația românească este actual și deopotrivă important atât pentru teoria

* Asist. univ. drd., Universitatea Spiru Haret Bucuresti; e-mail: avocat_adela.cerchez@yahoo.com

generală a dreptului dar și pentru științele ramurale, făcând posibilă conturarea unor noi tendințe în materia formelor răspunderii juridice.

Studiul formelor răspunderii juridice reclamă o abordare de strictă specialitate, actualitatea prezentului studiu rezultând, în special, din evoluția relațiilor sociale existente, prin acumulări cantitative treptate, obiective și subiective în viața socială, dar și din conturarea și dezvoltarea altora noi.

Evoluția rapidă a societății actuale, transformările progresive ale realității sociale imprimă un caracter actual răspunderii juridice, noile relații sociale legal reglementate generând, în ipoteza nesocotirii lor, sancțiunea răspunderii juridice în una dintre formele acesteia. Progresul ne obligă, așadar, la revalorificări, în special în materia formelor răspunderii juridice.

Configurarea formelor răspunderii juridice a reprezentat un proces dialectiv complex, similar apariției ramurilor de drept. Încă din antichitate, s-au configurat primele forme de răspundere juridică, respectiv răspunderea juridică civilă și răspunderea juridică penală¹. Răspunderea juridică civilă, instituție complexă a dreptului civil, reprezintă așadar una dintre cele mai importante manifestări ale răspunderii juridice, având o contribuție esențială la configurarea și fundamentarea răspunderii juridice.

Doctrina juridică este unanimă în sensul că răspunderea juridică civilă a avut dintotdeauna caracterul de drept comun în raport cu răspunderea proprie celorlalte ramuri de drept. „Elaborată inițial ca o instituție de aplicație generală, răspunderea civilă s-a delimitat și s-a detașat treptat de alte forme de răspundere, în special de răspunderea penală, dar nu și-a pierdut aptitudinile de a fi folosită în continuare ca o regulă generală în materie. Teoria răspunderii și instituția ca atare a fost elaborată în primul rând pe terenul dreptului civil”².

Actualmente, progresul tehnico-științific, care stă la baza unui viitor prosper, deși orientat, cu precădere, spre dezvoltare și bunăstare, poate reprezenta în egală măsură o sursă de pericol pentru natură și, implicit, pentru om. Activitatea tehnică și științifică este chemată astfel să se focalizeze, sub presiunea unor inevitabile evenimente catastrofale, în scopul anticipării și prevenirii acestor pericole cu repercursiuni ireparabile, dar posibile. Acestea sunt premisele conturării răspunderii civile delictuale preventive, întemeiată pe ideea de precauție și prevenție, orientată spre viitor, menită să ofere protecție generației prezente și celor viitoare.

Reprezentanți de seamă ai doctrinei juridice autohtone, admit că răspunderea civilă clasică fundamentată pe sancționarea persoanei responsabile pentru prejudicii deja produse, este lipsită de eficacitate în fața unor potențiale pericole și prejudicii viitoare, previzibile sau imprevizibile, estimabile sau incomensurabile. În acest context, se impune reglementarea unei răspunderi civile anticipative menită să satisfacă nevoile sociale actuale, centrate pe precauție și prevenție, în defavoarea celor axate pe ideea de sancțiune și reparație, care sunt specifice răspunderii pentru evenimentele deja produse, nu potențiale sau virtuale³.

Răspunderea penală, raport juridic penal, de constrângere, născut urmarea săvârșirii unei infracțiuni, raport ce se stabilește între stat și infractor, al cărui conținut constă, pe de o

¹ Cerchez A. M. *Aspecte controversate privind formele răspunderii juridice în dreptul intern*. Revista Legea și viața, Chișinău, 2015, nr. 4, p. 6.

² Anghel M., Deak Fr., Popa M.F., *Răspunderea civilă*, Ed. Științifică, București, 1970, p. 15.

³ Pop L., Popa F.I., Vidu S.T., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*. Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 382.

parte, în dreptul statului de a trage la răspundere pe infractor, de a-i aplica pedeapsa prevăzută de legea penală și de a-l constrânge să o execute, iar, pe de altă parte, în obligația infractorului de a răspunde pentru fapta sa și de a se supune sancțiunii aplicate în vederea restabilirii ordinii de drept, are ca unic temei infracțiunea.

În dreptul penal modern răspunderea penală este condiționată pe de o parte de săvârșirea unei infracțiuni, iar pe de altă parte, de capacitatea infractorului de a răspunde penal. Școala clasică de drept penal a ridicat fundamentarea răspunderii penale pe vinovăția făptuitorului la rangul de principiu. Consacrarea răspunderii penale obiective în dreptul penal modern generează reale controverse. Infracțiunile pentru care este recunoscută o asemenea răspundere penală privesc în special desfășurarea unor activități profesionale care pot vătăma potențial societatea în întregul ei, justificarea angajarii acestei forme de răspundere fiind circumscrisă protejării unui interes superior al comunității, al societății în general⁴.

Răspunderea penală obiectivă generează, în doctrina juridică autohtonă dar și în doctrina juridică din străinătate reale controverse. Deși legiuitorul român nu recunoaște explicit o răspundere penală obiectivă, axată exclusiv pe legătura de cauzalitate dintre faptă și rezultat, în literatura juridică de specialitate există autori care militează pentru admiterea acesteia în mod implicit.

Studiind doctrina juridică, în contextul noilor transformări legislative, am identificat un consens de opinii relativ la configurarea răspunderii juridice ca instituție esențială a dreptului administrativ, formă energetică de constrângere statală, urmarea nașterii unui raport juridic administrativ de conflict. În domeniul dreptului administrativ s-au configurat următoarele forme de răspundere juridică: răspunderea administrativă (propriu-zisă), răspunderea contravențională și răspunderea administrativ patrimonială (materială). Există și autori care analizează răspunderea contravențională ca formă distinctă de răspundere juridică, iar ulterior Revoluției din 1989, ideea unui Cod al contravențiilor deși nu a fost total abandonată, nu a constituit un obiectiv legislativ prioritar al perioadei de tranziție.

Relativ la formele răspunderii juridice în domeniul dreptului administrativ, în literatura juridică de specialitate autohtonă s-au conturat mai multe direcții de opinii. Unii autori susțin clasificarea tripartită a răspunderii juridice în dreptul administrativ, apreciind că răspunderea juridică, instituție juridică esențială în sfera dreptului administrativ se manifestă în următoarele trei forme: răspunderea administrativ-disciplinară, răspunderea administrativ-contravențională și răspunderea administrativ-patrimonială⁵. Alți reprezentanți ai doctrinei dreptului administrativ acceptă existența, în materia dreptului administrativ, a două forme de răspundere, individualizate printr-o sancțiune represivă, respectiv răspunderea administrativă propriu-zisă și răspunderea contravențională și a unei forme de răspundere individualizată printr-o sancțiune reparatorie, respectiv răspunderea administrativ-patrimonială⁶. Alți autorii abordează răspunderea

⁴ Stanilă Laura Maria. *Răspunderea penală obiectivă și formele sale în dreptul penal român*. Analele Universității de Vest Timișoara, 2011, p. 87-96. http://drept.uvt.ro/documents/Anale1-2011_final-raspunderea_penala_obiectiva_si_formele_sale_in_dreptul_penal_roman_.pdf.

⁵ Zaharia Gh. T. ș. a. *Drept administrativ*. Ediția a IV-a, revăzută și completată. Ed. Junimea, Iași, 2002; Vedinaș V. *Drept administrativ*. ed. a VII-a revăzută și actualizată. Ed. Universul Juridic, București, 2012.

⁶ Iorgovan A. *Tratat de drept administrativ*. Volumul II. Ediția a IV-a. Ed. All Beck, București, 2005; Manda C. *Drept administrativ. Tratat elementar*. ed. a V-a, revizuită și adăugată. Ed. Universul Juridic, București, 2008; Trăilescu A. *Drept administrativ. Tratat elementar*. Ed. All Beck, București, 2002.

contravențională ca formă distinctă de răspundere juridică⁷. Răspunderea contravențională se conturează astfel ca o instituție juridică recentă a dreptului autohton.

Configurarea răspunderii constituționale ca formă distinctă a răspunderii juridice este determinată de tendințele actuale ale dreptului public care decelează sistemele constituționale și instituțiile politice contemporane. Răspunderea în dreptul constituțional reprezintă, în opinia noastră, o instituție juridică a cărei actualitate este astăzi mai pregnantă ca oricând, în contextul afirmării practicii constituționale în statele aflate în tranziție de la un regim totalitar la unul democratic. Tratatetele de drept constituțional nu analizează răspunderea constituțională ca formă distinctă de răspundere juridică. Practica constituțională confirmă necesitatea determinării și reglementării mult mai riguroase a răspunderii organelor, instituțiilor și autorităților statului, raportat și la exigența alinierii legislației noastre la *aquis*-ul comunitar.

Putem concluziona în sensul că, până în prezent, nu este aprofundat, nu este lărgit fundamentul teoretic al răspunderii constituționale, nu este creată o concepție integră și eficientă despre organizarea și funcționarea răspunderii constituționale în condițiile actuale.

Un bilanț al evoluției legislative menit să confere un nou vector obiectivelor, principiilor și funcțiilor răspunderii juridice constă în apariția unor forme noi de răspundere juridică precum răspunderea financiară, răspunderea medicală, răspunderea profesioniștilor etc.

Actualmente, în literatura juridică de specialitate, s-au conturat teorii diferite privind locul răspunderii financiare în sistemul de drept al răspunderii juridice. Răspunderea financiară a fost abordată fie ca o modalitate a răspunderii administrative, fie ca o formă distinctă de răspundere.

Opinăm în sensul că dreptul financiar s-a configurat ca ramură de drept distinctă prin delimitarea de dreptul administrativ, în condițiile specializării legislației. Delimitarea răspunderii financiare s-a impus din perspectiva dezvoltării relațiilor sociale dar și a legislației. În doctrina juridică se discută despre specializarea dreptului. Scopul specializării dreptului rezidă în faptul că în sistemul dreptului dar și în sistemul legislației se accentuează „împărțirea muncii” între prescripții, cu efectul specializării normelor în realizarea diferitelor operațiuni. Ele reflectă originalitatea și specializarea relațiilor sociale, particularitățile unor situații concrete care, prin cumulul lor, reprezintă temeiul procesului specializării. Procesul specializării este caracteristic și dreptului financiar din România care se configurează ca ramură distinctă de drept prin delimitarea de dreptul administrativ, în procesul specializării, fiind capabil să confere o reală importanță specificului relațiilor financiare.

Relativ la specificul relațiilor financiare, s-a afirmat că reglementarea relațiilor financiare include constituirea, repartizarea, administrarea și utilizarea bugetului statului, constituirea, administrarea sau utilizarea resurselor bănești ale instituțiilor publice, constituirea, repartizarea, administrarea și utilizarea fondului de asigurări sociale de stat dar și a fondului de ajutor de somaj, emisiunea monetară, circulația monetară cu sau fără numerar, regimul juridic al valutelor, politica financiară a statului și constituirea, repartizarea, administrarea și utilizarea, organizarea și funcționarea aparatului financiar, bancar și de credit etc.⁸. Raporturile juridice de drept financiar ocupă un loc important în

⁷ Țiclea Al. *Reglementarea contravențiilor*. Ediția a III-a, revăzută și adăugită. Ed. Lumina Lex, București, 2003; Ioan Al., Popescu I., Cărașan M., Dină D. *Drept administrativ*. Curs universitar. Ed. Economică, București, 2002; Hotca M.A., *Drept contravențional*. Partea generală. Ed. Editas, București, 2003.

⁸ Șaguna D.D., Șova D., *Drept financiar public*. ed. a II-a. Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 1.

cadrul raporturilor juridice, din perspectiva importanței și specificului relațiilor financiare, dar și a interesului manifestat de către societate față de finanțele publice.

Dreptul financiar este o ramură de drept aparținând dreptului public centrată, din perspectiva reglementării, pe finanțele publice fiind destinată reglementării tuturor aspectelor privind administrarea banului public. În literatura juridică de specialitate autohtonă, autorii D.D. Șaguna și D.Șova tratează dreptul financiar ca fiind o ramură de drept „aparținând eminamente dreptului public” deși identifică ca forme de răspundere în domeniul dreptului financiar răspunderea penală și răspunderea contravențională⁹. Potrivit autorilor distincția dintre dreptul financiar și alte ramuri de drept public rezidă în caracterul esențialmente practic dar și în consecințele sociale grave care survin în ipoteza existenței unor disfuncții ale sistemului instituit prin normele financiare. Dacă polemicele privind regimul juridic al administrației de stat, contenciosul administrativ sau regimul constituțional pot fi de natură ideologică, cu posibilitatea prelungirii acestora, fără riscul unor prejudicii imediate, în dezbateri interminabile, raporturile juridice instituite prin normele dreptului financiar, nu pot fi, în opinia acestor autori, neclare sau confuze, raportat la faptul că urmările cauzate sunt imediate și grave, susceptibile de serioase dezechilibre din perspectivă economică, socială și politică¹⁰.

Controversele și frământările de la începutul secolului al XX-lea, au impulsionat legiuitorul contemporan să depună toate diligențele pentru conturarea unor soluții, cu aplicabilitate concretă, în materia responsabilității medicale, prin individualizarea dreptului comun în materia răspunderii civile, întrucât „principiul responsabilității pentru daunele provocate altuia face parte din patrimoniul juridic al oricărei națiuni civilizate”.

În doctrina juridică recentă, odată cu intrarea în vigoare a Legii privind reforma în domeniul sănătății¹¹, recunoscut ca fiind un autentic Cod al sănătății, s-a acreditat ideea conturării unei noi ramuri de drept, dreptul medical, situată la granița dreptului public cu dreptul privat.

În sfera relațiilor sociale din domeniul sanitar, o compatizare a normelor juridice calificată ca fiind o veritabilă codificare, s-a realizat odată cu intrarea în vigoare a Legii privind reforma în domeniul sănătății, act normativ care cuprinde reglementări preluate din legi, ordonanțe simple sau ordonanțe de urgență ale Guvernului, care statuau în această materie anterior apariției sale dar și reglementări noi, armonizate în vederea realizării unei reforme reale în domeniul medical. În contextul controverselor relative la existența acestei ramuri distincte de drept, odată cu apariția Legii privind reforma în domeniul sănătății menit să ofere răspunsuri majorității problemelor care frământau domeniul medical, balanța înclină în favoarea adeptilor teoriei existenței unei ramuri de drept distincte.

Răspunderea medicală ocupă un loc important în cadrul dreptului medical, ca ramură distinctă de drept, iar în funcție de valorile sociale protejate prin normele juridice care reglementează diferite domenii ale vieții sociale, poate îmbrăca mai multe forme: civilă, penală, administrativă, disciplinară¹².

În contextul evoluțiilor legislative, doctrinare și jurisprudențiale în materia răspunderii medicale, apreciem că răspunderea civilă medicală este o răspundere specială, circumscrisă

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibidem*, p. 2.

¹¹ Legea privind reforma în domeniul sănătății nr. 95 din 14.04.2006, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 37228 aprilie 2006.

¹² Mangu F. I. *Malpraxisul medical. Răspunderea civilă medicală*. Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 51.

sferei răspunderii profesionale, indiferent dacă raportul juridic născut între pacient și medic, respectiv furnizor de servicii medicale sunt de natură contractuală sau extracontractuală, adică legală¹³. Deși de cele mai multe ori serviciile medicale se acordă pacienților în virtutea unui contract, drepturile pacienților și obligațiile corelative ale medicului sau ale furnizorului de servicii medicale, în marea lor majoritate, sunr expres reglementate și iau naștere direct din dispozițiile imperative ale legii. Astfel, Legea privind drepturile pacienților¹⁴ reglementează drepturile pacienților dintre care menționăm dreptul la tratament și îngrijiri medicale, fără discriminare, până la vindecare, ameliorarea sănătății până la ultima clipă a vieții; dreptul la informare medicală; dreptul de a refuza ori opri o intervenție medicală; dreptul la confidențialitatea informațiilor și protecția vieții private. Corelativ, sunt reglementate și principalele obligații ale medicului, respectiv obligația de a acorda îngrijiri pacienților în vederea vindecării sau ameliorării stării de sănătate, obligația de informare a pacientului, obligația de consiliere a pacientului, obligația de securitate, obligația de confidențialitate.

În doctrina juridică¹⁵ s-a afirmat ca marea majoritate a obligațiilor instituite în sarcina medicului sunt supuse unui proces de „decontractualizare”, fenomen întâlnit și în cazul obligațiilor altor categorii de profesioniști precum avocații, notarii publici, executorii judecătorești, comercianții etc. În această viziune, suntem în prezența unor obligații impuse prin lege diferitelor categorii de profesioniști, respectiv medicilor sau furnizorilor de servicii medicale, obligații definite, făcându-se abstracție de natura extracontractuală sau contractuală a raportului juridic născut între respectivii profesioniști și beneficiarii bunurilor sau serviciilor furnizate, care sunt îndreptățiți să fie apărați în mod special.

În doctrina juridică s-a afirmat că regimul juridic al răspunderii civile medicale transcede distincția clasică dintre răspunderea delictuală sau extracontractuală și răspunderea contractuală¹⁶, precum și distincția dintre răspunderea civilă și orice altă răspundere patrimonială. Răspunderea civilă medicală este, în această concepție, o răspundere specială pentru prejudiciile cauzate pacienților, circumscrisă răspunderii profesionale sau a profesioniștilor¹⁷.

Răspunderea juridică prezintă multiple particularități în domeniul protecției mediului. Dezvoltarea științei, evoluția tehnologiei dar și creșterea continuă a populației expune mediul înconjurător unor perpetue transformări. În contextul acestor transformări, omul, produs al dezvoltării ecosferei, reprezintă specia dominantă pe planetă, care adaptează mediul exigențelor sale firești, realizând relativ târziu că nu este doar creația dar și creatorul mediului înconjurător care îi garantează existența biologică și intelectuală¹⁸. Activitatea umană, dincolo de rezultatele benefice, a fost și este susceptibilă să prejudicieze

¹³ Cerchez A.M. Medical civil liability. Legal nature. În: Economic, Social and Administrative Approaches to the Knowledge – Based Organization. The 20th International Conference The Knowledge – Based Organization. Sibiu: Academia Fortelor Terestre „Nicolae Bălcescu”, 2014, p. 399-403.

¹⁴ Legea privind drepturile pacienților nr. 46 din 21.01.2003, publicată în Monitorul Oficial al României nr.53 din 29.01.2003.

¹⁵ Pop L., Popa F.I., Vidu S.T., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*. Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 552.

¹⁶ Boilă L.R., Boilă A.C., *Natura juridică a personalului medical în dreptul român*. Revista Dreptul, 2009, nr. 5, p. 83-112.

¹⁷ Tourneau Ph. Le, *Responsabilite civile professionnelle*. Édition: 2e édition revue et augmentée. Paris: Dalloz-Sirey, 2005, p. 11

¹⁸ Pop L., Popa F.I., Vidu S.T., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*. Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 538.

condițiile firești de echilibru și evoluție a vieții, stând la originea unei reale crize ecologice, urmarea exploatarei neraționale a resurselor naturale, cu precădere a celor regenerabile. Apariția crizei ecologice, începând cu deceniul al patrulea al secolului XX a impulsionat debutul procesului conștientizării oportunității ocrotirii mediului înconjurător.

Dreptul mediului înconjurător s-a conturat și s-a dezvoltat în funcție de exigențele de protecție a elementelor mediului supuse unor serioase amenințări, în contextul diversificării și dezvoltării industriei și a agriculturii, a modernizării fără precedent care a cuprins toate sferele vieții sociale, a creșterii demografice, a amplificării surselor de poluare și implicit a gradului lor de pericolozitate. Se trece astfel de la simpla protecție a mediului înconjurător la nuanțarea acesteia, iar imperativul implicării eficiente a omului în rezolvarea problemelor de mediu, a determinat adoptarea unei legislații speciale care, în timp, s-a constituit într-un subsistem juridic propriu¹⁹.

Tratarea răspunderii pentru prejudiciile cauzate de defectele produselor suscită un real interes în prezent, atât pentru noi, în calitate de consumatori, direct afectați, cât și pentru dezbaterile permanente din literatura juridică de specialitate. În societatea contemporană, aflată într-o continuă dezvoltare, în care interesele producătorilor și ale comercianților de a obține profit tind să fie mai presus de sănătatea cetățenilor, problema protecției consumatorilor se impune în mod imperios și implicit cercetarea în acest domeniu. Problema răspunderii pentru prejudiciile cauzate de defectele produselor survine în contextul adoptării legislației naționale în materia protecției consumatorilor și racordării acesteia la standardele legislației europene.

În prezent, se vorbește despre configurarea unui veritabil drept al consumatorilor sau consumului, o instituție juridică hibridă²⁰ și complexă, compusă din norme de drept civil, penal, administrativ etc.²¹ În acest context legislativ, relativ la premisele configurării răspunderii pentru prejudiciile cauzate de defectele produselor, este consacrată obligația de securitate concretizată în îndatorirea tuturor agenților economici de a pune în circulație și de a presta servicii de natură să pună în pericol viața, sănătatea sau integritatea corporală a consumatorilor sau bunurile acestora. În acord cu reglementările relative la obligația de securitate a produselor și serviciilor consacrate în favoarea consumatorilor, nesocotirea acestei obligații, privită ca o obligație legală de rezultat, constând în comercializarea de produse sau prestarea de servicii susceptibile să pună în pericol viața, sănătatea, integritatea corporală a consumatorilor sau bunurile acestora, angajează răspunderea persoanelor prevăzute de lege pentru prejudiciile cauzate consumatorilor de produsele cu defecte, nesigure sau de serviciile necorespunzătoare.

Reglementările în materia răspunderii pentru pagubele generate de produsele cu defecte, fără a se substitui dreptului comun, conferă acestei forme de răspundere un regim juridic suplimentar, cel prejudiciat având facultatea de a opta între acțiunea în răspundere contractuală, acțiunea în răspundere delictuală sau alt regim special de răspundere, în vigoare, conform dispozițiilor art. 9 din Legea nr privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte²². Totodată legea specială instituie expres

¹⁹ Marinescu D. *Tratat de dreptul mediului*. Ediția a III-a, revăzută și adăugită. Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 50.

²⁰ Pop L., Popa F.I., Vidu S.T., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*. Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 531.

²¹ Goicovivi J. *Dreptul consumației*. Ed. Sfera Juridică, Cluj Napoca, 2006, p. 7-27.

²² Legea privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte nr. 240 din 2004, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 313 din 22.04. 2008.

nulitatea absolută a clauzelor contractuale de exonerare sau de limitare a răspunderii producătorului, fiind permise doar clauzele de agravare a răspunderii producătorului.

În sistemele occidentale de drept este reglementată răspunderea profesioniștilor, fiind guvernată de principii tradiționale și relativ stabile. În contextul evoluțiilor legislative, doctrinare și jurisprudențiale în materia răspunderii, atât în dreptul național cât și în dreptul european, apreciem că răspunderea diferitelor categorii de profesioniști este o răspundere specială, circumscrisă sferei răspunderii profesionale. Deși, de cele mai multe ori, serviciile se acordă în virtutea unui contract, drepturile și obligațiile corelative ale părților, în marea lor majoritate, sunt expres reglementate și iau naștere direct din dispozițiile imperative ale legii. În doctrina juridică s-a afirmat că marea majoritate a obligațiilor instituite în sarcina diferitelor categorii de profesioniști sunt supuse unui proces de „decontractualizare”. În această viziune, suntem în prezența unor obligații impuse prin lege diferitelor categorii de profesioniști, obligații definite făcându-se abstracție de natura extracontractuală sau contractuală a raportului juridic născut între respectivii profesioniști și beneficiarii serviciilor furnizate, care sunt îndreptățiți să fie apărați în mod special.

Apreciam că regimul juridic al răspunderii civile a diferitelor categorii de profesioniști transcede distincția clasică dintre răspunderea delictuală sau extracontractuală și răspunderea contractuală²³, precum și distincția dintre răspunderea civilă și orice altă răspundere patrimonială. Răspunderea civilă a diferitelor categorii de profesioniști este, în opinia noastră, o răspundere specială pentru prejudiciile cauzate circumscrisă răspunderii profesionale sau a profesioniștilor²⁴.

Bibliografie:

1. Anghel M., Deak Fr., Popa M. F. Răspunderea civilă. Editura Științifică, București, 1970.
2. Boilă L.R. Răspunderea profesioniștilor în dreptul medical – o nouă ipoteză de răspundere civilă. Revista Pandectele române, București, 2009, nr. 7, p. 53-70.
3. Boilă L.R., Boilă A.C., Natura juridică a personalului medical în dreptul român. Revista Dreptul, București, 2009, nr. 5, p. 83-112.
4. Cerchez A. M. Aspecte controversate privind formele răspunderii juridice în dreptul intern. Revista Legea și viața, Chișinău, 2015, nr. 4, p. 5-10.
5. Cerchez A.M. Medical civil liability. Legal nature. În: Economic, Social and Administrative Approaches to the Knowledge – Based Organization. The 20th International Conference The Knowledge – Based Organization. Sibiu: Academia Fortelor Terestre „Nicolae Bălcescu”, 2014, p. 399-403.
6. Goicovivi J. Dreptul consumației. Editura Sfera Juridică, Cluj Napoca, 2006.
7. Hotca M.A., Drept contravențional. Partea generală. Editura Editas, București, 2003.
8. Ioan Al., Popescu I., Cărașan M., Dincă D. Drept administrativ. Cours universitar. Editura Economică, București, 2002.
9. Iorgovan A. Tratat de drept administrativ. Volumul II. Ediția a IV-a. Editura All Beck, București, 2005.

²³ Boilă L.R., *Răspunderea profesioniștilor în dreptul medical – o nouă ipoteză de răspundere civilă*. Revista Pandectele române, 2009, nr. 7, p. 53-70.

²⁴ Tourneau Ph. Le, *Responsabilite civile professionnelle*, 2^e éd., revue et augmentée. Paris: Dalloz-Sirey, 2005, p. 11.

10. Legea privind reforma în domeniul sănătății nr. 95 din 14.04.2006, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 37228 aprilie 2006.

11. Legea privind drepturile pacienților nr. 46 din 21.01.2003, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 53 din 29.01.2003.

12. Legea privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte nr. 240 din 2004, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 313 din 22.04.2008.

13. Manda C. Drept administrativ. Tratat elementar. Ediția a V-a, revizuită și adăugată. Editura Universul juridic, București, 2008.

14. Mangu F. I. Malpraxisul medical. Răspunderea civilă medicală. Editura Wolters Kluwer, București, 2010.

15. Marinescu D. Tratat de dreptul mediului. Ediția a III-a, revăzută și adăugită. Editura Universul Juridic, București, 2008.

16. Pop L., Popa F.I., Vidu S.T., Tratat elementar de drept civil. Obligațiile. Editura Universul Juridic, București, 2012.

17. Stanilă Laura Maria. Răspunderea penală obiectivă și formele sale în dreptul penal român. Analele Universității de Vest Timișoara, 2011, p. 87-96. – http://drept.uvt.ro/documents/Anale1-2011_final-raspunderea_penala_obiectiva_si_formele_sale_in_dreptul_penal_roman_.pdf.

18. Șaguna D.D., Șova D. Drept financiar public. Ediția 2. Editura C.H. Beck, București, 2007.

19. Tourneau Ph. Le, Responsabilite civiles professionnelles. Édition: 2e édition revue et augmentée. Paris: Dalloz-Sirey, 2005.

20. Trăilescu A. Drept administrativ. Tratat elementar. Editura All Beck, București, 2002

21. Țiclea Al. Reglementarea contravențiilor. Ediția a III-a, revăzută și adăugită. Editura Lumina Lex, București, 2003.

22. Vedinaș V. Drept administrativ. Ediția a VII-a revăzută și actualizată. Editura Universul Juridic, București, 2012.

23. Zaharia Gh. T. ș. a. Drept administrativ. Ediția a IV-a, revăzută și completată. Editura Junimea, Iași, 2002.

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA EXPIRAREA MANDATULUI ȘI POSIBILITATEA PRELUNGIRII DE DREPT A PUTERII DE REPREZENTARE A MANDATARULUI POTRIVIT NOULUI COD CIVIL

Dragoș DAGHIE*

Abstract:

The contract of mandate is an indispensable instrument for the professional trader in carrying out current activities. Through this instrument, the trader may be present in several places at the same time, managing to enter into multiple legal agreements through its authorized representative – in nomine alieno.

As regards companies regulated by Law no. 31/1990, the contract of mandate is equally a common method used for the mechanisms of these legal fictions.

One of the applications of the contract of mandate is related to the company director, who may not carry out activity under an employment contract, but under a contract of mandate.

It is interesting to see, in the light of the new jurisprudential landmarks, the extent to which the contract of mandate may be extended as of right, tacitly, if the parties have not expressly showed their intention and the extent to which the maximum duration of the contract of mandate provided by law for directors may be infringed by such interpretation.

Keywords: *mandate, director, extension as of right*

Rezumat:

Contractul de mandat reprezintă un instrument indispensabil profesionistului comerciant în desfășurarea activităților curente. Prin acest mijloc, comerciantul poate fi prezent în mai multe locuri, deodată, reușind să încheie acte juridice multiple prin intermediul mandatarului său – in nomine alieno.

În ceea ce privește domeniul societăților reglementate de Legea nr. 31/1990, contractul de mandat reprezintă, în aceeași măsură, o modalitate des întâlnită și folosită pentru mecanismele acestor ficțiuni juridice.

Una dintre aplicațiile contractului de mandat o întâlnim în legătură cu administratorul societăților care nu își poate desfășura activitatea în temeiul unui contract de muncă, ci potrivit unui contract de mandat¹.

Este interesant de analizat, în lumina noilor repere jurisprudențiale, în ce măsură contractul de mandat se poate prelungi de drept, tacit, dacă părțile nu și-au manifestat în mod expres intenția și în ce măsură durata maximă a contractului de mandat prevăzută de lege pentru administratori poate fi înfrântă printr-o astfel de interpretare.

Cuvinte-cheie: *mandat, administrator, prelungire de drept*

* Lect. univ. dr., Universitatea „Dunărea de Jos” Galați, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Departamentul de Științe Juridice, dragos.daghie@ugal.ro.

¹ Pentru dezvoltări a se vedea Ștefănescu I.T., Beligrădeanu Ș., *Natura raportului juridic dintre societățile comerciale și administratorii sau directorii acestora*, în revista Dreptul nr. 8/2008, p. 48-77.

1. Considerații introductive

Contractul de mandat este reglementat în legislația noastră în corpul dispozițiilor art. 2009-2071 C. civ. potrivit cărora acesta este convenția prin care o parte, numită mandatar, se obligă să încheie unul sau mai multe acte juridice pe seama celeilalte părți, numită mandant.

Definiția legală a contractului de mandat este reluată nuanțat sau ca atare de majoritatea doctrinei în materia contractelor, fiind puține adăugiri aduse acesteia².

Ca trăsături ale contractului de mandat, printre altele, acesta este *intuitu personae* deoarece mandantul își pune încrederea în mandatar pentru ca acesta să încheie actul/actele juridice în numele și pe seama sa (mandatul cu reprezentare) sau în nume propriu dar pe seama mandantului (mandatul fără reprezentare). Uneori, în domenii specializate, mandantul apelează la un anumit mandatar care se diferențiază, pe lângă încrederea celui care îl împuternicește, și printr-o calificare aparte care-l califică în a încheia un anumit act juridic sau operațiune, poate chiar mai bine decât mandantul însuși.

De asemenea, cu privire la modalitatea prin care acest contract poate înceta, art. 2030 alin. (1) C. civ. ne arată că pe lângă cauzele generale de încetare a contractelor, mandatul mai încetează fie prin revocarea sa de către mandant, renunțarea mandatarului moartea, incapacitatea sau falimentul mandantului ori a mandatarului. Examinând și cauzele generale prin care poate înceta orice contract, vom observa că, potrivit art. 1321 C. civ., printre cauzele de încetare a contractului se numără și executarea acestuia, acordul părților, denunțarea unilaterală, expirarea termenului, îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea condiției, imposibilitatea, imposibilitatea fortuită de executare sau alte cauze pe care legea le-ar prevedea în completare³.

Un alt aspect ce trebuie reținut deoarece prezintă relevanță în analiza propusă îl reprezintă situația cuprinsă în art. 2030 alin. (2) C. civ. conform căruia, ca excepție de la situațiile de încetare a contractului de mandat din art. 1321 C. civ. și art. 2030 alin. (1) C. civ., mandatul nu va înceta dacă obiectul său este încheierea unor acte succesive în cadrul unei activități cu caracter de continuitate, dacă această activitate este în curs de desfășurare.

2. Încetarea contractului de mandat și posibilitatea prelungirii de drept a acestuia

Analiza posibilității de prelungire de drept a mandatului trebuie să pornească de la recente soluții jurisprudențiale pronunțate în această problemă.

Astfel, ÎCCJ a hotărât, prin decizia nr. 920 din 25 martie 2015, că expirarea mandatului administratorului unei societăți pe acțiuni nu conduce la pierderea calității de a mai reprezenta în mod legal societatea, în condițiile în care contractul de mandat poate înceta prin revocarea mandatului de către mandant, prin renunțarea mandatarului la mandat sau insolvența mandantului/mandatarului.

În continuarea, a mai arătat instanță că în cazul în care acționarii societății nu au revocat administratorul sau nu au numit alți administratori, se consideră că acesta va

² Puie O., *Contracte civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 297 și urm.; Florescu D.C., *Contracte civile*, ed. a V-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 249 și urm.; Moțiu F., *Contracte speciale*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 232 și urm.

³ Cazurile de încetare a mandatului erau în mare parte aceleași și potrivit vechii reglementări, Codul civil 1864 – a se vedea Deak F., *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. II, ed. a IV-a, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 242 și urm.; Roșu C., *Contractul de mandat în dreptul privat intern*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 92 și urm.

continua să reprezinte societatea până la numirea altui administrator, având în vedere că legea trebuie interpretată în sensul producerii de efecte juridice, interesele bunei administrări a unei societăți comerciale pe acțiuni reclamând efectuarea oricăror acțiuni care necesită protejarea acestora.

În motivarea soluției sale, instanța a considerat că trebuie să folosească raționamentul de interpretare potrivit căruia normele trebuie interpretate în sensul în care ele să producă efecte juridice, deoarece interesele bunei administrări a unei societăți pe acțiuni reclamă efectuarea oricăror acțiuni care necesită protejarea acestora.

Pentru aceste considerente, ÎCCJ a apreciat că trebuie să dea eficiență dispozițiilor art. 72 din Legea nr. 31/1990 coroborat cu art. 1554-1555 C. civ. 1864 astfel încât încetarea mandatelor administratorilor sociali anteriori nu poate interveni decât în caz de revocare sau de numire a unor noi mandatar.

Apreciem soluția găsită de instanță ca fiind greșită, ceea ce a determinat și prezentarea unor argumente în sprijinul dezacordului față de această rezolvare a unui vid de decizie executivă din cadrul societăților reglementate de Legea nr. 31/1990⁴.

Mai trebuie menționat că, deși soluția instanței a avut ca fundament Codul civil 1864, în mod firesc această dezlegare poate produce efecte și în conjunctura noului Cod civil, întru-cât dispozițiile actuale sunt foarte similare cu cele anterioare.

Încă de la început trebuie menționat că dispozițiile Codului civil aveau și au un caracter de drept comun față de reglementarea societăților, Legea nr. 31/1990 reprezentând o lege specială care se caracterizează de o aplicare prioritara față de dreptul comun. Așadar, derogările cuprinse în legea specială se vor aplica preferențial și prioritar față de dreptul comun – Codul civil.

Potrivit reglementării actuale, Codul civil în vigoare, art. 2 și art. 3 alin. (1), dispozițiile codului reprezintă dreptul comun pentru toate domeniile la care se rederă litera sau spiritul dispozițiilor sale, aplicabilitatea sa răsfrângându-se și asupra raporturilor dintre profesioniști precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

Cu toate acestea, tot Codul civil prevede în art. 192 dispoziția potrivit căreia persoanele juridice legal înființate se supun dispozițiilor aplicabile categoriei din care fac parte (în principal), precum și celor cuprinse în prezentul cod (în secundar), dacă prin lege nu se prevede altfel.

Drept urmare, rezultă fără echivoc faptul că dispozițiile Legii nr. 31/1990 reprezentau și reprezintă norme speciale raportat la Codul civil 1864 sau în vigoare, prevederile acestei legi aplicându-se cu prioritate.

Odată născută această concluzie, apreciem că nu se va putea face aplicarea unor norme din Codul civil 1864 sau în vigoare prin care să se lase fără efect dispoziții speciale din Legea nr. 31/1990.

Legea nr. 31/1990 cuprinde dispoziții speciale ce se aplică societăților referitor la mandatul exercitat de administrator.

În primul rând, art. 153¹² alin. (3) din Legea societăților cere ca persoana care este numită în funcția de administrator sau membru al directoratului sau al consiliului de supraveghere să accepte expres această numire ca o condiție de valabilitate. Astfel, lipsa

⁴ Pentru o opinie în același sens a se vedea și Piperea P., Dan R., *Expirarea mandatului administratorului are ca efect încetarea prerogativei reprezentării*, articol consultat la adresa <http://www.juridice.ro/405829/expirarea-mandatului-administratorului-are-ca-efect-incetarea-prerogativei-reprezentarii.html>.

acceptării exprese determină nulitatea numirii într-un-cât legea impune ca o condiție de valabilitate această acord expres al persoanei desemnate.

Potrivit acestui prim argument, rezultă că soluția impusă de ÎCCJ nu poate fi aplicabilă în materia societăților ci, poate produce efecte, eventual, în alte ipoteze, în măsura în care decizia ar fi sprijinită pe dispozițiile art. 2030 alin. (2) C. civ., astfel cum am arătat anterior.

Având în vedere că părțile contractului de mandat au rămas în pasivitate (ceea ce poate fi asimilat cu o manifestare de voință în sensul lipsei intenției de a prelungi contractul) și nu au dorit prelungirea împuternicirii, este ciudat ca o instanță să oblige un mandatar să-și execute în continuare obligațiile deși acesta nu mai dorește acest lucru.

Mult mai ciudat este situația în care instanța îi impune mandantului să continue să fie reprezentat de un mandatar în care poate și-a pierdut încrederea și poate și acest aspect este de natură să explice voința de a înceta contractul odată cu expirarea duratei sale.

Menționez că aceste dispoziții nu pot fi aplicate și societăților reglementate de Legea nr. 31/1990, în considerarea argumentelor prezentate deja cu privire la caracterul special și derogatoriu al Legii societăților față de dreptul comun – Codul civil.

Este adevărat că art. 72 din Legea societăților nr. 31/1990 ne arată că obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege, însă accentul trebuie să cadă pe aplicabilitatea normelor speciale și apoi a dreptului cu comun.

Ca atare, se vor aplica dispozițiile contractuale stabilite de părți în contractul de mandat, dispozițiile Legii nr. 31/1990 cu privire la mandatul administratorului, obligațiile și răspunderea acestuia, și apoi se vor aplica prevederile dreptului comun, în completare și numai în cazul în care normele speciale nu cuprind indicații derogatorii.

O altă dispoziție ce prezintă interes în analiză este art. 153¹² alin. (1) și (2) din Legea societăților, potrivit cărora durata mandatului primilor administratori nu poate fi mai mare de 2 ani iar a administratorilor numiți ulterior nu poate fi mai mare de 4 ani. Se mai arată în cuprinsul acestui articol că există posibilitatea realegerii administratorilor fără o limitare a numărului de mandate, dacă nu se interzice expres prin actul constitutiv această posibilitate.

Din aceste preveri rezultă că soluția instanței este contrară legii deoarece, în cazul prelungirii de drept a mandatului administratorului, acesta putând să continue să reprezinte societatea până la numirea altui administrator, deoarece ar reprezenta o depășire a duratei maxime a mandatului pe care legea o prevede.

Nu poate fi reținut argumentul instanței în sensul în care numai această interpretare ar fi în sensul în care norma ar produce efecte juridice deoarece tocmai această interpretare lipsește de efecte juridice dispozițiile din Legea nr. 31/1990 ceea ce este chiar contrar principiului enunțat de instanță. În această situație, apreciez că nu există necesitatea unei interpretări deoarece norma pusă în discuție este clară, interpretarea fiind necesară în cazul în care norma este caracterizată de incertitudine, neclaritate etc.

Se mai arată în motivarea deciziei instanței faptul că o justificare a acestei soluții o reprezintă interesele bunei administrări a unei societăți comerciale pe acțiuni ceea ce reclamă efectuarea oricăror acțiuni care necesită protejarea acestora. Nu poate răzbate din aceste motivări un interes care este calificat de instanță ca fiind cvasi-public ce necesită protecție deoarece societățile reprezintă interese private iar o protecție a acestora nu se regăsește între atribuțiile instanței judecătorești.

Mai mult decât atât, în măsura în care nu mai există încredere între mandant și mandatar, iar părțile au decis, tacit, să înceteze contractul prin expirarea duratei sale, poate instanța să aprecieze chestiuni legate de oportunitatea desfășurării de operațiuni de către

un mandatar căruia îi lipsește o componentă decisivă a contractului – încrederea – *frangenti fidei non est fides servanda?*

În plus, să presupunem, prin absurd, că soluția instanței ar fi corectă și trebuie pusă în aplicare, totuși se ridică întrebarea firească: această prelungire nu are o limitare în timp, nu este limitată, deoarece excepția nu poate avea o întindere mai largă decât regula (durata prelungirii nu poate depăși durata mandatului prelungit însuși)?! În această ipoteză am fi în cazul în care prelungirea de drept a administrării ar dura *sine die*, deoarece nu există certitudinea și previzibilitatea momentului numirii unui alt administrator de către asociați/acționari.

Sunt de părere că în instanța nu a făcut altceva decât să intervină în contractul de mandat prelungindu-i durata, aceasta chiar în dezacordul părților care au decis să înceteze raporturile contractuale prin atingerea la termen a convenției. Or, a fost unanimă poziția exprimată atât doctrinar dar și jurisprudențial⁵ cu privire la posibilitatea de a modifica clauze contractuale sau chiar contractul în sine, principiul forței obligatorii a contractului impunând aceste limite.

De asemenea, trebuie pusă problema din perspectiva *affectio societatis*, unghi din perspectiva căruia soluția instanței apare ca fiind o forțare a continuării funcționării societății deși poate acționarii nu își mai doresc, fiind dispuși să își asume sancțiunea dizolvării societății.

Motivul de dizolvare al societății ar putea fi cel prevăzut de art. 227 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 31/1990, respectiv imposibilitatea funcționării societății sau, potrivit art. 237 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 31/1990 – lipsa organelor statutare.

Din nou apreciez că prin această interpretare instanța nu a dat glas principiului interpretării normelor în sensul producerii de efecte juridice ci, din contră, a anihilat și efectele (sancțiunile) cuprinse în art. 227 alin. (1) lit. e) și 237 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 31/1990 pe lângă cele deja menționate.

O soluție posibilă pentru a remedia acest vid decizional executiv ar fi aplicarea dreptului comun, în lipsa vreunei dispoziții din Legea nr. 31/1990, respectiv dispozițiile art. 1919 C. civ. care prevăd capacitatea de reprezentare a societății de către asociați, în lipsa numirii administratorilor. În sprijinul acestei rezolvări pot sta și dispozițiile art. 1887 C. civ. care menționează calitatea de drept comun în materia societăților al capitolului VII, titlul IX, cartea a V-a – contractul de societate – ceea ce ne îndreptățește să facem aplicarea art. 1919 C. civ. însă numai în măsura în care nu există o altă dispoziție derogatorie în legea specială.

3. Concluzii

Se arată în doctrină⁶ faptul că același complet care a pronunțat decizia în discuție a mai pronunțat o hotărâre în aceeași problemă însă cu o rezolvare diametral opusă celei analizate, apreciindu-se că este corect raționamentul instanței de apel cu privire la aplicarea dispozițiilor art. 72 și 153¹² alin. (1) din Legea nr. 31/1990, în sensul că, odată expirat mandatul administratorului, era necesară acceptarea expresă a numirii în funcția de administrator (...). Ca atare, nu se pune problema depășirii limitelor mandatului de reprezentare, ci problema inexistenței mandatului, deci a lipsei calității de reprezentant legal.

Ca o concluzie, trebuie menționată cauza *Ștefan și Ștef c. României*, în cuprinsul căreia Curtea a arătat divergențele de jurisprudență constituie, în sine, consecința inerentă a

⁵ ÎCCJ, S. a II-a civ., dec. nr. 3234/23.10.2014.

⁶ Piperea P., Dan R., *loc. cit.*

oricărui sistem judiciar care se bazează pe un ansamblu de instanțe de fond având autoritate teritorială.

De asemenea, se mai arată că rolul unei instanțe supreme este tocmai să soluționeze aceste contradicții [*Zielinski și Pradal și Gonzalez și alții c. Franței* (MC), nr. 24846/94 și 34165/96 - 34173/96, pct. 59, CEDO 1999-VII]. Astfel, curtea apreciază că în cazul apariției unei practici divergente în cadrul celei mai înalte autorități judecătorești din țară, aceasta din urmă devine ea însăși sursă de insecuritate juridică, aducând astfel atingere principiului securității juridice și reducând încrederea publicului în sistemul judiciar [*Beian c. României* (nr. 1), nr. 30658/05, pct. 39, CEDO 2007... (extrase)].

Prin urmare, decizii ale instanței supreme care soluționează în mod diametral opus o situație similară dacă nu identică nu reprezintă cea mai bună politică judiciară, fiind de natură a crea un sentiment de neîncredere justițiabililor dar și profesioniștilor și o imposibilitate de a prevedea și de a anticipa demersul judiciar.

REGLEMENTAREA RAPORTURILOR DINTRE PROFESIONIȘTI ÎN NOUL COD CIVIL

*Olga Andreea URDA**

Abstract:

Unification of Private Law rules has resulted in the disappearance of the classical distinction between civil and commercial law. The replacement of the concept of trader with that of professional has led to some misunderstandings in practice, that are to be clarified by doctrinal way. The distinction between Commercial and Civil is attained by relating to the professional or unprofessional quality of the parties involved in the juridical relation. In this context, it is imposed the concrete analysis of the legal relations specific to professionals, their legal status and of the specific obligations arising from the operation of businesses and to what extent the provisions of the Commercial Code have been expanded by the new civil legislation for all categories of professionals, whether they are aimed at making profit by the conduct of business

Keywords: *professional, operation of an enterprise, interest, execution of obligations*

Rezumat:

Unificarea normelor de drept privat a avut ca efect dispariția distincției clasice dintre dreptul civil și dreptul comercial. Înlocuirea noțiunii de comerciant cu aceea de profesionist a condus la o serie de confuzii în practică, confuzii ce urmează a fi clarificate pe cale doctrinară. Distincția comercial-civil se realizează prin raportare la calitatea de profesionist sau non-profesionist a părților implicate în raportul juridic. În acest context, se impune analiza concretă a raporturilor juridice specifice profesioniștilor, a statutului juridic al acestora și a particularităților obligațiilor care iau naștere din exploatarea unei întreprinderi, precum și în ce măsură prevederile Codului comercial au fost extinse de noua legislație civilă pentru toate categoriile de profesioniști, indiferent dacă în exercitarea activității lor urmăresc obținerea unui profit.

Cuvinte-cheie: *profesionist, exploatarea unei întreprinderi, dobânda, executarea obligațiilor*

I. Profesionistul comerciant

Codul civil în vigoare reprezintă „dreptul comun pentru toate domeniile la care se referă litera sau spiritul dispozițiilor sale”¹. Prin abrogarea Codului comercial distincția care se realiza în mod clasic între raporturile civile și raporturile comerciale a dispărut, consacându-se, așa cum reiese și din Expunerea de motive cu privire la proiectul Legii nr. 287/2009², „diferențieri de regim juridic în funcție de calitatea de profesionist, respectiv non-profesionist a celor implicați în raportul juridic obligațional”.

* Asist. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași, avocat în Baroul Iași, e-mail olga.alexandru@uaic.ro

¹ Art. 2 alin. (2) Cod civil.

² Disponibilă pe pagina de internet www.juridice.ro/wp-content/uploads/Cod-civil-expunere-de-motive.doc

Art. 7 din Codul comercial considera comerciantul ca fiind „cel care face fapte de comerț, având comerțul ca profesiune obișnuită și societățile comerciale”. Noul Cod civil și legea sa de punere în aplicare aduc o abordare nouă, redefinind noțiunea de comerciant așa cum este redată de art. 1 din Legea nr. 26/1990³ și de art. 1 din Legea nr. 31/1990. Astfel, art. 8 din Legea nr. 71/2011 reglementează noțiunea de „profesionist” prevăzută la art. 3 din Codul civil desemnând „categoriile de comercianți, întreprinzători, operatori economici, precum și orice alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale, astfel cum aceste noțiuni sunt prevăzute de lege, la data intrării în vigoare a Codului civil”.

Art. 6 din legea de punere în aplicare a Codului civil se precizează faptul că referirile la comercianți din cuprinsul actelor normative aplicabile la data intrării în vigoare a Codului civil, se consideră a fi făcute la persoanele fizice sau, după caz, la persoanele juridice supuse înregistrării în registrul comerțului, potrivit prevederilor art. 1 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului⁴.

Codul civil definește în art. 3 profesionistul ca fiind persoana care exploatează o întreprindere, prin exploatarea unei întreprinderi înțelegându-se „exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea, ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ”⁵.

Concepția monistă de reglementare a raporturilor de drept privat a condus la aplicarea regulilor prevăzute de dreptul comercial și altor profesioniști. Distincția ambiguă dintre comerciant și profesionist a creat în practică o serie de confuzii vis-à-vis de posibilitatea folosirii sau nu în continuare a termenului de comerciant, impunându-se o clarificare în acest sens.

II. Reguli specifice, incidente în raporturile juridice dintre profesioniști

1. Introducere

Abordarea monistă a Noului Cod civil a condus în mod inevitabil la extinderea unor reguli consacrate în Codul comercial exclusiv comercianților și față de restul categoriilor de profesioniști.

În acest sens Cartea I, Titlul V intitulată „Despre obligațiunile comerciale în general” prevedea regulile speciale aplicabile operațiunilor comerciale⁶.

Multe dintre aceste prevederi au fost păstrate în Noul Cod civil, și avem aici în vedere cu titlu de exemplu: solidaritatea co-debitorilor, regimul probator, interzicerea acordării termenelor de grație. Vom analiza astfel, în cele de mai jos, câteva dintre regulile aplicabile în mod deosebit raporturilor juridice incidente între profesioniști.

³ Art. 1 alin. (2) definește comercianții ca fiind „persoanele fizice care exercita în mod obișnuit acte de comerț, societățile comerciale, regiile autonome și organizațiile cooperatiste”.

⁴ Art. 1 din Legea nr. 26/1990 prevede faptul că: „Înainte de începerea activității economice, au obligația să ceară înmatricularea sau, după caz, înregistrarea în registrul comerțului următoarele persoane fizice sau juridice: persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, societățile comerciale, companiile naționale și societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interes economic, societățile cooperative, organizațiile cooperatiste, societățile europene, societățile cooperative europene și grupurile europene de interes economic cu sediul principal în România, precum și alte persoane fizice și juridice prevăzute de lege”.

⁵ Art. 3 alin. (3) Cod civil.

⁶ A se vedea în acest sens și: Nemeș V., *Drept comercial. Ediția a 2-a revizuită și adăugită*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 257.

2. Determinarea locului executării obligațiilor

În mod obișnuit atât în vechea cât și în actuala reglementarea locul plății este locul indicat în mod expres în contract sau care din natura operațiunii sau din intenția părții contractante.

În absența unei asemenea prevederi locul executării obligației îl reprezenta, în Codul comercial, locul unde cel ce s-a obligat își avea stabilimentul său comercial sau cel puțin domiciliul ori reședința, la formarea contractului⁷, iar în conformitate cu Codul civil anterior, plata se făcea la domiciliul debitorului⁸. În ambele reglementări plata unui lucru cert și determinat, se va realiza în locul în care se afla în momentul formării contractului, aspect menținut și în Noul Cod civil⁹.

Noul Cod civil aduce o modificare semnificativă, în sensul că obligațiile bănești vor fi executate la domiciliul sau, după caz, sediul creditorului de la data plății, însă celelalte obligații se vor executa, așa cum am observat și în vechea reglementare, la domiciliul sau, după caz, sediul debitorului la data încheierii contractului.

3. Regimul juridic al dobânzilor

Dobânda reprezintă *suma de bani sau orice altă prestație, sub orice titlu sau denumire, la care debitorul se obligă drept echivalent al folosinței capitalului*¹⁰.

Ordonanța nr. 13 din 24 august 2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar precum și art. 1489 Noul Cod civil reprezintă sediul materiei.

Rata dobânzii poate fi stabilită de către părți în convenții iar în absența unei asemenea prevederi legiuitorul stabilește quantumul dobânzii. Dobânda legală poate fi remuneratorie sau penalizatoare.

Dobânda remuneratorie reprezintă dobânda datorată de debitorul obligației de a da o sumă de bani la un anumit termen, calculată pentru perioada anterioară împlinirii termenului scadenței obligației și se stabilește prin raportare la nivelul ratei dobânzii de referință al Băncii Naționale a României.

Dobânda penalizatoare reprezintă dobânda datorată de debitorul obligației bănești pentru neîndeplinirea obligației respective la scadență, stabilindu-se la nivelul ratei dobânzii de referință la care se adaugă patru puncte procentuale. În Noul Cod civil acestei accepțiuni îi corespunde noțiunea de dobândă moratorie.

De menționat este faptul că legiuitorul face totuși o distincție între raporturile juridice care decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ și cele care nu se încadrează în această situație, în sensul că în cel din urmă caz rata dobânzii legale atât pentru cea remuneratorie cât și pentru cea penalizatoare se diminuează cu 20%.

3.1. Curgerea dobânzilor

În cazul în care debitorul nu achită suma de bani la care era obligat la scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii, al căror quantum este fie cel stabilit de către părți fie în absența unei asemenea înțelegeri, este quantumul prevăzut de lege. Dovedirea unui

⁷ Art. 59 Cod comercial.

⁸ Art. 1104 Cod civil anterior.

⁹ Art. 1494 alin. 1) lit a) Noul Cod civil prevede faptul că obligația de a preda un lucru individual determinat trebuie executată în locul în care bunul se afla la data încheierii contractului.

¹⁰ Cucu C., Bădoiu C., Haraga C., *Dicționar de drept comercial*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 244.

prejudiciu nu trebuie să fie făcută de către creditor, aceasta fiind prezumată, iar debitorul neavând posibilitatea să dovedească faptul că prejudiciul suferit de către creditor ca urmare a neîndeplinirii obligației sale în termen, ar fi mai mic¹¹.

În art. 43 Cod comercial se stabilea regula conform căreia „datoriile comerciale, lichide și plătibile în bani produc dobândă de drept din ziua când devin exigibile”, iar în Codul civil se stabilea faptul că dobânzile „nu sunt debite decât din ziua chemării în judecată, afară de cazurile în care, după lege, dobânda curge de drept”¹².

Noul Cod civil are o cu totul altă abordare față de Codul civil anterior, în sensul că extinde regula curgerii de drept a dobânzilor moratorii, prevăzută în Codul comercial doar pentru datoriile comerciale, atât față de obligațiile asumate în exercitarea activității unei întreprinderi cât și în situația celorlalte raporturi juridice civile¹³.

Pentru datoriile înregistrate în raporturile dintre profesioniști această regulă are o valență deosebită, în contextul în care lipsa îndeplinirii obligației la timp, poate conduce la o reacție în lanț, făcând imposibilă respectarea eventualelor obligații pe care creditorul la rândul său și le-a asumat (e.g.: față de furnizori, salariați), motiv pentru care este laudabilă păstrarea acestei reguli în Noul Cod civil.

3.2. *Anatocismul*

Capitalizarea dobânzilor este permisă de principiu în Noul Cod civil pentru situațiile în care legea sau contractul, în limitele permise se lege, o prevede, sau când sunt stabilite prin hotărârea instanței de judecată, caz în care dobânzile vor curge numai de la data introducerii cererii de chemare în judecată¹⁴.

Art. 8 al Ordonanței nr. 13/2011 stabilește faptul că dobânda se va calcula numai asupra cuantumului sumei împrumutate, iar dobânzile se pot capitaliza și pot produce dobânzi în temeiul unei convenții speciale încheiate în acest sens, după scadența lor, dar numai pentru dobânzi datorate pe cel puțin un an. Cu toate acestea, se stabilește în art. 8 alin. (3) al ordonanței, dobânzile remuneratorii se pot capitaliza și pot produce dobânzi.

Capitalizarea dobânzilor nu se va aplica însă contractului de cont curent și nici în situațiile pentru care legea ar prevedea contrariul.

3.3. *Corelația daune interese – dobânda legală*

În Codul civil anterior se prevedea în mod expres, în art. 1088 alin. (1) interdicția cumulului dobânzilor cu penalitățile. Astfel, la obligațiile care au ca obiect o sumă de bani, daunele-interese pentru neexecutare nu pot cuprinde decât dobânda legală, cu excepția regulilor speciale în materie de comerț, de fidejusiune și societate. În acest sens în materie comercială spre exemplu art. 383 Cod comercial reglementa situația mandatarului care schimba destinația sumelor primite în socoteala mandantului și care datora dobânda la aceste sume din ziua în care le-a primit, în afara daunelor interese provenind din neîndeplinirea mandatului și din orice alta acțiune, chiar penală, în caz de dol sau fraudă.

În art. 1535 alin. (3) se reglementează însă posibilitatea acordării atât a dobânzii legale cât și daunelor interese. Astfel, dacă nu sunt datorate dobânzi moratorii mai mari decât

¹¹ Art. 1535 alin. 1) Cod civil.

¹² Art. 1088 Cod civil de la 1864.

¹³ Ghinoiu D.A., *Executarea silită a obligațiilor*, în Noul Cod civil: comentarii pe articole, coord.: Flavius-Antoni Baiaș, Eugen Chelaru, Ioan Macovei, Rodica Constantinovici, Gheorghe Piperea, Pavel Perju, Viorel Terzea..., Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1624;

¹⁴ Art. 1489 alin. 2) Noul Cod civil.

dobânda legală, creditorul va avea dreptul să pretindă, în afara dobânzii legale, la daune-interese pentru repararea integrală a prejudiciului. Evident rămâne în sarcina debitorului dovedirea prejudiciului.

3.4. Raportul dobânzi – penalități

Situația premisă era aceea în care părțile prevăd în contractul intervenit între ele o clauză penală prin intermediul căreia partea în culpă pentru neexecutarea obligației de a plăti o anumită sumă de bani se obliga să achite creditorului o penalitate determinată în mod expres. Întrebarea care se pune în mod firesc este dacă aceste penalități de întârziere se cumulează cu dobânda legală¹⁵.

Înalta Curte de Casație și Justiție s-a pronunțat asupra acestui aspect în sensul că „orice clauză penală prin care se stabilește obligația restituirii la scadențe sume împrumutate, sub sancțiunea penalităților de întârziere, pe lângă dobânda contractuală convenită sau pe lângă dobânda legală, contravine prevederilor legii”¹⁶.

Această soluție este menținută și în Noul Cod civil, astfel, dobânda legală se va aplica numai în absența clauzei penale¹⁷ în caz contrar am fi fost în situația ca debitorul să fie obligat la o dublă reparație pentru aceeași încălcare a prevederilor contractului¹⁸.

3.5. Acordarea termenelor de grație

Acordarea termenelor de grație de către judecător în materie comercială era interzisă prin art. 44 Cod comercial care, ținând cont de necesitatea executării cu celeritate a obligațiilor asumate de către comercianți prevedea faptul că „în obligațiunile comerciale judecătorul nu poate acorda termenele de grație permise de art. 1021 Cod civil”¹⁹.

Noul Cod civil nu mai păstrează această diferențiere și obligă creditorul să acorde debitorului un termen de executare prin notificarea de punere în întârziere, ținând seama de natura obligației și de împrejurări, iar în absența acordării unui asemenea termen debitorul are dreptul să execute obligația sa într-un termen rezonabil, calculat din ziua comunicării notificării. Mai mult, în măsura în care creditorul înțelege să formuleze cerere de chemare în judecată, fără ca anterior să îl fi pus în întârziere pe debitor, acesta din urmă are posibilitate de a executa obligația într-un termen rezonabil, calculat de la data

¹⁵ A se vedea: Cărpenaru S., *Tratat de drept comercial român. Ediția a II-a, revăzută și adăugită*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 480; Ghinoiu D.A., *op. cit.*, p. 1626; Vasile Nemeș, *op. cit.* p. 271.

¹⁶ ÎCCJ, Dec. RIL nr. XI din 24 octombrie 2005 cu privire la aplicarea dispozițiilor art. 1, 2 și ale art. 3 alin. 1 și 2 din Ordonanța Guvernului nr. 9/2000, aprobată prin Legea nr. 356/2002, referitoare la clauza penală prin care se instituie obligația restituirii la scadență a sumei împrumutate sub sancțiunea penalităților de întârziere, pe lângă dobânda contractuală convenita de părți sau pe lângă dobânda legală. Publicată în Monitorul Oficial nr. 123/2006 – M. Of. nr. 123/9 feb. 2006 disponibilă pe pagina de internet http://www.dreptonline.ro/decizii_rekurs_constitutionala/detaliu_decizie.php?id_decizie=291.

¹⁷ Art. 1536 prevede foarte clar, în acest sens, faptul că: *În cazul altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, executarea cu întârziere dă întotdeauna dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației, cu excepția cazului în care s-a stipulat o clauză penală ori creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației.*

¹⁸ A se vedea: Ungureanu D., *Clauza penală și arvuna în Noul Cod civil: comentarii pe articole*, coord.: Flavius-Antoni Baiaș, Eugen Chelaru, Ioan Macovei, Rodica Constantinovici, Gheorghe Piperea, Pavel Perju, Viorel Terzea ..., Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1629; Nemeș V., *op. cit.*, p. 272; Cărpenaru S., *op. cit.*, p. 480.

¹⁹ Art. 1021 Cod civil reglementa obligațiile condiționate și dădea posibilitatea judecătorului de a acorda un termen de grație părții acționate în vederea executării obligației sale.

comunicării cererii de chemare în judecată, cu sancțiunea suportării de către creditor a cheltuielilor de judecată, bineînțeles în măsura în care debitorul își execută obligația în acest termen.

Consider totuși mai eficientă reglementarea anterioară având în vedere faptul că în exercitarea activității unei întreprinderi cu scop lucrativ neexecutarea obligațiilor au în genere un efect de bulgăre de zăpadă, putând avea ca efect neplata salariaților, a furnizorilor sau chiar intrarea în insolvență²⁰.

3.6. Presumția de solidaritate a debitorilor profesioniști

Art. 42 Cod comercial consacră principiul solidarității codebitorilor, precizându-se în mod clar faptul că *„în obligațiunile comerciale codebitorii sunt ținuti solidar, afară de stipulație contrară”*.

Această presumție se aplica însă numai codebitorilor comercianți nu și codebitorilor necomercianți, pentru un act încheiat care, în ceea ce îi privește, nu este comercial²¹.

Atât Noul Cod civil cât și Cod civil anterior statuau principiul divizibilității răspunderii debitorului. Astfel, în art. 1442 se prevede: *„Obligația este divizibilă de plin drept, cu excepția cazului în care indivizibilitatea a fost stipulată în mod expres ori obiectul obligației nu este, prin natura sa, susceptibil de divizare materială sau intelectuală”*, iar în art. 1422 Cod civil este reglementat regimul juridic al obligației divizibile între mai mulți debitori, aceasta având acest caracter atunci când aceștia sunt obligați față de creditor la aceeași prestație, dar fiecare dintre ei nu poate fi constrâns la executarea obligației decât separat și în limita părții sale din datorie²².

Totuși, regula instituită de Codul comercial în art. 42 este extinsă în Noul Cod civil pentru toate categoriile de profesioniști, prin reglementarea prezumției de solidaritate a debitorilor profesioniști. În acest sens art. 1446 se stabilește faptul că solidaritatea se prezumă între debitorii unei obligații contractate în exercițiul activității unei întreprinderi, dacă prin lege nu se prevede altfel, neimportând dacă în actul juridic intervenit între părți a fost specificată sau nu solidaritatea codebitorilor. Singurul aspect care interesează este ca obligația să fie contractată în exercițiul activității unei întreprinderi.

Efectul principal al solidarității debitorilor îl constituie posibilitatea creditorului de a cere plata oricărui dintre debitorii solidari, fără ca acesta să îi poată opune beneficiul de diviziune, mai mult, urmărirea pornită contra unuia dintre debitorii solidari nu îl împiedică pe creditor să se îndrepte împotriva celorlalți codebitori. Într-adevăr debitorul urmărit poate însă cere introducerea în cauză a celorlalți codebitori²³.

4. Reguli speciale în materia contractelor intervenite între profesioniști

4.1. Încheierea contractelor la distanță

În ceea ce privește momentul la care se consideră contractul încheiat la distanță, Codul comercial consacră momentul cunoașterii acceptării ofertei de către ofertant (teoria informațiunii sau a recepției acceptării). În acest sens, art. 35 Cod comercial prevedea:

²⁰ Cărpenaru S., *op. cit.*, p. 481.

²¹ Ibidem, p. 484.

²² A se vedea: Adriana A., *Obligațiile complexe* în Noul Cod civil: comentarii pe articole, coord.: Flavius-Antoni Baiaș, Eugen Chelaru, Ioan Macovei, Rodica Constantinovici, Gheorghe Piperea, Pavel Perju, Viorel Terzea ..., Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1493; Nemeș V., *op. cit.*, p. 274.

²³ Art. 1447 Cod civil.

„contractul sinalagmatic între persoane depărtate nu este perfect dacă acceptarea n-a ajuns la cunoștința propuitorului în termenul hotărât de dânsul sau în termenul necesar schimbului propunerii și acceptării după natura contractului”.

Noul Cod civil menține aceeași concepție și astfel consacră teoria recepției acceptării în art. 1186, contractul fiind considerat valabil încheiat în momentul în care acceptarea ajunge la ofertant, indiferent dacă acesta nu a luat cunoștință sau nu de ea din motive care nu îi sunt imputabile.

4.2. Determinarea prețului

Problema determinării prețului poate să apară în situația în care părțile au omis menționarea prețului sau a modificării condițiilor avute în vedere la data încheierii contractului, cum ar fi spre exemplu modificarea discrepantă a prețurilor mărfurilor. În acest sens art. 40 Cod comercial prevede: „Când urmează a se hotărî adevăratul preț sau prețul curent al produselor, mărfurilor, transporturilor, navlului, al primelor de asigurare, cursul schimbului, al efectelor publice și al titlurilor industriei, el se ia după listele bursei sau după mercurialele locului unde contractul a fost încheiat, sau, în lipsa, după acelea ale locului celui mai apropiat, sau după orice fel de proba”.

Noul Cod civil reglementează în art. 1233 determinarea prețului între profesioniști. Astfel, în situația în care ne aflăm în fața unui contract încheiat între profesioniști și aceștia au omis stabilirea prețului și nici nu au indicat o modalitate pentru a-l determina, se va interpreta că părțile au avut în vedere prețul practicat în mod obișnuit în domeniul respectiv pentru prestații similare realizate în condiții comparabile, sau în absența unui asemenea preț, un preț rezonabil.

Se poate observa faptul că Noul Cod civil a extins regula prevăzută de Codul comercial pentru toate categoriile de profesioniști.

4.3. Presumarea contractului de mandat ca fiind cu titlu oneros

În condițiile specificității mercantile a activităților desfășurate Codul comercial stabilește faptul că mandatul comercial este un contract cu titlu oneros, în acest sens art. 374 dispune: „mandatul comercial nu se presupune a fi gratuit”.

În absența unor dispoziții exprese în contract privind plata remunerației, aceasta va fi stabilită de către instanța de judecată.

Noul Cod civil menține această reglementare în art. 2010, contractul de mandat încheiat pentru acte de exercitare a unei activități profesionale prezumându-se a fi cu titlu oneros, iar în absența determinării remunerației mandatarului, aceasta se va stabili potrivit legii, uzanțelor ori, în lipsă, după valoarea serviciilor prestate.

Dacă pentru persoanele fizice mandatul se prezumă a fi cu titlu gratuit mandatul intervenit între profesioniști se prezumă a fi titlu oneros.

Ne aflăm însă în fața unei prezumții relative, mai ales dacă avem în vedere faptul că accepțiunea noțiunii de profesionist conform Noului Cod civil este mai largă, incluzând și situațiile în care o întreprindere este exploatată fără urmărirea unui profit (situația asociațiilor).

Unul dintre efectele esențiale al acestei prezumții este obligația mandatarului în cazul mandatului cu titlu oneros de a răspunde pentru executarea mandatului cu diligența unui

bun proprietar, spre deosebire de situația mandatului cu titlu gratuit în care mandatarul va fi ținut să îndeplinească mandatul cu diligența pe care o manifestă în propriile afaceri²⁴.

Concluzii

Am evocat mai sus nuanțările în trecerea de la conceptul de comerciant la cel de profesionist precum și regulile speciale ale obligațiilor specifice profesioniștilor în exercitarea activității unei întreprinderi.

Fără a avea pretenția epuizării unui subiect atât de vast înțeleg să subliniez importanța tratării cu atenție a acestor distincții întrucât confuziile de aplicare a normei pot avea consecințe deosebit de grave pentru viața economică. În contextul unei legislații încă neclare rolul doctrinei este unul deosebit de important în clarificarea anumitor aspecte în condițiile în care putem afirma că asistăm la o adevărată comercializare a dreptului civil.

Bibliografie:

1. Almășan Adriana, *Obligațiile complexe în Noul Cod civil: comentarii pe articole*, coord.: Flavius-Antoniou Baias, Eugen Chelaru, Ioan Macovei, Rodica Constantinovici, Gheorghe Piperea, Pavel Perju, Viorel Terzea..., Editura C.H. Beck, București, 2012
2. Cărpenaru Stanciu, *Tratat de drept comercial român. Ediția a II-a, revăzută și adăugită*, Editura Universul Juridic, București, 2011
3. Cucu Cristina, Bădoiu Cătălin, Haraga Cristian, *Dicționar de drept comercial*, Editura C.H. Beck, București, 2011
4. Ghinoiu Decebal-Adrian, *Executarea silită a obligațiilor*, în Noul Cod civil: comentarii pe articole, coord.: Flavius-Antoniou Baias, Eugen Chelaru, Ioan Macovei, Rodica Constantinovici, Gheorghe Piperea, Pavel Perju, Viorel Terzea..., Editura C.H. Beck, București, 2012
5. Nemeș Vasile, *Drept comercial. Ediția a 2-a revizuită și adăugită*, Editura Hamangiu, București, 2015
6. Ungureanu Diana, *Clauza penală și arvuna*, în Noul Cod civil: comentarii pe articole, coord.: Flavius-Antoniou Baias, Eugen Chelaru, Ioan Macovei, Rodica Constantinovici, Gheorghe Piperea, Pavel Perju, Viorel Terzea..., Editura C.H. Beck, București, 2012

²⁴ Art. 2018 Noul Cod civil.

PERSPECTIVELE REGIMULUI JURIDIC AL GRUPULUI DE SOCIETĂȚI ÎN SISTEMUL DE DREPT CIVIL ROMÂN

Nicoleta Mirela NĂSTASIE*

Abstract:

The identification of the group of undertakings in relation to the classical concept of „person” and „legal personality”, the delimitation of groups of companies which enjoy legal personality from those not benefiting such a regime, are for any jurist a real temptation but also a reason for endeavour in the context of the actual academic and jurisprudential current.

The regulation of the groups from an economic perspective in different subjects interesting especially public law, inconsistency of terminology, complexity and diversity of groups of undertakings in the context of international evolution of businesses and legal entities operating in that area, all require a reassessment of the reserve of the Romanian legislature toward the promotion of a coherent vision on the legal regime of the group of companies.

This article is an attempt to propose some explanations with regard to the prospects for the status of the group of companies in the system of Romanian civil law in the European context.

Keywords: group of companies, legal entity, legal personality

Rezumat:

Identificarea grupului de societăți în raport cu conceptul clasic de „persoană juridică” și „personalitate juridică”, delimitarea grupurilor de societăți care se bucură de personalitate juridică de cele care nu beneficiază de un astfel de regim, sunt pentru orice jurist o reală ispită dar și un motiv de strădanie în contextul doctrinar și jurisprudential actual.

Reglementarea grupurilor din perspectivă economică în diferite materii interesând în special dreptul public, inconsecvența terminologică, complexitatea și diversitatea grupurilor de societăți în contextul internaționalizării afacerilor și entităților juridice care operează în domeniu, impun o reevaluare a rezervei legiuitorului român față de promovarea unei viziuni unitare a regimului juridic al grupului de societăți.

Prezentul articol reprezintă încercarea de a propune câteva explicații cu privire la perspectivele statutului grupului de societăți în sistemul de drept civil român în contextul european actual.

Cuvinte-cheie: grup de societăți, persoană juridică, personalitate juridică

1. Persoana juridică în contextul Noului cod civil

Noul Cod civil reglementează raporturile juridice de drept privat dintre persoane, patrimoniale sau nepatrimoniale, indiferent că este vorba despre norme de drept civil, comercial, de dreptul familiei și de drept internațional privat (art. 2 alin. (2) NCC).

În concepția noului Cod civil, persoana juridică este privită ca o *instituție de sine stătătoare*, dispozițiile generale se aplică tuturor categoriilor de persoane juridice din sfera

* Doctorand al Scolii Doctorale din cadrul Universității „Titu Maiorescu” din București, anul I, domeniul drept – specializarea drept comercial; e-mail: nastasie.mirela@yahoo.com

dreptului privat. Prevederile sale se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil (art. 3 alin. (1) NCC).

Trei observații se impun. Sub un aspect, se remarcă existența unor legi speciale care reglementează în continuare diferitele categorii de persoane juridice. Sub aspectul aplicării în timp a dispozițiilor noului Cod civil, trebuie avute în vedere prevederile art. 3, art. 5 alin. 1 și alin. 2 din Legea nr. 71/2011¹, coroborate cu art. 6 alin. 2 și 6 NCC, iar în ceea ce privește strict persoanele juridice, art. 18 din Legea nr. 71/2011. Sub un al treilea aspect, trebuie amintit că intrarea în vigoare a noului Cod civil a reprezentat abrogarea Decretului nr. 31/1854 privind persoanele fizice și persoanele juridice, constituind dreptul comun în materie.

2. Definiția persoanei juridice

Anterior intrării în vigoare a noului Cod civil noțiunea de persoană juridică nu a fost consacrată legislativ iar doctrinar nu s-a reușit exprimarea unui punct de vedere unitar în acest sens.²

În noul Cod civil art. 25 prevede că „persoana juridică este orice formă de organizare care, întrunind condițiile cerute de lege, este titulară de drepturi și obligații.

Cerințele legii pe care trebuie să le îndeplinească orice entitate pentru a dobândi calitatea de persoană juridică, reglementate de art. 187 NCC ca și condiții pentru dobândirea personalității juridice, se referă la existența unei organizări de sine stătătoare, a unui patrimoniu propriu afectat realizării unui scop determinat, licit și moral.

Art. 188 NCC stabilește care sunt entitățile care pot fi incluse în categoria persoanelor juridice: entitățile prevăzute de lege(a) și orice alte organizații legal înființate care, deși nu sunt declarate de lege persoane juridice, îndeplinesc toate condițiile prevăzute la art. 187 (b).

Prin urmare, art. 188 NCC reglementează atât ipoteza în care actele normative enunță expres calitatea anumitor entități de persoane juridice, dar și cea a actelor normative care, fără a menționa această calitate, prin reglementarea statutului juridic vizează întrunirea celor trei cerințe ale personalității juridice.³ În interpretarea textului rezultă că, în absența unei dispoziții exprese privind existența unui subiect de drept, se va aplica teza a doua, prin intermediul căreia se va determina dacă entitatea deține elementele pentru dobândirea calității de persoană juridică.

În doctrină s-a accentuat necesitatea înțelegerii *distincției dintre noțiunea de persoană juridică și personalitate juridică*, în condițiile în care dobândirea personalității juridice reprezintă „modalitatea tehnică prin care persoana juridică va putea să apară pe scena juridică”⁴. În încercarea de a defini persoana juridică drept un concept unitar, din

¹ Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011).

² Pentru diversele opinii exprimate în doctrina se vedează Gh. Beleiu, „*Drept civil roman. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*”, Ed. Universul Juridic, Buc, 2001, p. 424, M. Mureșan, A. Boar ș.a., *Drept civil. Persoanele*, Ed. Cordial Lex, 2000, p. 146, E. Lupan, *Drept civil, Persoana juridică*, Ed. Lumina Lex, 2000, p. 29, G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. All Beck, 2001, p. 386, sau ed. A III a revizuită și adăugată, Ed. Hamangiu, 2008 p. 515, I. Reghini, sa, *Introducere în dreptul civil*, Ed. a II a, Ed. Sfera Juridică, 2008, p. 252.

³ A se vedea și *Noul cod civil. Comentarii, doctrina și jurisprudența*, vol. 1, Ed. Hamangiu, 2012, p. 215-225).

⁴ A se vedea M.A.G. Dima, *Comentariile Codului civil*, Ed. Hamangiu, 2013, p. 13, M. D. Bucsan, *Observații privind conceptul de persoană juridică*, în *Juridice* nr. 3/2001, p. 126.

perspectivă funcțională, în doctrină s-au exprimat două teorii bine diferențiate, aproape în conflict. Personalitatea juridică a fost privită fie prin prisma funcției sale integratoare, ca expresie a unui mod de organizare a relațiilor dintre indivizi, fie sub aspectul influenței sale de fragmentare, ca instrument de organizare a resurselor economice.

Noțiunea de „persoană juridică „reglementată de art. 25 NCC este distinctă de „calitatea de persoana juridică”, concept ce definește recunoașterea statutului de persoană juridică, de subiect de drept.

3. Clasificarea persoanelor juridice potrivit reglementărilor cuprinse în Noul cod civil

Art. 189 NCC distinge între categoria persoanelor juridice de drept public și aceea a persoanelor juridice de drept privat, în raport cu regimul juridic aplicabil. În completare, art. 192 NCC stabilește principiul potrivit cu care persoanele juridice legal înființate se supun dispozițiilor aplicabile categoriei din care fac parte, precum și celor cuprinse în noul Cod civil, dacă prin lege nu se prevede altfel. Persoanele juridice de drept privat se pot clasifica, în raport cu scopul pentru care au fost create, în persoane juridice cu scop lucrativ, a căror finalitate este obținerea de profit, și persoanele juridice fără scop lucrativ.

Societățile comerciale sunt persoane juridice de drept privat cu scop lucrativ, al căror regim juridic este reglementat la nivel național de Legea nr. 31/1990, ce se completează cu prevederile art. 1881-1948 NCC privind contractul de societate. Art. 2 din Legea nr. 31/1990 stabilește limitativ care sunt formele în care se pot constitui societățile comerciale: art. 42-44 din Legea nr. 31/1990 definesc alte structuri societare: art. 1888 NCC enumeră exemplificativ alte forme societare.

4. Noțiunea de grup de societăți

4.1. Repere doctrinare

Legislația tradițională nu definește conceptul de grup de societăți, ci analizează fiecare societate din cadrul grupului în mod distinct, ca persoană juridică separată, păstrând independența formală, deși aceasta perspectivă intră în contradicție cu realitatea de fapt, respectiv cu centralizarea puterii de decizie la nivelul societății-mamă, cu grave consecințe juridice pentru societățile controlate, pentru acționarii minoritari, creditorii și chiar salariații societăților controlate, astfel cum s-a reținut în doctrina recentă în domeniu.⁵

În încercarea de a identifica grupul de societăți ca entitate colectivă s-au exprimat două opinii importante.

În cadrul *teoriei personalității juridice*, prezentă în perioada de început în toate sistemele de drept, a primat autonomia societăților din cadrul grupului ca entități juridice separate de societatea-mamă, apreciindu-se că elementul economic nu este relevant în raport cu aspectul formal, exterior al societăților ce făceau parte din grup.⁶ În consecință, s-a propus evitarea răspunderii societății-mamă pentru obligațiile asumate prin intermediul filialelor.

Teoria economică privește grupul de societăți prin prisma scopului economic, ca pe o entitate juridică ce își desfășoară activitatea prin mai multe societăți însă sub controlul și pentru satisfacerea interesului societății-mamă, esențială fiind nu personalitatea juridică

⁵ Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societati*, Ed. CH Beck, București, p. 19

⁶ P. I. Blumberg, K. A. Strasser, sa *Blumberg on Corporate Groups*, Ed. Aspen Publishers, 2005, vol.1, p. 3-6

separată a societăților din grup, ci realizarea scopului propus și impus de societatea – mamă. În acest context, răspunderea pentru obligațiile societăților componente aparține societății-mamă.⁷

În dreptul intern nu există o reglementare cadru a grupurilor de societăți care să stabilească regimul juridic și modul de funcționare. Recent, ca efect al obligației de implementare a legislației Uniunii Europene, anumite dispoziții legale au fost înscrise în anumite materii.

Analizându-se legislația din mai multe domenii de reglementare, s-a constatat că grupurile de societăți sunt abordate în mod diferit, în lipsa unui cadru conceptual și terminologic unitar. Reținându-se, în ciuda diferențelor, că există un numitor comun al reglementării, s-a apreciat din perspectiva identificării unui drept comun că grupul este alcătuit, în afara domeniilor în care este definit expres, din societatea mamă și filialele sale.⁸

4.2. Definirea juridică a grupului de societăți

Grupul de societăți este în genere privit ca o *entitate exclusiv economică*, formată din mai multe societăți din punct de vedere legal independente, dar între care există legături patrimoniale, contractuale sau personale și care sunt sub control comun.

Noțiunea juridică de grup nu se regăsește în dreptul civil, în cadrul grupului toate societățile sunt independente și autonome din punct de vedere juridic. Absența personalității juridice a grupului are consecințe importante, deoarece aceasta implică negarea noțiunii de patrimoniu și generează numeroase probleme, în special sub aspectul raporturilor în interiorul grupului și stabilirea limitelor.

În doctrina postdecembristă, evaluându-se grupurile de societăți ca „structuri economice legate între ele prin raporturi juridice de o mare diversitate”, s-a încercat definirea grupului ca „*un ansamblu de societăți comerciale independente juridic, unite prin legături în temeiul cărora una dintre acestea domina pe celelalte. Prin exercitarea influenței, direcției, controlului direct sau indirect de către o singură societate, la nivelul grupului se manifestă unitate de decizie.*”⁹

Grupul de societăți a fost de asemenea definit și ca *o stare intermediară între un ansamblu de societăți independente și o macrosocietate*, combinație a independenței juridice a societăților componente cu dependența economică a acestora.¹⁰

În raport cu specificitatea grupului, acesta a fost considerat o *organizație* care, într-o manieră mai exactă, are caracteristicile unui *sistem*¹¹ prin existența unei rețele de legături având la bază participatii financiare și/sau legături personale, existența unei rețele de influență sau de dominație și a unei instituționalizări a relațiilor între societățile grupului cu ajutorul participațiilor financiare, a căror structură nu este aleatorie.

În doctrina recentă, în încercarea de a defini conceptul, s-a precizat că ceea ce conferă unei colectivități de societăți caracteristica de grup este în primul rând *controlul*, ce poate fi

⁷ P. I. Blumberg, K. A. Strasser ș.a., *Blumberg on Corporate Groups*, Ed. Aspen Publishers, 2005, vol.1

⁸ Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societati*, Ed. CH Beck, București, p. 252-253

⁹ C. Bârsan, A. Ticlea, V. Dobrinioiu, M. Toma, C. Tufan, „Societățile comerciale, Organizarea, Funcționarea. Răspunderea. Obligațiile fiscale. vol. 1, Casa de Ed. și Presa Șansa, 1995, p. 248.

¹⁰ Ștefea Petru, Viașu Ioana Luciana, Gabriș Delia Ramona, Consideratii privind grupurile de societati si situatiile financiare consolidate http://studiaeconomia.uvvg.ro/index.php?option=com_content&view=article&id=79:consideratii-privind-grupurile-de-societi-i-situatiile-financiare-consolidate&Itemid=61

¹¹ Bezard P., Dabin L., Echard J.L., Jadaud B., Sayag A. – *Les groupes de societes – une politique legislative*, 1975

exercitat de către societatea dominantă prin aceeași administrație sau prin aceeași acționari majoritari asupra societăților din grup, și, în al doilea rând, *riscul unic* al activității derulate de grup.¹² Trebuie recunoscut că rolul grupurilor de societăți în economia mondială și în tranzacțiile comerciale internaționale, cu anumite efecte juridice relațiilor stabilite între societățile afiliate,¹³ se manifestă din ce în ce mai intens, în ciuda rezervei de a le fi recunoscută legislativ personalitatea juridică. Legea este ezitantă și în privința criteriilor ce permit stabilirea cazurilor în care o societate controlează o alta.

Grupul de societăți a devenit o realitate juridică în mai multe ramuri de drept, fiind obiect de reglementare în dreptul fiscal, dreptul pieței de capital, dreptul concurenței, dreptului administrativ, conceptul de grup de societăți fiind analizat prin raportare la cadrul legal existent în domeniile speciale.¹⁴ S-a apreciat însă ca extrapolarea noțiunilor din domeniile reglementate nu este suficientă pentru desenarea conceptului în absența „unei reglementări unice” și a „unor norme de trimitere expresă”.

În raport cu aspectele relevate anterior se poate afirma că în dreptul nostru civil grupul de societăți este în principiu un grup „de facto”, regimul sau juridic nefiind reglementat sub aspectul condițiilor și procedurii de înființare sau al funcționării, spre deosebire de grupul „de jure” legiferat și recunoscut ca atare în unele din țările Uniunii Europene.¹⁵

5. Perspective și inițiative europene

În Uniunea Europeană ultimul deceniu a reprezentat o adevărată revoluție a dreptului societar european.

Ulterior Consultării publice asupra viitorului dreptului european al societăților,¹⁶ la 12 decembrie 2012 Comisia Europeană a prezentat Planul de acțiune privind dreptul european al societăților comerciale,¹⁷ reliefând astfel importanța dreptului societar european. O parte din propunerile cuprinse în Plan s-au concretizat prin propunerea unei noi Directive¹⁸ privind drepturile acționarilor și guvernanta corporatistă, precum și a unei Directive¹⁹ privind societățile comerciale cu răspundere limitată cu asociat unic.

Cu excepția unor domenii specializate, Comisia Europeană a ales să nu abordeze problematica grupurilor de companii, deși mediul academic a solicitat în repetate rânduri reglementări de bază la nivel european.²⁰

¹² Gh. Piperea *Drept comercial Întreprinderea*, Ed. CH Beck, București, 2012, p. 363-364

¹³ N. Roubini, St. Mihm, *Economia crizelor*, Ed. Publica, București, 2010

¹⁴ C. Gheorghe, „Structuri suprasocietare. Grupurile de societati”, în *Revista de drept comercial*, nr. 3/2005, p. 61-87

¹⁵ Pentru detalii a se vedea Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societati*, Ed. C.H. Beck, p. 33, 39-108.

¹⁶ European Commission, *Consultation on the Future of European Company Law*, 20 February 2012, *Feedback Statement summary of responses to the public consultation on the future of European Company Law*, iulie 2012, http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#consultation2012,

¹⁷ European Commission, *Action Plan: European Company Law and Corporate Governance – A Modern Legal Framework for More Engaged Shareholders and Sustainable Companies*, Brussels, 12 December 2012, COM(2012) 740/2, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0740>

¹⁸ European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive

2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance statement, COM(2014) 213 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:213:FIN>,

¹⁹ European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on single member private limited liability companies, COM(2014) 212 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:212:FIN>

²⁰ Pentru detalii a se vedea K. J. Hopt, „Corporate Governance in Europe A Critical Review of the European Commission's Initiatives on Corporate Law and Corporate Governance”, Max Planck Institute for

Urmare a consultărilor din 2012, Comisia Europeană a reținut punctul de vedere al respondenților, în sensul că nu este posibilă o legiferare cuprinzătoare a grupurilor de societăți pornind de la modelul german, fiind însă necesare reglementări de bază în anumite domenii, cum sunt de exemplu determinarea structurii grupului în materie financiară, revizuirea directivei privind societatea cu răspundere limitată cu un singur membru astfel încât să faciliteze organizarea de grupuri, restructurarea și insolvența grupurilor de societăți.

Planul de acțiune propus de Comisia Europeană în decembrie 2012 analizează posibilitatea de reglementare a conceptului de „interes de grup”, ceea ce ar putea clarifica raporturile dintre societățile aflate în grup și condițiile de exercitare a activității organelor de conducere în cadrul societăților subordonate.

Inițiativele legislative la nivel european de reglementare a dreptului societar prin directive se raportează la cerințele pieței și fenomenele economice actuale. Diferențele de opinie au determinat Statele Membre să manifeste rezerve în ceea ce privește dreptul grupurilor de societăți, ceea ce nu poate însă împiedica eforturile susținute pentru asigurarea unor proceduri transparente și predictibile.

La nivel academic se exprimă tot mai pregnant necesitatea unor acțiuni și reglementări europene care să permită o mai bună administrare a grupurilor de societăți în cadrul Pieței Comune²¹.

Noul Cod civil român consacră concepția monistă, prin înglobarea codului comercial în codul civil, și reprezintă un pas important pentru coordonarea normei juridice naționale cu dreptul european.

6. Natura juridică a grupului de societăți prin raportare la dispozițiile art. 187 din Noul cod civil

După cum s-a arătat anterior, grupul de societăți este o nouă formă de organizare societară, în continua mișcare și deosebit de complexă.

Codul civil din 2009, preluând reglementarea cuprinsă în Decretul nr. 31/1954, în acord cu doctrina românească, a reținut ca și elemente fundamentale ale persoanelor juridice organizarea de sine stătătoare, patrimoniul propriu, scopul propriu în acord cu interesul general. În contextul intrării în vigoare a noului cod civil se naște întrebarea: poate fi considerat grupul de societăți subiect de drept civil, întrunește grupul ca structură corporatistă elementele constitutive prevăzute de art. 187 NCC pentru persoana juridică?

În cele ce urmează vom analiza fiecare dintre elementele generale și obligatorii care ar permite recunoașterea grupului de societăți ca persoană juridică, subiect de drept înzestrat cu personalitate juridică.

6.1. Organizare de sine stătătoare

În absența unei definiții legale a acestui element, doctrina a calificat organizarea de sine stătătoare ca un element indispensabil, ce conferă persoanei juridice posibilitatea de a acționa ca un tot unitar ²²și care se referă la *alcătuirea internă* a persoanei juridice potrivit

Comparative and International Private Law and ECGI Law Working Paper N° 296/2015 August 2015, p. 3-8, 29-32.

²¹ Forum Europaeum on Company Groups: *Proposal to facilitate the Management of Cross-Border company Groups in Europe*, ECFR 2015, p. 299-306.

²² M.A.G. Dima, *Comentariile Codului Civil. Persoana juridică*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 26.

naturii și specificului său²³, la „structurarea, compartimentarea entității pe activități ce urmează a se desfășura, precum și precizarea persoanei ori persoanelor care vor reprezenta persoana juridică în raporturile cu terții”²⁴. Legiuitorul prevede că orice formă de organizare care întrunește cerințele legale poate fi persoană juridică.

Organizarea proprie are în vedere organismele interne, în genere deliberative sau de conducere, executive și de control, independent de scopul lucrativ sau nelucrativ.²⁵

Calitatea unei persoane juridice de membru implică dreptul de a lua parte la adoptarea deciziilor privind activitatea acesteia, principiu recunoscut de codul civil actual și dreptul societar.

Noul cod civil distinge între *organele de conducere* și *organele de administrare*. În ceea ce privește organele de administrare, art. 209 alin. 2 NCC precizează că au calitate de organ de administrare persoanele fizice sau juridice care, prin lege, actul de constituire sau statut, sunt desemnate să acționeze în raporturile cu terții, individual sau colectiv, în numele și pe seama persoanei juridice. Actele juridice făcute de organele de administrare, în limitele puterilor ce le au fost conferite, sunt actele persoanei juridice înseși potrivit art. 218 NCC.

Codul nu indică persoanele care au calitatea de organe de conducere ale persoanei juridice, opțiunea fiind justificată în doctrină prin existența unei ample varietăți ale persoanelor juridice²⁶.

Societatea comercială propriu-zisă are o organizare proprie recunoscută în dreptul societar. Managerii și administratorii gestionează activitatea și materializează voința proprie a societății, exprimată prin deciziile organului deliberativ, respectiv adunările generale ale acționarilor/asociaților²⁷.

În situația particulară a grupului de societăți, organizațional și financiar conducerea grupului se realizează prin reprezentanții societăților participante care, de cele mai multe ori, impun societăților controlate voința celei dominante. Este cunoscut faptul că societățile controlate nu mai pot exprima o voință proprie care să le permită o autonomie reală, în realitate acestea transpun și execută strategia și hotărârile societății dominante, care concentrează întreaga putere de decizie a grupului. Voința societății dominante devine astfel voința grupului.

Între societățile din grup se pot stabili raporturi clasificate ca radiale, piramidale sau circulare. În cele mai multe cazuri legăturile dintre societăți se manifestă prin operațiuni de creditare sau de gestiune. În prima situație creditarea se realizează direct de către societatea mamă care plasează societăților dominate fondurile disponibile. În cel de al doilea caz, una dintre societăți prestează activități financiare, administrative, asigura suport informatic etc. pentru toate celelalte societăți. Relevant este faptul că deși aparent independente juridic, societățile controlate se pot manifesta față de terți, inclusiv pe plan contractual, potrivit dispozițiilor societății dominante și urmând strategia impusă de aceasta.

În cazul unui grup încheiat, sistematic din punct de vedere al organizării și conducerii, în care societățile controlate urmează politica societății dominante și granițele autonomiei

²³ O. Ungureanu, C. Juguștru, *Drept civil. Persoanele*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 239.

²⁴ G. Boroi, *Drept civil. Parte generală. Persoanele*, 2008, p. 515.

²⁵ C.T. Ungureanu ș.a., *Noul cod civil. Comentarii, doctrina și jurisprudența*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 208.

²⁶ M.A.G. Dima, *Comentariile Codului Civil. Persoana juridică*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 27.

²⁷ S. Angheni, *Drept comercial. Profesioniștii-comercianți*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 119.

reale devin invizibile, se poate considera că grupul manifesta o organizare de sine stătătoare în sensul art. 187 NCC.

6.2. Patrimoniu propriu

Art. 31 alin. 1 NCC stabilește principiul potrivit căruia „*orice persoană fizică sau persoană juridică este titulară a unui patrimoniu care include toate drepturile și datoriile ce pot fi evaluate în bani și aparțin acesteia*”.

O noutate importantă a Codului civil o constituie reglementarea conținutului patrimoniului, cu latura activă, ce cuprinde ansamblul drepturilor patrimoniale, și cu latura pasivă incluzând toate obligațiile, indiferent de natura lor. Noțiunea de „patrimoniu” nu este însă definită de codul civil, fiind individualizată în doctrină ca una dintre condițiile esențiale pentru însăși existența persoanei juridice, ce însoțește subiectul de drept pe toată durata întregii sale existențe.²⁸

Patrimoniul este o *universalitate de drept*, inalienabilă și independentă de elementele care o compun și de modificările care se produc în cadrul elementelor componente, care există indiferent de voința titularului. Diviziunile patrimoniului, definite în art. 31 NCC drept „mase patrimoniale”, pot constitui în condițiile legii patrimoniul de afecțiune.

În cazul societăților comerciale patrimoniul acestora este diferit de patrimoniul asociaților și acționarilor societăților, patrimoniu propriu în strânsă legătură cu conținutul lor economic, aspect recunoscut unanim.²⁹

Efectele principale ale recunoașterii personalității juridice sunt *separația de patrimonii* între persoana juridică și membrii săi, respectiv *răspunderea limitată*.

Din perspectiva răspunderii, doctrina actuală a reliefat modificări importante ale granițelor în ceea ce privește răspunderea civilă, ca efect al relativizării separației de patrimonii, de la tehnica înlăturării complete a granițelor din punct de vedere al patrimoniului (*piercing the corporate veil*), până la efecte mai puțin categorice (*lifting the corporate veil, peeping beyond the corporate veil*).³⁰

Încercări de a diminua efectele separației de patrimonii și cele ale limitării răspunderii există și în legislația națională. În dreptul comun, art. 192 alin. 2 din Codul civil stabilește că „*nimeni nu poate invoca împotriva unei persoane de bună credință calitatea de subiect de drept a unei persoane juridice, dacă prin aceasta se urmărește ascunderea unei fraude, a unui abuz de drept sau a unei atingeri aduse ordinii publice*”. Legea nr. 31/1990 prevede răspunderea nelimitată a asociatului în condițiile art. 237 ind 1 alin 3 și 4. Există de asemenea reglementări în domeniul insolvenței, dreptului fiscal, dreptului concurenței care, ingnorând principiul răspunderii limitate, stabilesc pentru obligațiile persoanei juridice răspunderea membrilor acesteia.

Sub un alt aspect se impune observația referitoare la consacrarea *răspunderii penale a persoanei juridice* atât în legislația recentă în domeniul penal în numeroase state, cât și în România.

În ceea ce privește situația particulară a grupului de societăți, patrimoniul trebuie analizat în raport cu conținutul său economic. Din aceasta perspectivă s-a constatat în doctrină că grupul de societăți este administrat ca o singură unitate economică, patrimoniul fiecărei societăți fiind supus „principiului vaselor comunicante”. Potrivit principiului, operarea liberă de transferuri patrimoniale între societăți în cadrul grupului nu numai că

²⁸ M.A.G. Dima, *idem*, op. cit.

²⁹ Gh. Beleiu, op. cit., p. 350; T.R. Popescu, *Drept civil*, 1994, p. 42.

³⁰ L. Bojin, „Personalitatea juridică în dreptul organizațiilor”, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 107-124.

leagă economic și juridic aceste societăți ci, în același timp, promovează *interesul grupului* în ansamblul său. Efect al compensării rezultând din aplicarea principiului vaselor comunicante, un transfer patrimonial negativ pentru o societate „poate fi în realitate compensat, direct sau indirect, prin alte componente active sau pasive ale grupului”.³¹

Reluând aceasta idee, s-a arătat recent că relevante la nivel de grup sunt rezultatele financiare consolidate ale sale, grupul fiind tratat ca o singură entitate din punct de vedere contabil și fiscal. În acest mod se explică circulația activelor și a resurselor materiale ori financiare între membrii grupului, dar și faptul că unele societăți din cadrul grupului își asumă pierderi care generează profit altor societăți din grup, societăți mamă și în final grupului ca „*titular al unei întreprinderi complexe*”.³²

Nu trebuie neglijat nici faptul că din punct de vedere financiar legislația românească recunoaște grupului o adevărată personalitate contabilă, independent de existența sau inexistența personalității juridice.³³

O situație relevantă este cea a grupului în care filiala nu este din punct de vedere economic decât un dezmembrământ al patrimoniului societății mamă, respectiv ipoteza grupului în care societățile sunt deținute integral de societatea mamă. Unitatea patrimonială a grupului, coroborată cu puterea de decizie concentrată de societatea dominantă, poate pune la îndoială însăși independența juridică și patrimonială a societăților controlate, care juridic se află la limita *societăților fictive*.³⁴

6.3. Scop licit și moral, în acord cu interesul general

Subiectul colectiv de drept implică în mod necesar realizarea unor obiective comune ale persoanelor fizice sau juridice care îl compun. Persoanele juridice se identifică printr-un *scop imediat*, acela de a da naștere unui subiect de drept, și un *scop mediat*, lucrativ sau nelucrativ. Noul cod civil a reglementat o nouă perspectivă asupra principiului specialității capacității de folosință. Persoana juridică are abilitatea de a avea orice drepturi și obligații civile, cu excepția celor care pot aparține numai persoanei fizice, fie datorită naturii lor, fie în temeiul legii.

În cazul grupului de societăți scopul mediat este fără îndoială lucrativ, desfășurarea de activități economice, financiare etc., în vederea obținerii de profit.

Urmărirea scopului determină structura și organizarea grupului și dă eficiență celorlalte două elemente. Dominația economică a uneia dintre societățile grupului asigură unitatea de voință și scop a întregului grup.

Prin urmare, scopul trebuie raportat la grup ca entitate economică, la efectele pozitive pe care grupul le oferă. Această concepție explică situația unei societăți care aparent declară pierderi asumate pentru a produce câștiguri semnificative pentru alte societăți din grup și în final pentru grup ca „întreprindere”. Nu este de negat că scopul imediat al unei astfel de entități poate fi de validare a grupului ca un nou subiect de drept, ca realitate juridică și nu doar ca o sintagmă cu relevanță mai mult economică.

³¹ Pentru detalii a se vedea V. Patulea, *Sisteme societare de tip holding și grupurile de societati*, Revista Dreptul; nr. 2/1996, p. 15-16; C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la societe par actions*, Paris, 1962, p. 275-276,

³² Gh. Piperea, *Drept comercial. Întreprinderea*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 366-367.

³³ A se vedea M.C. Popa, *op. cit.*, p. 134-151;

³⁴ Gh. Piperea, *Drept comercial*, *op. cit.*, p. 370.

7. Grupul de societăți – subiect de drept civil?

Este oare necesară confirmarea grupului de societăți în Codul Civil în Cartea I „despre persoane” și reglementarea unitară a regimului juridic al grupului de societăți? Este nevoie de „un drept al grupului de societăți”? Se impune recunoașterea grupului ca un nou subiect de drept colectiv?

Câteva probleme necesită o atenție sporită și transparență prin reglementare unitară în ceea ce privește grupurile de societăți, pentru diminuarea dificultăților în administrarea lor și armonizarea unor aspecte contradictorii.

Este necesară definirea, recunoașterea interesului de grup și armonizarea cu interesul societăților membre ale grupului, astfel încât să fie posibilă protejarea societăților componente de eventualele abuzuri ale societății dominante.

Trebuie să fie avută în vedere diversitatea formelor de grupuri și societăți, reglementările să fie adaptate acestei diversități, însă în limitele unor baze conceptuale comune; un regim juridic aplicabil cu ușurință și care să prevadă condiții clare ce se cer a fi întrunite pentru crearea și funcționarea grupului.

Poate fi semnificativ să se stabilească dacă reglementarea unui regim clar determinat, a unei structuri de grup și a unei politici comune coerente, ar permite echilibrarea intereselor și asigurarea unei autonomii reale tuturor societăților din grup.

Se impune a se decide dacă este necesară legiferarea unor standarde comune pentru organizarea internă, activitatea de administrare și conducere a grupurilor.

Alte aspecte cum sunt drepturile ce pot fi recunoscute grupului, separarea de patrimoniul între grup și membrii săi, limitele răspunderii atât a membrilor individuali cât și a organismului colectiv, drepturile și protecția drepturilor terților, răspunderea penală în cazul grupului de societăți, stabilirea unor forme de publicitate prin care societățile membre ale grupului să aducă la cunoștința terților apartenența la un grup, sunt tot atâtea semne de întrebare și teme de reflecție.

Revine legiuitorului să determine dacă nevoia de reglementare este actuală și impune recunoașterea grupului de societăți ca persoană juridică în dreptul național.

8. Concluzii

Pentru practician, tentat să analizeze conceptele juridice mai degrabă sub *aspect funcțional* decât ca dezbateră pur teoretică, este mai important să identifice soluții unor aspecte punctuale, concrete, ce apar în legătură cu problematica atât de complexă a grupurilor de societăți, decât să determine de ce a fost nevoie ca dreptul să creeze ideea de personalitate colectivă.

Academicieni și practicieni deopotrivă trebuie însă să ia în considerare evoluția economică generală și să acționeze în vederea adaptării legislației, teoriei și jurisprudenței în domeniul grupului de societăți atât la realitatea românească, cât și cea internațională. Nevoia de accesibilizare și eficientizare a regulilor privind stabilirea și funcționarea grupurilor de societăți românești și transnaționale este o realitate ce nu poate fi ignorată.

APROPIEREA SISTEMULUI DE DREPT ROMANESC DE CEL ANGLO-SAXON IN ABORDAREA PROBLEMATICII CONTRACTELOR, IN VIZIUNEA NOULUI COD CIVIL – HAZARD SAU NECESIT

Cristina GAVRILĂ*
Horatiu MĂRGOI**

Abstract:

The new Romanian Civil Code introduced legal institutions that were nonexistent in our legislation or poorly represented, giving in this manner an oxygen resource to the business environment.

Agency contracts are created as legal instrument with a highly important role for business activity, given that they are the basis of the professional intermediation. In order to improve the apprehension of the notion and applicability of this type of contract, legislation have changed in time, including from the perspective of the New Civil Code.

Another newly introduced legal institution is Fiduciary. The regulation was drawn up on the basis of the model of the French Civil Code. The article covers elements of the Romanian legislation, with special emphasis on comparison with the Common Law trust and other regimes that adopted or worked out legal institutions similar to the trust. The mechanisms by which social and economic relationships will be strengthened depend of the law maker's capacity to create an optimal juridical environment.

Increasing the number of the law's instruments and applying them wisely are the new demands of the actual necessities.

Keywords: *agency contract, representation right, fiduciary, trust*

Introducere

Scopul prezentului studiului este de a incerca o analiza, inclusiv de drept comparat, a contractelor de agentie si fiducie, introduse in legislatia Romaniei, prin Noul Cod Civil, urmand a ne opri asupra trasaturilor esentiale ale reglementarilor privitoare la acestea, limitat la conditiile preconizate de Sesiune.

In indeplinirea acestui deziderat, incercam sa conturam, in principal, cercetarea dimensiunii apropierei acestor notiuni juridice de cele regasite in dreptul anglo-saxon.

Fara a exista o unanimitate de opinii cu privire la oportunitatea introducerii unui Nou Cod Civil, in conditiile viabilitatii incontestabile a celui precedent care marca un secol si jumatate, s-a apreciat ca fiind necesara adaptarea sistemului nostru de drept la realitatile spatiului juridic european si tendintele social-economice internationale.

Nu a putut fi ignorata necesitatea crearii sau adaptarii, prin diferite procedee, a unor instrumente juridice indispensabile noilor cerinte care le reclamau prezenta.

Aspecte generale privind contractul de agentie

Contractul de agentie reprezinta o parte indispensabila a ordinii sociale existente, fiind recunoscut in toate sistemele moderne de drept¹ si indeplinind cele mai variate functii atat

* Doctor în drept; e-mail: crissgav@yahoo.com

** Doctorand; margoi.horatiu@gmail.com

in dreptul public, cat si in dreptul privat, in special in materie comerciala, permitand comitentului sa isi extinda sfera de activitate prin intermediul unei alte persoane care actioneaza in nume propriu sau in numele clientului, cu scopul de a-i servi interesele acestuia din urma².

Necesitatea unui astfel de contract de intermediere este justificata printre altele, de extinderea afacerilor societatilor comerciale si in special a companiilor, in alte zone decat cele in care isi desfasoara activitatea in mod obisnuit, ceea ce a condus chiar si la incheierea de contracte la distanta, de dezvoltarea operatiunilor in cadrul pietelor de capital sau de incheierea de contracte internationale intre parti contractante din state diferite.

Intrucat conceptul de reprezentare a aparut initial datorita unor situatii specifice, determinate de diferite nevoi sociale, doctrina reprezentarii legale s-a dezvoltat diferit in spatiu si timp, chiar si in cadrul unui singur sistem de drept.

Astfel, desi in dreptul roman pare de neconceput ca un intermediar sa contracteze pentru o terta persoana³ („alieri stipulario nemo potest”), in timp a fost recunoscut principiul „cel care actioneaza pentru sine prin intermediul altei persoane, actioneaza pentru sine”⁴.

Contractul de agentie este o creatie a sistemului de drept anglo-saxon⁵, care spre deosebire de dreptul continental, nu a consacrat in mod distinct suita de contracte de intermediere⁶, ci reprezinta o conceptie relativ unitara a intermediarii, in toate formele de reprezentare, atat in ceea ce privește reprezentarea directa, cat si cea indirecta⁷.

In sistemul de drept anglo-saxon, intermedierea cuprinde toate formele de manifestare ale reprezentarii: gestiunea de afaceri, contractul de antrepriza, raspunderea delictuala indirecta, contractul de munca, cu exceptia mandatului civil, institutie care nu este cunoscuta in acest sistem. Si in dreptul romanesc contractul de agentie prezinta o serie de caracteristici care il apropie de alte contracte de intermediere, precum contractul de mandat cu reprezentare, contractul de comision, contractul de expeditie, contractul de intermediere care au de asemenea ca obiect facilitarea de catre un tert de stabilire de raporturi juridice contractuale intre alte doua subiecte de drept, insa le deosebeste de

¹ Paul Mc Carthy, *Materials for the study of the law of Agency and Business organizations*, Faculty of Law, Haileslase I University, p. 1.

² Dan-Alexandru Sitaru, *Intermedierea in activitatea comerciala*, Ed. Hamangiu, Bucuresti, 2012, p. 219.

³ Reinhard Zimmermann, *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford Press, Oxford, 1996, p. 34.

⁴ Basil S. Markesins, R.J.C. Munday, *An Outline of the Law of Agency*, BritBooks, United Kingdom, 1986, p. 3.

⁵ Notiunea de contract de agentie din dreptul anglo-saxon a stat la baza elaborarii Directivei CEE nr. 86/653/1986 privind armonizarea continutului drepturilor agentilor comerciali independenti din Statele Membre ale Uniunii Europene, astfel incat la nivel european contractul de agentie s-a dezvoltat intr-un mod unitar. A se vedea M. Ene, *Contractul de agentie comerciala in Uniunea Europeana*, in *Revista de drept comunitar*, nr. 11/2001, p. 33.

La nivel international, sistematizarea uzantelor s-a realizat pe baza modelului ICC International Agency Contract – Publicatia 644/2002, ed. a II-a elaborat de Camera de Comerț Internationala din Paris, a carui versiune a fost updatata in 2015 si a Principiilor UNIDROIT privind contractele internationale comerciale.

⁶ In dreptul romanesc, intermedierea este corespondentul lui agency si a fost implementata printr-o multitudine de concepte juridice, precum: mandatul cu sau fara reprezentare, contractul de agentie, intermedierea pura si simpla, intermedierea ocazionala.

Intermedierea este echivalentul noțiunii de *agency* din dreptul anglo-saxon.

⁷ Dan-Alexandru Sitaru, *Op. cit.*, p. 322; Flavius Baias ș.a., *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. I, Ed. C. H. Beck, Bucuresti, 2012, p. 1609.

acestea caracterul de continuitate al operatiunilor juridice pe care le indeplineste agentul si caracterele juridice specifice care ii contureaza regimul juridic⁸.

Trasaturi ale contractului de agentie din dreptul intern de origine anglo-saxona

Reglementat initial prin dispozitiile Legii nr. 509/2002 privind agentii comerciale permanente, act normativ de aliniere la prevederile Directivei CEE nr. 86/653/1986⁹, inspirata la randul ei din contractul de agency din dreptul anglo-saxon, in prezent sediul materiei contractului de agentie il reprezinta dispozitiile art. 2072-2095 ale Codului civil.

In terminologia dreptului anglo-saxon, agency reprezinta „raportul juridic stabilit prin intermediul imputernicirii date de o persoana numita principal unei alte persoane numita agent, care accepta sa actioneze in numele acestuia”¹⁰, convenit prin acordul partilor printr-o imputernicire reala denumita actual authority, a carui varietate sunt agency act of the parties, agency by agreement, agency by consent sau printr-o prezumtie legala de reprezentare, apparent authority, imputernicirea fiind subinteleasa din conduita principalului, in cazul agency by estoppel. Contractul de agentie are in vedere toate situatiile in care agentul incheie acte juridice nomine proprio si pe seama principalului sau in numele si pe seama principalului, nomine alieno, atunci cand acesta este imputernicit doar sa negocieze, corespunzator imputernicirii primite. Atunci cand din comportamentul agentului tertul deduce existenta principalului, acesta din urma devine parte in contractul cu tertul, situatie in care se realizeaza o disclosed agency, iar daca principalul devine parte in contractul cu tertul, indiferent de convigerea acestuia, in baza autorizatiei de imputernicire data agentului, are loc o undisclosed agency.

Potrivit art. 2072 din Codul civil, contractul de agentie se incheie intre profesionisti, cu titlu onoros, in vederea procurarii de beneficii pentru ambele parti si presupune manifestarea acordului de vointa in sensul in care o parte denumita comitent, imputerniceste in mod statornic¹¹ celalalta parte, agentul, sa negocieze si sa incheie acte juridice in numele si pe seama comitentului, cu loialitate si diligenta, in schimbul unei remuneratii.

Si in dreptul romanesc, contractul de agentie are un caracter consensual, simplul acord de vointa al partilor fiind necesar si suficient pentru valabilitatea contractului, forma scrisa fiind ceruta doar ad probationem, iar obiectul contractului poate privi fie doar negocierea de catre agent de contracte cu tertii in beneficiul comitentului, fie incheierea de catre agent de contracte cu tertii in numele si/sau pe seama comitentului, ceea ce il apropie in cel de-al doilea caz de mandatul cu reprezentare.

Comparativ, se deduce faptul ca notiunea de contract de agentie are o intindere mai vasta in dreptul englez, in sensul ca include si cazul in care agentul incheie acte juridice nomine proprio si pe seama principalului, fara a dezvalui identitatea celui din urma.

Agentul din dreptul intern corespunde notiunii de general agent, a carui imputernicire este data de catre comitent in vederea indeplinirii de operatii cu caracter de continuitate, iar nu o imputernicire referitoare la o operatie juridica determinata. Spre deosebire de general

⁸ Stanciu Carpenaru, *Contractul de agentie in reglementarea Legii nr. 509/2002*, in *Curierul Juridic*, nr. 11/2003, p. 85.

⁹ In dreptul englez, Directiva CEE nr. 86/653/1986 a fost transpusa prin Regulile aplicabile Agentilor comerciali in vigoare din 1 ianuarie 1994. Dan-Alexandru Sitaru, *Op. cit.*, p. 220.

¹⁰ Mircea N. Costin, Calin M. Costin, *Dictionar de dreptul afacerilor*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, Bucuresti, 2012, p. 50; Florin Motiu, *Contracte speciale* – in *Noul Cod Civil*, Ed. Wolters Kluwer Romania, Bucuresti, 2010, p. 268.

¹¹ Flavius Baias ș.a., *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. I, Ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2012, p. 1609.

agent, în dreptul anglo-saxon se mai distinge categoria de special agent care este imputernicit să aducă la îndeplinire o singură afacere.

Ratificarea actelor încheiate de către agent¹² fără a avea o imputernicire emisă de către comitent sau cu depășirea limitelor investiției de către agent, când angajarea răspunderii față de tert s-a produs prin puterile inerente ale agentului, reprezintă un drept pe care și legiuitorul român l-a conferit comitentului, similar dreptului englez, fiind necesară îndeplinirea condiției de capacitate a comitentului de încheiere a actului respectiv în lipsa agentului.

Obligațiile instituite în sarcina partilor prezintă de asemenea, influențe din dreptul anglo-saxon. Astfel, agentul are obligația de loialitate și de a acționa cu bună-credință, nefiindu-i îngăduit să acționeze în interesul părții adverse, să-l informeze pe comitent cu privire la toate aspectele relevante care îl pot influența pe acesta în luarea deciziei de a încheia sau nu actele juridice cu potențialii clienți, pentru a preveni producerea unei pagube comitentului și să garanteze condiții cât mai avantajoase pentru acesta.

Principalul are și acesta la rândul său o serie de obligații față de agent, preluate din dreptul englez, printre care cea de a-l retribui pentru serviciile prestate în favoarea sa, de a-l recompensa pe agent pentru avantajele patrimoniale care i le-a adus prin activitatea de intermediere, de a-l dezdauna pentru pierderile la care l-ar expune prin încetarea contractului, să-i pună la dispoziție documentele și informațiile necesare pe care le deține pentru derularea contractului de agenție.

O aplicație a contractului de agenție în dreptul anglo-saxon, îl reprezintă imputernicirea dată agentului de către principal de a îndeplini o afacere, care are un caracter mult mai complex și implică o sferă largită de acțiune întrucât implică înfaptuirea tuturor actelor pe care afacerea respectivă le presupune (implied authority), sau pe cele uzuale (usual authority) sau în conformitate cu cutumele locului (customary authority).¹³

Pe piața de capital întâlnim contractul de prestare de servicii de investiții financiare reglementat de dispozițiile Regulamentului nr. 32/2006 privind serviciile de investiții financiare, prin care intermediarul tranzacționează pe piața instrumentele financiare și valorile mobiliare ale clientului, ceea ce are natura unui contract de intermediere și încheie în numele și pe seama clientului un contract de vânzare-cumpărare de instrumente financiare sau valori mobiliare, de la alt intermediar, care acționează de asemenea, în numele și pe seama unui client al său. Ca și la contractul de agenție, intermediarul acționează cu prudență și diligență în scopul maximizării profitului clientului.

Aspecte generale privind Fiducia și Trust-ul

Notiunea de Fiducie, cu preponderență din punct de vedere etimologic, își găsește rădăcinile în Marele Sistem de Drept Roman însă, la maturizarea acestei specii juridice a contribuit „*altoirea*” cu mult mai largă noțiune de *Trust*, aparținătoare Marelui Sistem de Drept Anglo Saxon.

Atât Fiducia cât și Trust-ul sunt instituții juridice a căror unicitate a dat naștere unor controverse ce pornesc de la aparentele incompatibilități comune ambelor sisteme de drept: natura indivizibilă sau exclusivă a dreptului de proprietate respectiv, recunoașterea coexistenței a două titluri de proprietate concomitente, asupra aceluiași bun sau patrimoniu.

¹² Dan-Alexandru Sitaru, *Op. cit.*, p. 237.

¹³ Mircea N. Costin, Calin M. Costin, *op. cit.*, p. 51.

Aceasta structura speciala de proprietate s-a demonstrat a gasi un teritoriu mai fertil, din punct de vedere juridic, in tarile apartinand Common Law-ului precum si in cele cu sisteme juridice mixte.

Instituția *Trust*-ului aparține subsistemului de drept numit equity care cuprinde un ansamblu de reguli adoptate in dreptul anglo-saxon pentru a face mai flexibil Common Law-ului, in conceptia caruia, titlul echitabil nu are nicio valoare juridica, fiind recunoscut doar titlul legal.

Prin *Trust* se intelege o forma de relatii contractuale, in baza carora se transfera un patrimoniu sau doar anumite active care vor forma *Fondul fiduciar*. Respectivle relatii contractuale se stabilesc intre urmatoare parti:

- *Beneficiary* – persoana sau persoanele in al caror interes este stabilit *Trust*-ul.
- *Settler* – este o persoana care transfera dreptul sau de proprietate catre o persoana (sau mai multe), numita *trustee*. In cazul in care identitatea lui *Settler* este confidentiala, *trustee* poate stabili *trust*-ul cu o declaratie unilaterala.
- *Trustee* – este o persoana fizica sau o persoana juridica, care detine si gestioneaza activele *trust*-ului, in interesul beneficiarilor, in functie de conditiile stabilite.

In cadrul contractual se stabilesc sarcinile, se determina perioada, distributia veniturilor si a capitalului. In cele mai multe jurisdictii exista posibilitate ca aceste conventii sa nu fie inregistrate de catre organismele statului, permitand confidentialitatea deplina¹⁴.

In urma transmiterii dreptului, *trustee* este recunoscut de Common Law ca fiind titularul dreptului de proprietate, iar de *equity* ca deținător al asa-numitului *titlu legal (legal title)*. Acesta ii confera un rol specific si foarte riguros reglementat in privința sarcinilor fiduciare pe care le reclama gestionarea proprietății, numai in folosul beneficiarilor. Acestia din urma, la randul lor, sunt titularii asa-numitului *titlu echitabil (equitable title)*, care ii indreptătește sa beneficieze de administrarea proprietății de catre *trustee*, in folosul lor¹⁵.

In doctrina, *trust*-ul a fost comparat cu un fruct al carui invelis exterior se afla in proprietatea *trustee*-ului, spre deosebire de continutul propriu-zis al fructului, aflat in proprietatea beneficiarului¹⁶.

Evolutia celor doua intitutiilor juridice, in context international

Trust-ul s-a dovedit a fi un instrument juridic adaptabil unor situatii sociale si economice capabile ca propulseze economia, determinand preluarea sa fidela sau cu particularitati, in legislatii din numeroase tari, aflate in zone geografice si in perioade mai mult sau mai putin apropiate.

Pe teritoriul european, dintre tarile cu un sistem juridic mixt, Scotia a dezvoltat, intr-o maniera proprie, conceptul de *trust*, inca din secolul al XVII-lea, putand fi considerata, pe buna dreptate, deschizatoare de drum¹⁷.

La o diferenta de doua secole, in sistemele de drept apartinand Africii de Sud, Quebec-ului, Louisianei si Sri Lankai, s-a facut simtita nevoia introducerii institutiei juridice a *trust*-ului¹⁸

¹⁴ *Anglo-Saxon Trust Concept*, accesat la data de 25 februarie 2016, url: <http://blaustein.pro/resources/articles-and-review/169-anglo-saxon-trust.html>

¹⁵ Constantinovici, R., *Equity si Trust*, in Revista Dreptul nr. 1/2004, București, p. 205

¹⁶ Constantinovici, R., *Equity si Trust*, in Revista Dreptul nr. 1/2004, București, p. 205

¹⁷ SMITH, T. B. – *Studies of critical and comparative law*, Edinburgh, Ed. W. Green & Son Ltd. 1962, p. 22

¹⁸ Honoré Tony, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions*, accesat in 12 februarie 2016, url: <http://users.ox.ac.uk/~alls0079/chinatrusts>

Avantul economic înregistrat de Japonia a marcat introducerea, în anul 1922, a institutiei *trust*-ului și pe continentul asiatic, iar prima țară continental-europeană în care a fost introdusă este Liechtenstein, în anul 1926.

Infuziile de capital nord-american au determinat dezvoltarea sistemelor financiar-bancare central și sud-american. Această situație economică a determinat în această zonă o răspândire „epidemiologică” a *trust*-ului (adoptat sub denumirea de *fideicomiso*) care a debutat în anul 1923, în Columbia, cuprinzând, până la finalul primei jumătăți de secol XX, statele Panama, Chile, Mexic, Bolivia, Peru, Costa Rica, Venezuela, Nicaragua, Guatemala, Ecuador și Honduras¹⁹.

Cronologic, legiferări ale institutiei *trust*-ului pot fi enumerate în Coreea de Sud care a introdus-o în 1961, Rusia în 1993, Taiwan în 1996 și China, în anul 2001,

Dacă vom compara diferite soluțiile adoptate de legiuitorii respectivelor țări, un prim criteriu de separare ar fi raportarea la proprietate.

Există țări în care nu este necesar să se transfere proprietatea asupra *trustee*, fiind doar o posibilitate. Acesta este conceptul aplicat, de exemplu, în Liechtenstein și Israel.²⁰

În țări ca Rusia transferul titlului legal către *trustee* nu este permis²¹ sau nu este clar definit, ca și în Republica Populară Chineză.²²

În privința concepției de *trust*, legislativul din Quebec a adoptat o formă particulară, adoptată și de Codul Civil din Cehia, în anul 2014.²³

În legislația olandeză se aplică institutia de *bewind*, care arată caracteristici similare *trust*-ului. În această structură juridică, beneficiarul este proprietarul legal al proprietății, *trustee* având doar unele drepturi.²⁴

În spațiul juridic european se disting trei modele fiduciare:

- Modelul britanic adoptat și de Codul civil Italian (*la fiduciar*)
- Modelul german (*Treuhandverhältnis* – sau, mai simplu, *Treuhand*) seamănă cu institutia de *trust* anglo-saxon, fiind adoptat și de Ungaria, în anul 2013. Diferența constă în

¹⁹ Sánchez Vilella, L. S., *The Problems of Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions: The Law of Trusts in Puerto Rico* Tulane Law Review nr. 19/1945, p. 383 și Alfaro, Ricardo J., *The Trust and the Civil Law with Special Reference to Panama*, Journal Of Comparative Legislation And International Law nr. 3-4/1951, p. 29

²⁰ În conformitate cu Liechtensteiner PGR. 897, *Settler* transformă proprietatea *trust*-ului („zuwendet”) pentru *trustee*, adică, nu este esențial să se transfere dreptul de proprietate; este suficient pentru a permite *trustee* să dispună de bunuri, în conformitate cu contractul (als selbständiger Rechtsträger). Vezi Schurr, F. A., *Introducere comparativă în Trustul din Principatul Liechtenstein, Trust-ul în Principatul Liechtenstein și jurisdictii similare*, Ed. Zürich, Baden-Baden, Wien, 2014, p. 31

²¹ Benevolenskaya, Z. E., *Trust Management as a Legal Form of Managing State Property in Russia*, Review Of Central And East European Law nr. 35/2010, p. 68

²² „... settler [...] înscăunează (weitu) drepturile în proprietatea sa către *trustee* care administrează sau dispune de o astfel de proprietate în nume propriu, în conformitate cu dorințele *Settler* în beneficiul beneficiarilor sau pentru un obiectiv specificat” Ho, Lusina, *Receptarea Trust în Asia: Principiile emergente trust-ului din Asia* Singapore, Jurnalul De Studii Juridice 2004, p. 294; Kenneth G. C. Reid, *Conceptualizarea chineză a Trust-ului: Unele gânduri din Europa*, Universitatea din Edinburgh, Facultatea de Drept, Seria Working Paper No. 2011/06 (2011). Disponibilă la <http://ssrn.com/abstract=1763826>. 9.

²³ Trust-ul este reglementat în Codul civil din Quebec în Titlu VI (Separarea patrimoniilor), în vigoare la data de 1 ianuarie 1994. Art. 1261 definește clar: „*Patrimoniul trustului, constând din proprietate transferată, constituie un patrimoniu diferit, autonom și distinct de cel al Settler, Trustee sau beneficiar și în care niciunul dintre ei nu are niciun drept real.*”

²⁴ de Waal, M. J., *Legea Trust-ului*, Elgar Enciclopedia de Drept Comparat, Ed. Jan M. Smits, Cheltenham, Northampton, 2006, p. 759

faptul ca *Treuhänder* detine titlul juridic, in timp ce beneficiarul nu are niciun drept real in raport cu activele administrate²⁵.

- Modelul francez, adoptat si de Romania, prin Noul Cod Civil

Aspecte privind reglementarea Fiduciei in Noul Cod Civil din Romania

Titlul IV al Cartii a III-a, „Despre bunuri”, din noul Cod civil introduce in sistemul de drept romanesc Fiducia, caracterizata ca o institutie cu un caracter complex si original in contextul reglementarilor aplicabile bunurilor. Persoanele angajate in operatiunea fiduciei, sunt *constituitorul* (corespondentul pentru *settler*-ul din versiunea anglo-saxona), *fiduciarul* (corespunzator *trustee*-ului) si *beneficiarul*, in care constituitorul trebuie sa fie titularul drepturilor, fiduciarul cel care le dobandeste si le exercita, iar beneficiarul cel in folosul caruia sunt exercitate drepturile de catre fiduciar²⁶. Toate subiectele fiduciei pot fi, separat sau simultan, multiple.

Obiect al transferului de proprietate pot fi drepturi reale sau creanta, garanții sau orice alte drepturi patrimoniale, care exista la momentul transferului sau care vor exista, pe perioada fiduciei

Scopul determinant al fiduciei este exercitarea drepturilor de catre fiduciar numai in folosul beneficiarului, indiferent de suprapunerea calitatii acestuia cu cea de constituitor.

Textul inițial continea sintagma *le administreaza* care, ca efect al modificarii art. 773 NCC prin Legea nr. 71/2011 si a fost substituit cu sintagma *le exercita* pentru a risipi posibila echivoc cu privire la limitarea dreptului de dispozitie al fiduciarului asupra bunurile cuprinse in masa patrimoniala fiduciara – privite individual²⁷.

In acceptiunea institutiei nou introduse in Codul Civil, Fiduciarul este considerat un *adevarat proprietar* al bunurilor care fac obiectul fiduciei si, in aceasta calitate, poate exercita toate drepturile care intra in continutul proprietatii, conform art. 555 NCC²⁸.

Acest atribut nu impieteaza insa asupra distinctiei patrimoniale a drepturilor proprii ale Fiduciarului de cele apartinand fiduciei.

Concluzii privind Viabilitatea formei adoptate a Fiduciei – din perspectiva comparatista

Se cuvin a fi facute cateva precizari cu titlu comparativ, intre institutiile juridice Fiducie si Trust iar, izvorul acestora conducand la prima diferentiere majora.

Astfel, in timp ce *trust*-ul anglo-saxon poate avea patru izvoare: legea, contractul, donatiile si testamentul, fiducia adoptata de Codul nostru Civil este permisa numai daca izvoraste din lege si contract. Se contureaza, asadar distinctii intre cele doua sisteme de drept in privinta conceptelor juridice analizate.

Prin excluderea, ca izvor al fiduciei a posibilitatii stabilirii acesteia prin liberalitate, indiferent de natura ei – *inter vivos sau mortis causa* – sub sanctiunea nulității absolute, legiuitorul exprima clar vointa de a interzice utilizarea operatiunii de fiducie in scopul eludarii dispozitiilor din materia liberalitatilor.

²⁵ Settler are numai posibilitatea de a solicita un drept personal decurgand din *fiduciae pactum* împotriva trustee pentru incalcarea acordului. El nu are un drept de a revendica bunurile de la tert dobanditor, indiferent daca tranzactia a fost incheiata cu buna-credinta si in mod gratuit. A se vedea GRAUE, E. D. – Dispozitivul de Trust, Conform legislatiei germane, in WILSON, W. A. Trusts si dispozitive similare, Legea Marii Britanii comparată, vol. 5, 72 (Londra, Cameleon Press Limited 1981, p. 72

²⁶ Baiaș, F-A ș.a., *Noul Cod Civil Comentariu pe articole*, Ed. C. H. Beck, București, 2012, p. 638

²⁷ *Idem*

²⁸ *Idem*

În pofida sursei incontestabile de inspirație reprezentată de Codul civil din Quebec, institutia Fiduciei din Noul Cod Civil roman este preluată din cel francez, în considerarea unei distanțări de varianta *trust*-ului anglo-saxon.

Se poate afirma că legiuitorul roman a avut o considerabilă rezervă în capacitatea de a fi demni de încredere (Trust) a potențialilor *trustee*.

Pentru că Franța a dat o interpretare legislativă foarte restrictivă fiduciei, în sensul că sfera persoanelor care pot avea calitatea de fiduciar este foarte restrânsă, România, tributara încă legăturii sale ombilicale pe linie de Cod Civil, a decis adoptarea unei poziții juridice similare.

Un alt aspect important de diferențiere constă în faptul că, *trust*-ul, în concepția anglo-saxonă, pe lângă *încredere efectivă*, pune accent deosebit și pe noțiunea de *discreție*, alt fapt ce nu a fost acceptat, nici în cea mai mică măsură, de legislația noastră.

Din motive de precauție exagerată, legiuitorul roman a preferat o publicitate ce poate fi interpretată drept inacceptabilă în sistemul Trust-ului, date fiind formele obligatorii multiple, de înregistrare la fisc, în Cartea Funciara, în Registrul de Garanții Mobiliare. În condițiile unei publicități excesive, care lasă fără conținut ideea de discreție, și a unei încrederi limitate, arena de desfășurare a Fiduciei risca să rămână nepopulată.

Concluzie

Utilitatea practică a acestei construcții juridice se află dincolo de orice dubiu rațional fiind confirmată de indispensabilitatea sa existenței seculare în spațiul juridic de peste ocean. Și, deși tindem spre o prosperitate economică similară Statelor Unite ale Americii sau, pentru un exemplu mai apropiat, Germaniei, legiuitorul roman a dat dovadă de o aprehensiune greu de explicat în demersul său de o improspătare Noul Cod Civil cu o instituție atât de necesară mediului financiar refuzând dezvoltarea sa prin acest instrument juridic.

În acest context, aplicațiile practice ale mult așteptatei Fiducii tind să își întârzie apariția, nu numai din cauza noutății juridice, ci, mai ales, din cauza lipsei de convingere a celor cărora ar trebui să li se adreseze, în privința beneficiilor concrete ale acestei instituții.

Se poate anticipa o multitudine de studii având acest obiect care nu se vor materializa însă în practică. Este relevant exemplul Codului Civil de origine (art. 2011-2024) care a adoptat fiduciarul în anul 2007 dar care, până astăzi, deși s-au publicat sute de titluri de lucrări științifice pe această temă, Curții de Casare franceze nu i s-a înaintat niciun litigiu având un asemenea obiect²⁹.

²⁹ Turcu, I., *Restrângeri ale unității patrimoniului prin tehnica fiduciei*, accesat la 3 februarie 2015, url: <http://www.juridice.ro/244256/se-poarta-fiducia.html>

O PRIMĂ EVALUARE A NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ DEZIDERATE ȘI EȘECURI

Dumitru DOBREV*

Abstract:

The purpose of the study is to examine some of the issues occurred in the judicial practice due to the New Civil Procedure Code entered into force on February 15th, 2013 and to settle them by means of some minimal de lege ferenda proposals.

Keywords: *the New Civil Procedure Code, material competence, devolution remedies, appeal*

Rezumat:

Studiul examinează câteva dintre problemele create în practica judiciară de Noul Cod de procedură civilă intrat în vigoare la 15 februarie 2013 și încearcă prin câteva propuneri minimale de lege ferenda să le rezolve.

Cuvinte-cheie: *Noul cod de procedură civilă, competență materială, contencios administrativ, căi de atac devolutive, apel, recurs.*

S-au împlinit trei ani, din data de vineri 15 februarie 2013, când a intrat în vigoare Noul Cod de procedură civilă – Legea nr. 134/2010 și încercăm o primă evaluare a modului cum funcționează în practica judiciară angrenajele acestui important act normativ. Deși este un truism că *per ansamblu*, noul cod de procedură civilă reprezintă un vădit progres față de Codul de la 1865 totuși, persistă unele „boli ale copilăriei” care ar trebui înlăturate printr-o lege de modificare.

Am ales să analizăm din perspectivă critică câteva dintre articolele care, în opinia noastră, ar trebui să beneficieze de urgență de o redactare revizuită:

1. Problema competenței materiale a Tribunalului ca primă instanță în litigiile privind dreptul de autor și drepturile conexe

Conform vechiului Cod de procedură civilă de la 1864 art. 4 alin. 1 lit. e Tribunalul judeca: „*procesele și cererile în materie de creație intelectuală și de proprietate industrială*”. Potrivit art. 95 NCPC a cărui redactare este în totală contradicție cu cea tradițională din Codul de la 1865, Tribunalul judecă numai ceea ce nu e dat prin lege în competența altor instanțe iar în Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe nu există un text similar cu art. 46 și 47 din Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice, art. 42 și 47 din Legea nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor, art. 43, 46 și 52 din Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție și art. 16, 31-36 din Legea nr. 16/1995 privind protecția topografiilor produselor semiconductoare.

* Cercetător științific, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române;
email: dimitru@ddrept.net

Ca urmare, în materia acțiunilor în daune-interese ca urmare a încălcării drepturilor de autor introduse după 15 februarie 2013, judecătoriiile s-au confruntat cu un val de declinări de la Tribunal și în urma conflictelor negative de competență ivite Curtea de Apel cu o motivare lipsită de consistență¹ a decis „*Cererile în această materie, chiar dacă sunt evaluabile în bani, nu pot fi încadrate în dispozițiile art. 94 lit. j din Noul Cod de procedură civilă, întrucât ele au regim juridic distinct.*”

Reclamant în prezenta cauză este un organism de gestiune colectivă a unora dintre drepturile reglementate de Legea nr. 8/1996.

Soluționarea prezentului litigiu presupune verificarea, în prealabil, a desemnării reclamantului ca organism colector pentru tipul de drepturi pe care le pretinde în prezenta cauză, desemnare care să subziste pentru perioada pentru care sunt pretinse drepturile din prezenta cauză, în condițiile în care reclamantul și-a întemeiat cererea pe decizii ORDA.

De asemenea, presupune, chiar dacă nu s-a solicitat expres aceasta prin capetele de cerere formulate, constatarea încălcării unor drepturi dintre cele prevăzute de Legea nr. 8/1996, precum și nerespectarea de către pârât a unor obligații legale sau, după caz, contractuale.

Prin urmare, obiectul cererii de chemare în judecată implică constatări prealabile cu conținut complex, constatări care nu caracterizează niciunul dintre obiectele cererilor date în competența judecătoriei prin dispozițiile art. 94 NCPC.

În plus, în hotărârea nr. 1424 din 4 decembrie 2003 pentru aprobarea Strategiei naționale în domeniul proprietății intelectuale (2003-2007), în anexa 1 la cap. 5 au fost prevăzute măsurile strategice privind armonizarea legislației naționale în domeniul proprietății intelectuale cu normele de drept comunitar și cu prevederile acordurilor internaționale la care România este parte, între aceste la lit. a pct. 9 fiind prevăzută ca măsură strategică „înființarea de complete de judecată specializate în domeniul dreptului de proprietate intelectuală, conform reglementărilor comunitare;”.

Or, aceste complete au fost înființate la Tribunal ca primă instanță.

Punerea în aplicare a Noului Cod de procedură civilă a condus și la adoptarea de modificări ale Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, însă acestea nu au prevăzut înființarea în cadrul judecătoriilor de complete specializate în cauze de proprietate intelectuală.

Prin urmare, Curtea constată că în prezenta cauză competența de soluționare revine Tribunalului în temeiul art. 95 pct. 1 NCPC.”

Puțina doctrină² care a tratat subiectul pînă în prezent, deși susține că litigiile de proprietate intelectuală ar fi de competența tribunalului în primă instanță indiferent de valoare, remarcă controversa și propune o soluție greșită, în optica noastră. Pentru o soluție *de lege ferenda* corectă care să permită cu o intervenție legislativă minimă o eficacitate maximă trebuie să pornim de la premisa că drepturile de proprietate industrială se subsumează drepturilor de proprietate intelectuală, acestea din urmă constituind genul proxim. Ca urmare, o prevedere nouă în O.U.G. nr. 100/2005 privind asigurarea respectării drepturilor de proprietate industrială referitoare la competența Tribunalului nu ar ar face decît să adauge un balast legislativ normelor deja existente în Legile nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice, nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor, nr.

¹ Dec. civ. nr. 16F din 21 ianuarie 2015 a C. Ap. București, S. a IV-a civ., pronunțată în dosar 33847/3/2014 și publicată pe site-ul internet www.idrept.ro

² Gheorghe-Liviu Zidaru, *Competența instanțelor judecătorești în dreptul procesual român și german*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 351 nota de subsol 1.

64/1991 privind brevetele de invenție și nr. 16/1995 privind protecția topografiilor produselor semiconductoare. Întrucât suntem de acord că „ar fi cel puțin contradictoriu ca noul cod de procedură civilă să proclame competența de drept comun a tribunalului și totodată să diminueze competențele speciale ale acestei instanțe³...” atunci, singura soluție care se impune este menționarea în Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe o normă specială privind competența tribunalului în toate acțiunile ce au un obiect în legătură cu drepturile de autor sau drepturile conexe. Cât privește dorința Organismelor de Gestiuone Colectivă ca să existe o competență teritorială de ordine publică în această materie a Tribunalului București, această nu trebuie cuprinsă în modificările NCPC deoarece este excesivă. Mai mult o eventuală competență teritorială absolută a Tribunalului București în materia drepturilor de autor, ignoră complet rațiunile pentru care s-a acordat competență teritorială absolută în litigiile ce țin de proprietatea industrială: OSIM este cel mai adesea parte în *quasitotalitatea* litigiilor privind mărcile, brevetele de invenție, desenele industriale, pe când ORDA nu este decât foarte rar parte litigantă în litigiile privind dreptul de autor. Ca urmare, urmînd principiul general recunoscut *actor sequitur forum rei* pentru litigiile în materia dreptului de autor ar trebui să fie competent orice tribunal din țară.

2. Problema procedurii de regularizare a cererii în litigiile izvorîte din fapte juridice

Articolul 200 NCPC ce reglementează procedura de regularizare din NCPC trimite la art. 194 lit. a „*De asemenea, cererea va cuprinde și codul numeric personal... și contul bancar ... ale pârâtului, dacă părțile posedă ori li s-au atribuit aceste elemente de identificare potrivit legii, în măsura în care acestea sunt cunoscute de reclamant*” iar instanțele prin adresele de regularizare insistă ca aceste aspecte să fie precizate de reclamant sub sancțiunea anulării cererii. Aceste texte nu pun probleme atunci cînd litigiul derivă dintr-un act juridic – părțile au posibilitatea să cunoască și să furnizeze instanței aceste elemente. Cînd pârâtul este între persoane fizice și un fapt juridic a generat litigiul, dificultățile în a afla codul numeric personal și contul bancar devin uneori aproape insurmontabile. Credem că redactorii textului art. 200 și 194 NCPC ar fi trebuit să țină cont de faptul că art. 8 din Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date și art. 111-112 privind secretul bancar din O.U.G. nr. 99/2006 aprobată prin Legea nr. 227/2007 privind instituțiile de credit, fac imposibilă obținerea lor de către reclamant. Sigur, ele pot fi comunicate la cererea instanței de judecată dar deținătorii datelor tocmai asta reproșează reclamantului – că aceste date nu sunt cerute de o instanță de judecată. Confrunțați cu aceste obstacole reclamantii au imaginat o procedură *ad-hoc* în care această cerere a instanței este comunicată Direcției de evidență a persoanei care comunică mai departe răspunsul la dosarul instanței. Această soluție are și ea dezavantajele ei – dacă pîrîtul are un nume foarte comun (e.g. Ion Popescu) Direcția de evidență a persoanei va comunica instanței că nu poate decela CNP-ul acelei persoane fără indicii suplimentare iar procedura de regularizare se reia în detrimentul celerității. Credem că ar trebui să se renunțe complet la obligația de a comunica instanței CNP-ul și contul bancar al pîrîtului cînd acesta este persoană fizică, reclamantul fiind ținut să furnizeze în continuare doar adresa acestuia. Oricum se cere, potrivit art. 205 alin. 2 lit. a), atunci cînd pârâtul depune întîmpinarea, să facă cunoscute aceste date, deci ele oricum apar în dosar și fără eforturi din partea reclamantului.

³ Gheorghe-Liviu Zidaru, *op. cit.*, p. 351 nota de subsol 1.

3. Contenciosul administrativ și calea de atac extraordinară a recursului reglementată de art. 488 NCP

Articolul 488 cuprinde 8 motive de casare față de cele 9 ale art. 304 din vechiul cod de procedură civilă dar aceasta nu reprezintă un handicap major pentru recurentul în materia contenciosului administrativ și fiscal⁴. Dificultatea cea mai mare este dată de lipsa unui articol echivalent cu fostul art. 3041 din fostul cod de procedură civilă *„Recursul declarat împotriva unei hotărâri care, potrivit legii, nu poate fi atacată cu apel, nu este limitat la motivele de casare prevăzute în art. 304, instanța putând să examineze cauza sub toate aspectele”*. Din cauza schimbării concepției generale asupra căilor de atac în noul cod de procedură civilă – s-a trecut de la regula de bază cu două căi de atac, una devolutivă și una nedevelopativă (apelul și recursul) la o singură cale de atac și aceea devolutivă – apelul. În acest context sunt dezavantajați cei care sunt siliți să recurgă la calea de atac a recursului în contenciosul administrativ și fiscal și care nu pot critica greșita reținere a situației de fapt de către instanța de fond. În acest fel se creează un dezavantaj important justițiabilului în cauzele de contencios administrativ și mai ales în cel fiscal, unde oricum părțile nu sunt pe poziție de egalitate. Bineînțeles, este aplicabil art. 20 din Legea nr. 554/2004 *„În cazul admiterii recursului, instanța de recurs, casând sentința, va rejudeca litigiul în fond”* dar numai în cazul în care sentința instanței de fond poate fi criticată pentru vreunul din motivele prevăzute la art. 488.

4. Concilierea prealabilă versus mediere în materia litigiilor între profesioniști

Chiar dacă admiterea excepției de neconstituționalitate art. 2 alin. (1) din Legea nr. 192/2006 prin prin decizia CCR nr. 266/2014 a făcut ca medierea să devină o procedură facultativă, sancționându-se astfel excesul legiuitorului de a impune o cale obligatorie de soluționare alternativă a conflictelor în cazul profesioniștilor, se impune totuși ca să existe o procedură prealabilă similară cu fostul art. 7201 din vechiul cod de procedură civilă. Medierea ar fi doar una dintre căile pe care se poate realiza această procedură prealabilă și ea poate duce în timp, la formarea unei mentalități colective, mai ales în rândul profesioniștilor, propice rezolvării pe cale amiabilă a litigiilor. În cazul în care medierea ar fi alternativă cu vechea procedură a concilierii prealabile și pe calea ei s-ar realiza și punerea în întârziere potrivit art. 1522 NCC. Actualul context legislativ nu favorizează compromisul, tranzacția în litigiile dintre profesioniști și conduce la o abundență cereri mai mult sau mai puțin abuzive de declarare a procedurii de insolvență a căror scop ar fi doar să pună presiune pe debitor pentru a plăti o creanță. Textul care ar suplini această lipsă ar trebui să prevadă:

⁴ A se vedea pentru detalii Decizia nr. 272/2015 Dosar nr. 8188/63/2013/a1 ICCJ secția I civilă În conformitate cu prevederile art. 489 (2) din Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă sancțiunea nulității intervine în cazul în care motivele invocate nu se încadrează în motivele de casare prevăzute la art. 488 Din noua formă a textului procedural mai sus evocat (art. 489) rezultă că nu a fost menținută prevederea conform căreia, indicarea greșită a motivelor de casare nu atrage nulitatea recursului dacă dezvoltarea lor face posibilă încadrarea într-unul din motivele de recurs. În actuala configurație a sancțiunii nulității pentru neîncadrarea criticilor în motivele de casare prevăzute de art. 488 din Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, textul procedural aduce un plus de rigoare, referitor la cerința încadrării criticilor.

Asadar, din dispozițiile imperative ale art. 489 (2) din Legea nr. 134/2010 se reține că instanțele au obligația de a verifica dacă motivele invocate de recurent se încadrează în cazurile de casare prevăzute de art. 488, iar dacă această cerință nu este îndeplinită, operează sancțiunea nulității recursului.

- că sunt obligatorii înainte de sesizarea instanței cu o cerere de drept comun în care cel puțin una dintre părți este un profesionist ori o încercare de conciliere prealabilă, dar nu atât de formalistă fostul art. 7201, ori o încercare de mediere;

- că se întrerupe cursul prescripției odată cu introducerea cererii de conciliere prealabilă sau mediere, dacă e urmată în termen de 30 de zile de o cerere de chemare în judecată;

- că nu e obligatorie această procedură pralabilă dacă una dintre părți a încercat anterior să-și realizeze creanța pe calea procedurii speciale a ordonanței la plată;

De altfel, ca o inadvertență, semnalăm textul desuet al art. 7 (6) din Legea nr. 554/2004 *ce prevede încă „Plângerea prealabilă în cazul acțiunilor care au ca obiect contracte administrative are semnificația concilierii în cazul litigiilor comerciale, dispozițiile Codului de procedură civilă fiind aplicabile în mod corespunzător”* deși concilierea a dispărut între timp din NCPC.

5. Carențe în redactarea normelor privind executarea silită și titlul executoriu

Articolul 633 și art. 634 NCPC nu menționează și ipoteza în care împotriva sentinței instanței de fond s-a exercitat calea definitivă de atac a apelului și a fost respinsă ca nefondată. Art. 634 alin. 1 pct. 4. se referă doar la hotărârile date în apel, fără drept de recurs, precum și cele neatacate cu recurs. Într-o interpretare literală nu se pot executa, în ipoteza respingerii apelului, decât deciziile din apel privind cheltuielile de judecată. Nu discutăm de ipoteza în care acțiunea respinsă în fond a fost admisă în apel, ci strict de ipoteza respingerii apelului ca nefondat unde cel mai adesea dispozitivul este „*respinge apelul ca nefondat*” și foarte rar „*respinge apelul ca nefondat și menține ca legală și temeinică sentința instanței de fond*”. Pentru a fi rectificată această lipsă ar trebui inserat un text similar art. 377 alin. 1 pct. 2. din vechiul cod de procedură civilă hotărârile date în primă instanță care nu au fost atacate cu apel sau, chiar atacate cu apel, dacă judecarea acestuia s-a perimat ori cererea de apel a fost respinsă sau anulată;

6. Procedura executării silite prin poprire

O problemă care apare tot mai des în contestațiile la executarea silită este data caracterul lacunar al textelor art. 787 coroborat cu art. 788 NCPC⁵, care într-o interpretare, impun ca terțul poprit să consemneze o sumă de bani sau să indisponibilizeze bunurile mobile incorporale poprite și să trimită dovada executorului judecătoresc. Executorul este obligat să aștepte tot un termen de 5 zile după data consemnării și să procedeze la eliberare sau distribuie (dacă sunt mai mulți creditori). Datorită formulării echivoce „*Executorul judecătoresc va proceda la eliberarea sau distribuirea sumei de bani consemnate, în condițiile dispozițiilor art. 787 alin. (1) pct. 1*” a apărut și practica în care executorul judecătoresc eliberează suma chiar a doua zi după ce o primește creditorului, paralizând astfel orice încercare de suspendare a executării silite. E de notorietate faptul că sistemul judiciar

⁵ Art. 787 NCPC are următoarea redactare:

1) În termen de 5 zile de la comunicarea popririi, iar în cazul sumelor de bani datorate în viitor, de la scadența acestora, terțul poprit este obligat:

1. să consemneze suma de bani, dacă creanța poprită este exigibilă, sau, după caz, să indisponibilizeze bunurile mobile incorporale poprite și să trimită dovada executorului judecătoresc, în cazul popririi înființate pentru realizarea altor creanțe decât cele arătate la pct. 2;

Art. 788 NCPC are următoarea redactare: (1) Executorul judecătoresc va proceda la eliberarea sau distribuirea sumei de bani consemnate, în condițiile dispozițiilor art. 787 alin. (1) pct. 1 și ale art. 864 și următoarele.

românesc nu are o posibilitate de reacție atât de rapidă încât să judece o cerere de suspendare provizorie ce implică potrivit art. 719 alin. 2 și o cauțiune de cel puțin 10% din creanță.

Din această perspectivă formularea art. 456 și 458 din Codul de procedură civilă de la 1865 era superioară deoarece prevede un termen de 15 zile pentru consemnarea sumei și unul tot de 15 zile pentru eliberare sau distribuire. Credem că reformularea textului care să conțină o trimitere expresă la un termen de 7-10 zile atât pentru consemnare cât și pentru eliberare/distribuire ar conduce la o procedură de 15/20 de zile, aptă să asigure un echilibru între interesele divergente ale creditorului, debitorului și terțului poprit.

ANAMNEZA¹ IMPLEMENTĂRII NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ. UNELE DIFICULTĂȚI TEORETICE ȘI PRACTICE SURMONTATE SAU SUBZISTENTE

Liviu-Alexandru VIOREL*
Mihail DINU**

Abstract:

After three years, the New Code of Civil Procedure is still new. Many provisions that should ensure stability and reasonable time of the civil procedure are in a permanent change. The innovations were received with reluctance and, sometimes, with little to none comprehension. Nowadays, it is equally important not only to know the law but also to be able to foreshadow most of the future changes. In our opinion, the lack of stability in civil procedure is harmful for the entire judicial system, as analysed and criticized in the following pages.

Keywords: *claim verification, legislative modifications, New Code of Civil Procedure, reasonable time of the procedure, temporization of certain dispositions*

Rezumat:

După trei ani, Noul Cod de procedură civilă este încă nou. Multe dispoziții care ar trebui să asigure stabilitatea și termenul rezonabil al procesului civil sunt într-o permanentă schimbare. Inovațiile au fost primite cu reticență și, câteodată, cu foarte puțină înțelegere. În prezent, cunoașterea legii este la fel de importantă ca și prefigurarea majorității modificărilor legislative viitoare. Astfel fiind, în opinia noastră, lipsa de stabilitate a procedurii civile prejudiciază întregul sistem judiciar, astfel cum vom analiza și argumenta critic în cele ce urmează.

Cuvinte-cheie: *verificarea cererii, modificări legislative, Noul Cod de procedură civilă, termen rezonabil, norme tranzitorii*

I. Considerații inaugurale

Fără a abuza de elemente de noutate și păstrând o bună parte a formulelor deja consacrate, noul Cod de procedură civilă și-a început activitatea, după două amânări succesive, la data de 15 februarie 2013, într-o formă *fragmentată*, justificată de absența infrastructurii corespunzătoare.

Instituțiile sale reformatoare erau menite, la acea vreme, să *asigure* celeritatea actului de justiție, sancționarea deflexiunilor procesuale și, pe alocuri, conturarea unei jurisprudențe unitare. Normele tranzitorii *aveau vocația* de a pregăti o implementare

¹ Suntem în primul rând datori cu o explicație: de ce anamneză? Potrivit <http://dexro.ro/anamneza> este un termen medical ce implică o „descriere a antecedentelor unei boli, înșirare a bolilor de care a suferit un bolnav”. În context „anamneza” are în vedere deficiențele de implementare a NCPC.

* Doctorand, Facultatea de Drept din cadrul Universității București; Avocat senior coordonator – „Mușat și Asociații”; e-mail: liviu.viorel@gmail.com

** Avocat în cadrul „A.V. Boțocă, A. Chirica, M. Dinu – Cabinete de avocat asociate”; e-mail: mihail_dinnu@yahoo.com

grabnică și deplină a codificării, temporizând – cu parcimonie – câteva inovații care nu au găsit infrastructura prielnică pentru aplicare și dezvoltare. În fine, însuși legiuitorul părea că „dezvelește” bustul creației sale atent meșteșugite, care intrinsec și extrinsec fusese croită după tiparul societății contemporane autohtone. Trei ani mai târziu, actul normativ *nu* și-a pierdut prefixul *noutății*, deși firească ar fi fost ca, în acest răstimp, noutatea să se reducă gradual, până la dispariție.

Astăzi, la un interval rezonabil de mai bine de trei ani de la momentul la care a prins viață, a venit vremea *bilanțului*. Retrospectiva primilor trei ani de viață ne arată că noul Cod de procedură civilă își conservă – cu oarecare obstinație – prefixul *noutății*, în articulațiile sale. Instituțiile reformatoare se află într-o continuă *căutare* a valențelor celerității actului de justiție, sancționarea deflexiunilor procesuale și, pe alocuri, conturarea unei jurisprudențe unitare. Normele tranzitorii *își păstrează vocația* de a pregăti implementarea rapidă și deplină a codificării, temporizând cu aceeași parcimonie aceleași câteva inovații care încă nu își găsesc infrastructura prielnică pentru aplicare și dezvoltare. În fine, însuși legiuitorul a înțeles să *acopere*, spre neostoită reconstrucție, bustul unei opere (ne)atent meșteșugite, care intrinsec și extrinsec a renegat parțial tiparul societății autohtone. Astfel fiind, nu credem că greșim dacă ne dezicem de cutuma doctrinei recente în care observăm tendința înlăturării prefixului *noutății* și, prin intermediul explicațiilor noastre, vom păstra neatinsă denumirea noul Cod de procedură civilă („NCPC” sau „noul Cod”).

Fără a explora în amănunt, ne propunem ca, prin succintele considerații ce urmează, să inventariem unele dificultăți procesual civile teoretice și practice, întâlnite într-un interval temporal corespunzător termenului general de prescripție extintivă, evidențiind, după caz, depășirea sau persistența acestora. Pentru facilitarea prezentării, am grupat aceste câteva „stenahorii” în trei categorii corespunzătoare implementării NCPC: instituțiile reformatoare (1), normele tranzitorii (2) și vicii de neconstituționalitate semnalate de Curtea Constituțională (3).

II. Cuprinsul expunerii

1. Implementarea instituțiilor reformatoare circumscrise NCPC

Dintru început, NCPC a fost conceput a fi un instrument legislativ modern, destinat (cel puțin în teorie) să răspundă exigențelor cotidianului juridic, social și economic. Întrucât acest răspuns nu putea fi formulat în ambianța vetustului și „mono-tonului” Cod de procedură civilă de la 1865, polifonia s-a remarcat prin introducerea unor noi instituții procesual civile, având un neîndoielnic avânt reformator.

a) Între acestea, se remarcă, *etapizarea* procesului civil prin instituirea a trei secvențe procesuale: etapa scrisă, etapa cercetării procesului și etapa dezbaterilor încheiată prin deliberarea și pronunțarea hotărârii². O notă *distinctivă* în acest nou context procesual l-a avut și continuă să îl aibă, și acum, la mai bine de trei ani de la momentul intrării sale în vigoare, *verificarea și regularizarea* cererii introductive. Circumscrișă celei dintâi etape, „repriza” regularizării cererii a reprezentat, *ab initio*, un subiect aparte, de mare *interes* pentru practicieni, într-o primă fază, în considerarea unei necesități naturale de *corelare a inovațiilor* sale cu restul dispozițiilor NCPC – *intens* (poate chiar excesiv) *dezbătut* și, în principiu, *eficient explorat* – și, ulterior, prin raportare la *amendamentele* subsecvente.

² Pentru detalii, Boroi G., Stancu M., *Drept procesual civil*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 3-4.

Proeminența acestei instituții a generat și a întreținut un continuu *dialog doctrinar*, purtat la distanță. Cert este faptul că, din nefericire, dezbaterile – uneori suculente – au condus la crearea unor *divergențe jurisprudențiale* – vizând, *inter alia*, cerințele a căror neîndeplinire pot atrage anularea cererii în procedura regularizării sau incidența sancțiunii anulării apelului ori a recursului în cadrul procedurii de regularizare a acestor căi de atac –, întreținute și de împrejurarea că, din punct de vedere material, *toate instanțele* de judecată sunt *competente* să soluționeze cereri de reexaminare a încheierii de anulare a cererii în procedura de regularizare.

Dacă în viziunea inițială a NCPC completul investit aleatoriu cu cererea de chemare în judecată era obligat să verifice exclusiv îndeplinirea condițiilor prealabile prevăzute prin art. 194-197 NCPC, ca urmare a modificărilor aduse în ultimul trimestru al anului 2014 acesta urma a verifica, cu prioritate față de obligația enunțată *supra*, dacă cererea este *de competența sa*³. Subsecvent, prin raportare la dispozițiile art. 200 alin. (2) NCPC, am arătat⁴ că verificarea are ca obiect exclusiv competența funcțională sau specializată a completului; verificarea competenței generale, materiale și teritoriale a fost și rămâne circumscrisă dispozițiilor art. 131 NCPC privind verificarea competenței la primul termen de judecată, în condiții de contradictorialitate⁵.

Dar poate nu atât verificarea și regularizarea cererii a ridicat probleme practice deosebite, cât mai ales veritabilul *verbum regens* al judecătorului ce este obligat să verifice – nu oricând, ci – „de îndată” conformitatea cererii introductive cu cerințele legale. De altfel, această sintagmă *amăgitoare* („de îndată”) avea să se transforme, în timp, într-o *decepție redacțională*. Beneficiind de sprijinul interpretărilor date de garantul independenței justiției, instanțele de judecată au beneficiat de un așa-numit „termen de recomandare” pentru a iniția verificarea la o dată stabilită informatic în funcție de aglomerarea completurilor de judecată, și aceasta în pofida spiritului imperativ al normei⁶. Inexistent în reglementarea NCPC, termenul de recomandare a reprezentat o *născocire* inoportună pentru justițiabil a Consiliul Superior al Magistraturii și un adevărat „colac de salvare” pentru judecători și așa „îngropați” în dosare. Din această perspectivă, semnificativă ni se pare concluzia la care a ajuns o instanță bucureșteană⁷ sesizată cu o plângere formulată împotriva încheierii de respingere a contestației la tergiversare: „[s]intagma **de îndată** nu poate fi asimilată, decât printr-o exagerare a ideii de rezonabilitate, unui termen de «

³ Completarea normei a fost efectuată prin intermediul Legii nr. 138/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe (publicată în M. Of. nr. 753 din 16.10.2014), act normativ ce a adus veritabile variații forme inițiale a NCPC.

⁴ În acest sens, Viorel G., Viorel L.-Al., *Noi realități în procedura de judecată. Unele modificări ale NCPC aduse prin intermediul Legii nr. 138/2014*, publicat în data de 20.10.2014 pe site-ul www.juridice.ro, în cuprinsul Revistei de Note și Studii Juridice. Ulterior, aceeași opinie a fost preluată de Boroi G., Theohari D. N., *Sinteza principalelor modificări și completări aduse Codului de procedură civilă prin Legea nr. 138/2014*, în prefața lucrării *Noul Cod de procedură civilă și 12 legi uzuale*, Ediția a 6-a, actualizată la 20 octombrie 2014, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. X-XI.

⁵ *Idem*.

⁶ A se vedea Hotărârile nr. 161/13.02.2013 și 714/27.06.2013, pronunțate de Plenul Consiliului Superior al Magistraturii. Pentru dezvoltări, Dinu M., *Verificarea cererii de chemare în judecată, amânată „de îndată”*, publicat în data de 16.12.2013 pe site-ul www.juridice.ro, în cuprinsul Revistei de Note și Studii Juridice.

⁷ Dec. nr. 6019/13.12.2013, pronunțată de C. Ap. București – S. a VII-a civ. și pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, pronunțată în Dosarul nr. 7932/2/2013, definitivă, nepublicată.

recomandare » de peste un an de zile la sfârșitul căruia ar debuta obligația completului de judecată de a proceda la verificarea regularității cererii”.

La aproximativ 1 an și 5 luni de la momentul adoptării Legii nr. 138/2014, se preconizează o nouă modificare a dispozițiilor art. 200 alin. (1) NCPC. Ceea ce este îmbucurător este faptul că prin intermediul proiectului de lege – aflat în prezent în procesul legislativ al Senatului (prima Cameră sesizată) – se propune, *inter alia*, instituirea unui termen limită de 20 de zile pentru verificarea cererii de chemare în judecată⁸. Chiar dacă propunerea este fără îndoială perfectibilă – înlăturarea atribuției de verificare a competenței are, în opinia noastră, un resort în raportarea la varianta anterioară a prevederilor art. 200 alin. (1) NCPC și nu credem că a fost în intenția inițiatorilor proiectului de lege – remarcăm cu surprindere erorile flagrante (dovada totalei ignorări a realităților practicii judiciare) cuprinse în punctul de vedere negativ exprimat de Guvern. Prin intermediul acestuia se arată – cu oarecare superioritate nejustificată – că „(...) «de îndată» este un veritabil termen procedural care obligă la îndeplinirea unui act de procedură imediat/în termenul cel mai scurt posibil, raportat la ipoteza normei juridice (...). În acest context, soluția legislativă propusă de a înlocui termenul «de îndată» din cuprinsul art. 200 alin. (1) și art. 201 alin. (1) cu un termen a cărui durată este de 20 de zile, deci mai mare decât «de îndată», nu poate conduce la urgentarea soluționării cauzei. În mod paradoxal numai pentru un profan, în cazul unei legislații încâlcite precum cea românească, în care dezvoltări legislative se regăsesc și în instrumente normative secundare – deși *nu* se putea *adăuga* prin acte emise de CSM la un act normativ precum NCPC⁹ –, propunerea legislativă *nu* este susceptibilă să conducă la urgentarea soluționării cauzei (!). Pe aceste meleaguri – și numai pe aceste meleaguri – sintagma „de îndată” poate reprezenta mai mult de 20 de zile. Prin urmare, contrar opiniei exprimate de Guvern, propunerea legislativă este nu atât curajoasă, cât utilă. Ideea că o cerere efectiv „zace” în arhiva instanței preț de numai 20 de zile fără ca un judecător să o ia în lucru este, în mod paradoxal, preferabilă în contextul în care, astfel cum deja am văzut, în anii trecuți, au existat cereri pe care s-a așternut praful chiar și un an. Afirmatia relevă – din nenorocire – o *bucurie fadă* a unei *ameliorări legislative minimale*. Resemnarea că o cerere nu este luată imediat în lucru de judecători reprezintă o *realitate dezolantă*, peste care, adeseori se trece mult prea ușor, aceasta fără a mai pune la socoteală faptul că întârzieri considerabile se vor putea ivi inclusiv în continuare, până la acordarea primului termen de judecată.

Dar practica judiciară relevă probleme de interpretare nu atât în privința întinderii temporale subînțelese prin sintagma „de îndată”, ci și în aplicarea *ad litteram* a unor dispoziții clare, cu resortul în normele Codului de procedură civilă de la 1865 și în doctrina

⁸ Astfel, Senatul României a fost sesizat în data de 25.11.2015. Proiectul de lege a primit în data de 29.12.2015 avizul favorabil al Consiliului legislativ, iar în data de 01.02.2016 Guvernul a exprimat un punct de vedere negativ. La data redactării prezentei lucrări proiectul de lege cu indicativul L101/2016 face obiectul analizei Comisiei pentru drepturile omului, culte și minorități și a Comisiei juridice, de numiri, disciplină, imunități și validări. Potrivit expunerii de motive a inițiatorilor proiectului de lege, se propun următoarele modificări: art. 200 alin. (1) NCPC – „[c]ompletul căruia i s-a repartizat aleatoriu cauza, verifică în termen de cel mult 20 de zile dacă cererea de chemare în judecată îndeplinește cerințele prevăzute la art. 194-197”; art. 201 alin. (1) NCPC – „[j]udecătorul, în termen de cel mult 20 de zile de la constatarea îndeplinirii condițiilor prevăzute de lege pentru cererea de chemare în judecată, dispune, prin rezoluție, comunicarea acesteia către pârât punându-i-se în vedere că are obligația de a depune întâmpinare, sub sancțiunea prevăzută de lege, care va fi indicată expres, în termen de 25 de zile de la comunicarea cererii de chemare în judecată, în condițiile art. 165”.

⁹ Dec. nr. 6019/13.12.2013, pronunțată de C. Ap. București – S. a VII-a civ. și pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, pronunțată în Dosarul nr. 7932/2/2013.

ce l-a însoțit. Astfel, în procedura aferentă etapei scrise, instanța va comunica cererea introductivă pârâtului și îi va pune în vedere obligația de a depune întâmpinare, sub sancțiunea prevăzută de lege, care, în condițiile prevederilor art. 201 alin. (1) NCPC, „va fi indicată expres”. Regăsim această sancțiune înscrisă în cuprinsul prevederilor art. 208 alin. (2) NCPC, potrivit cărora „[n]edepunerea întâmpinării în termenul prevăzut de lege atrage decăderea pârâtului din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel”. Totuși, în practica recentă a unei instanțe de judecată – ce primește, în mod constant, laurii pentru cel mai aglomerat rol – s-a evidențiat, de o manieră *repetitivă*, în adresele ce însoțesc cererile introductive comunicate pârâților, mențiunea de a depune întâmpinarea „sub sancțiunea decăderii din dreptul de a mai depune probe și de a invoca excepții”. Cu îndestulătoare evidență, între „a *propune probe*” și „a *depune probe*” există o demarcație substanțială de nuanță, vizibilă, decăderea din dreptul de „a depune probe” echivalând, *in extremis*, chiar cu eventuala interdicție de a depune la dosar înscrisurile solicitate de însăși instanța de judecată¹⁰.

b) Părăsind sfera întrepătrunderii dintre actuala și fosta codificare, o instituție cu adevărat inovatoare față de reglementarea anterioară este *contestația privind tergiversarea procesului*, abreviată uneori „contestație”¹¹, și consacrată expres de dispozițiile art. 522-526 NCPC. Exegeza situațiilor în care poate fi promovată relevă faptul că prin intermediul acestui vehicul procesual se tinde la soluționarea unui incident ce a determinat, în viziunea contestatorului, nesocotirea dreptului său la soluționarea litigiului într-un termen optim și previzibil. Este, în esență, o *reacție* procedurală la înfrângerea unui drept. Totuși, opiniile exprimate în doctrină cu privire la caracterul *inoportun* [și de ce nu, chiar *nefiresc și artificial* – *n.a. L.-Al.V., M.D.*] al atribuirii competenței de soluționare chiar completului investit cu soluționarea cauzei¹² au fost confirmate de jurisprudența în materie¹³. Într-adevăr,

¹⁰ *Exempli gratia*, solicitarea instanței de a depune la dosar registrele ținute de un profesionist sau ordonarea înfățișării unui înscris aflat în posesia părții adverse.

¹¹ Deleanu I., *Tratat de procedură civilă; Noul Cod de procedură civilă*, vol. 2, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 413.

¹² A se vedea Deleanu I., *Tratat de procedură civilă; Noul Cod de procedură civilă*, vol. 2, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 417. De asemenea, Viorel G., Viorel L. A., *Radiografie asupra celerității în noul Cod de procedură civilă. Termenul optim și previzibil – estimarea duratei procesului – contestația la tergiversarea procesului*, în *Curierul Judiciar*, nr. 9/2012, p. 555 și Dinu M., *Contestația privind tergiversarea procesului, între tradiția termenului rezonabil și reforma termenului optim și previzibil*, în *Doctrina juridică românească: între tradiție și reforme* – comunicări prezentate la sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 151-160.

¹³ Chiar dacă jurisprudența nu este deosebit de bogată – tendința naturală de altfel – a instanțelor investite cu soluționarea contestației privind tergiversarea procesului – îndeosebi dacă aceasta vizează aspecte ce țin de resortul lor – este de a respinge cererile. Cu titlu exemplificativ, facem trimitere la înch. de ședință nr. 26/5.02.2014 pronunțată de S. cont. adm. și fisc., pronunțată de Trib. Suceava în dos. nr. 5275/86/2013, menținută prin respingerea plângerii, ca nefondată, prin dec. nr. 5978/17.06.2014 pronunțată de C. Ap. Suceava – S. a II-a civ., cont. adm. și fisc.; Încheierea de ședință din data de 7.08.2015, pronunțată de Trib. Botoșani, în dos. nr. 3601/40/2014*/a1, modificată în tot prin dec. [sent.] civ. nr. 207/16.09.2015, pronunțată de C. Ap. Suceava – S. I civ.; înch. de ședință din 21.09.2015 pronunțată de Trib. Iași – S. a II-a civ., cont. adm. și fisc. în dos. nr. 6068/99/2015, menținută prin respingerea plângerii, prin dec. nr. 546/06.10.2015 pronunțată de C. Ap. Iași – S. civ.; înch. nr. 699/C/28.07.2015 pronunțată de Trib. Sibiu – S. a II-a civ., cont. adm. și fiscal în dosarul nr. 2573/85/2010/a11, menținută prin respingerea plângerii prin înch. nr. 8/21.10.2015, pronunțată de C. Ap. Alba Iulia – S. a II-a civilă; înch. din 20.10.2013 pronunțată de Trib. București – S. a VIII-a confl. de mun. și asig. soc. în dos. nr. 29693/3/2013, modificată ca

corespunzător acestei formule normative *scopul* procedurii va fi *rareori atins*, iar simpla existență a unor *elemente neutre* ale procedurii asociate motivelor de contestație (așa cum sunt termenele) *nu exclude subiectivismul* judecătorului: până la urmă *de ce ar recunoaște instanța că a greșit* furnizând, eventual, material „incriminator” într-o eventuală plângere disciplinară?

Din păcate, contestația privind tergiversarea procesului s-a „lovit”, *inter alia*, inclusiv de reticența instanțelor cu privire la buna-credință a celui ce o formulează, concretizată în aplicarea unei amenzi judiciare, chiar dacă prin intermediul acestui mijloc procedural se critica „termenul de recomandare” îndepărtat și, implicit, și îndepărtarea de termenul optim și previzibil¹⁴.

c) În același spirit inovator al NCPC se înscrie și cererea de sesizare a Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei *hotărâri prealabile* pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, reglementată de prevederile art. 519-521 NCPC. Spre deosebire de contestația privind tergiversarea procesului, atributul sesizării instanței supreme aparține exclusiv completului de judecată al Înaltei Curți de Casație și Justiție, curții de apel sau tribunalului, investit cu soluționarea unei cauze în ultimă instanță și confruntat cu o problemă de drept inedită. Deși această instituție procesuală poate constitui un mijloc eficient de uniformizare a practicii, din punct de vedere statistic¹⁵, în intervalul de referință nu a fost uzitată corespunzător potențialului intrinsec.

d) De departe, cele mai multe și poate mai importante modificări se regăsesc în reglementarea *executării silite*. Chiar dacă instituțiile aferente etapei *executio* nu sunt substanțial inovatoare față de codificarea anterioară, *permanenta și supărătoare lor revizuire*, dar mai ales *schimbarea opticii* legislative au condus la un tandem *rebus sic stantibus* – *rebus sic non stantibus*. Astfel fiind, dacă noul Cod a debutat prin identificarea *instanței de executare* ca fiind în *circumscripția biroului executorului* judecătoresc sesizat de creditor, ca urmare a deciziei de neconstituționalitate pronunțate cu privire la această normă atributivă de competență, pentru un interval temporal considerabil, s-a înregistrat un *vid legislativ* în care instanța de executare a reprezentat un veritabil nod gordian¹⁶. *Mutatis mutandis*, astfel cum vom arăta *infra*, încuviințarea executării silite a fost atribuită –

urmare a admiterii plângerii prin Decizia nr. 6019/13.12.2013, pronunțată de C. Ap. București, S. a VII-a civ. și pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, pronunțată în Dosarul nr. 7932/2/2013.

¹⁴ În acest sens, înch. de ședință din data de 18.06.2013, pronunțată de Trib. Cluj în dos. nr. 5232/117/2013, *apud* Costaș C. F., *Tergiversarea procesului. Practică administrativă și practică judiciară incompatibile cu legea*, publicat în data de 10.07.2013 pe site-ul www.juridice.ro.

¹⁵ Potrivit informațiilor disponibile pe site-ul oficial al Înaltei Curți de Casație și Justiție, statistica sesizărilor privind dezlegarea unor chestiuni de drept în materie civilă se prezintă astfel: în anul 2013 a fost formulată o singură cerere, care a fost respinsă; în anul 2014 au fost formulate 13 (treisprezece) cereri, dintre care 6 (șase) au fost admise; în anul 2015 au fost formulate 25 (douăzecișicinci) de cereri, dintre care 13 (treisprezece) au fost admise; în primele două luni ale anului 2016 au fost formulate 2 (două) cereri, dintre care una a fost admisă.

¹⁶ Dispozițiile art. 650 din noul Cod au fost declarate neconstituționale prin Decizia nr. 348/17.06.2014, publicată în M. Of. nr. 529 din 16.07.2014. Drept consecință, în prezent, dispozițiile art. 651 din noul Cod arată că instanța de executare este judecătoria în circumscripția căreia se află domiciliul sau sediul debitorului. Această soluție a fost adoptată după un *vid legislativ* având o întindere temporală considerabilă. Pentru o analiză detaliată, a se vedea Ciobanu V. M., Briciu T. C., Zidaru L. Gh., *Consecințele declarării neconstituționalității art. 650 alin. 1 NCPC*, publicat în data de 25.07.2014 pe site-ul www.juridice.ro.

experimental, s-ar putea conchide – în competența *executorului* judecătoresc, pentru a fi restituită recent – ca urmare a constatării prin intermediul unei noi decizii de neconstituționalitate a eșuării acestui experiment – în sarcina instanțelor de judecată¹⁷. Consecințele acestor permutări s-au repercutat inclusiv asupra formalității de investire cu *formulă executorie* a altor titluri executorii decât hotărârile judecătorești și, implicit, asupra obligațiilor de achitare a *taxelor* judiciare de timbru aferente acestor cereri¹⁸.

Primii ani de viață ai NCPC au relevat și primele inevitabile și sperăm accidentale *excese* jurisprudențiale, interpretări *bizare* ori cel puțin *neobișnuite* precum: a) *anularea întâmpinării* la cererea de chemare în judecată conform dispozițiilor art. 185 alin. (1) teza a II-a¹⁹ ca urmare a constatării decăderii pârâtului din dreptul de a propune probe și de a invoca excepții relative, ca sancțiune pentru nedepunerea întâmpinării în termenul de 25 zile de la comunicarea cererii; b) girarea de către instanță a *retragerii întâmpinării* depuse, ca efect al constatării decăderii pârâtului din dreptul de a propune probe și de a invoca excepții relative pentru nedepunerea întâmpinării în termenul legal; c) *regularizarea contestației la executare* în privința executărilor silite demarate ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 138/2014; d) *necomunicarea* de către instanță a unor *hotărâri definitive*; e) acordarea cuvântului părților *concomitent asupra excepțiilor și asupra fondului*, fără ca prealabilmente acestea să fi fost unite cu fondul; f) *înaintarea* dosarului instanței superioare pentru soluționarea apelului împotriva încheierii de respingere, ca inadmisibilă, a cererii de intervenție accesorie, în termen de *o lună și jumătate* de la data pronunțării soluției atacate; g) *nefixarea unor intervale orare orientative* pentru strigarea cauzelor în lista cu procesele ce se dezbate într-o anumită zi²⁰.

În fine, am mai aminti și faptul că multe dintre *instituțiile* noului Cod au rămas *neaplicate* în practică. Bunăoară, nu am întâlnit în practică vreun caz de *unire a excepțiilor cu administrarea probelor* ori vreo ipoteză de *administrare a probelor* de către *avocați* sau *consilieri* juridici.

2. Normele tranzitorii

NCPC a debutat cu anumite *infirmități* asumate și explicate prin intermediul Legii nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 89 din 12 februarie 2013). Pe scurt: a) În virtutea normei inserate în art. XII alin. (1) din Legea nr. 2/2013, „[d]ispozițiile Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, privind cercetarea procesului și, după caz, dezbaterea fondului în camera de consiliu se aplică proceselor pornite începând cu data de 1 ianuarie 2016”. b) Potrivit prevederilor art. XIII din Legea nr. 2/2013, „[d]ispozițiile Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, privitoare

¹⁷ În rigoarea art. 656 de la data intrării în vigoare a noului Cod, încuviințarea executării silite era, în mod firesc, de competența instanțelor de judecată. Ulterior, prin intermediul art. 666 NCPC încuviințarea executării silite a fost trecută în competența executorului judecătoresc, pentru ca, în prezent, același art. 666 NCPC să prevadă adoptarea acestei măsuri prealabile de către puterea judecătorească.

¹⁸ Dacă încuviințarea executării silite de către instanța de judecată presupune absența etapei prealabile de investire cu formulă executorie a altor titluri executorii decât hotărârile judecătorești, încuviințarea executării silite de către executorul judecătoresc a presupus complinirea etapei prealabile de investire cu formulă executorie a acestei categorii de titluri executorii.

¹⁹ În virtutea acestor dispoziții, „[a]ctul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate”.

²⁰ În prezent, un dosar având ca obiect acțiune în anularea hotărârii arbitrale, poate veni la ordine, la Curtea de Apel București după 3 ori chiar 4 ore de la începerea ședinței de judecată.

la pregătirea dosarului de apel sau, după caz, de recurs de către instanța a cărei hotărâre se atacă se aplică în procesele pornite începând cu data de 1 ianuarie 2016”. c) În temeiul normei înscrise în art. XVIII alin. (1) din Legea nr. 2/2013, „[d]ispozițiile art. 483 alin. (2) din Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, se aplică proceselor pornite începând cu data de 1 ianuarie 2016”. d) În fine, conform prevederilor art. XIX alin. (1) din Legea nr. 2/2013, „[d]ispozițiile art. 520 alin. (6) din Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, se aplică sesizărilor formulate în procesele pornite începând cu data de 1 ianuarie 2016”.

Rațiunea normelor citate *supra* a fost de a pregăti infrastructura necesară pentru aplicarea unor dispoziții particulare din NCPC. La un interval temporal de aproximativ trei ani, în contextul unei pasivități generalizate, raționamentul a continuat să subziste²¹, fiind în discuție o amânare *de facto, sine die*. Astfel fiind, prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 62/2015, intrată în vigoare pe ultima sută de metri, cu doar șapte zile anterior datei de 1 ianuarie 2016, între altele, s-a dispus prorogarea dispozițiilor procesuale precitate până la data de 1 ianuarie 2017.

În privința normelor tranzitorii sunt incidente *două* principale *curente de opinie*. a) Pe de o parte, a fost afirmată natura *inoportună a adoptării* unor norme care se prezumau a nu corespunde infrastructurii sistemului judiciar autohton. b) De cealaltă parte, a fost *blamată pasivitatea autorităților* de resort manifestată în intervalul temporal 2013-2016, încheiat fără ca problemele ce împiedicau aplicarea respectivelor norme să fie chiar și parțial soluționate. În ceea ce ne privește, între a înfiera un legiuitor interesat de progresul procesului civil și a reproba pasivitatea celor răspunzători pentru neimplementarea unor măsuri administrative, înclinăm către *respingerea* de principiu – deci, cu atât mai mult, *in concreto* – a *lipsei de inițiativă* și a *dezinteresului*. Concluzia se sprijină inclusiv pe atitudinea aprobativă a autorităților de resort față de măsurile a căror implementare le incumbă. În alte cuvinte, nu ne aflăm în fața unui dezacord principal față de legitimitatea sau valoarea intrinsecă a unor norme de drept procesual civil, ci doar în ambianța fetidă a delăsării și lănezelii.

În lumina considerațiilor anterioare, o nouă amânare a aplicării dispozițiilor procedurale menționate nu ar reprezenta o surpriză. Cu toate acestea, rămânând în așteptarea datei de 1 ianuarie 2017, continuăm să fim fideli filosofiei *dum spiro spero*, manifestându-ne dezideratul de a nu ne întovărăși în așteptare cu cei responsabili pentru executare.

3. Vicii de neconstituționalitate

O parte dintre dispozițiile NCPC au fost reputate drept neconstituționale de către instanța noastră de contencios constituțional. Cadrul reglementar avea să fie *măcinat* de excepții de neconstituționalitate admise. Ceea ce surprinde este *frecvența supărătoare* cu care asemenea excepții au fost admise, împrejurare ce relevă o oarecare fragilitate a reglementării. Există o listă prea lungă de inovații netestate ale noului Cod ce nu au trecut *filtrul constituționalității*, dintre care, ar merita a fi amintite:

²¹ În acest sens, a se vedea Ciobanu V. M., *O întrebare retorică: cine răspunde în cazul declarării ca neconstituțională a unei dispoziții legale modificată cu încălcarea unei decizii a Curții Constituționale*, publicat în data de 15.01.2016 și *Tableta unui amator: din prea plin*, publicat în data de 15.02.2016, ambele pe site-ul www.juridice.ro. De asemenea, Dinu M., *1 Ianuarie 2016 – Calende de lui Ianus, zeul cu două fețe*, publicat în data de 26.10.2015 pe site-ul www.juridice.ro, în cuprinsul Revistei de Note și Studii Juridice.

a) Inepția juridică a aplicării stigmatului *inadmisibilității* cererii de chemare în judecată numai pentru că partea nu s-a informat cu privire la *avantajele* uneia dintre procedurile alternative de soluționare a conflictelor – i.e. *medierea* – sancțiune limitatoare a dreptului de acces la justiție, care nu urmărea un scop legitim și nici nu respecta un raport de proporționalitate între mijloacele utilizate și scopul urmărit²²;

b) *Sporirea artificială* a rolului avocatului și, după caz, a consilierului juridic²³ și *sancționarea mult prea drastică* prin aplicarea *nulității* pentru nesocotirea prevederilor relative la asistarea și, după caz, reprezentarea persoanelor juridice sau, după caz, a persoanelor fizice, la redactarea cererii și a motivelor de recurs, precum și în executarea și susținerea recursului²⁴ în contextul *economico-juridic* contemporan din România;

c) Compromisul legislativ incoerent constând în conferirea *atribuției* judiciare a *încuviințării executării silite executorului judecătoresc*²⁵, organ ce *nu* întrunea, în mod evident, cerințele de *independență* și *imparțialitate* și care *nu* dispune de *imperium*, sancționat de către Curte și urmat de o intervenție normativă *agilă* a executivului, însă asupra căreia planează rezonabile *suspiciuni de neconstituționalitate*²⁶;

d) *Anularea recursului*, ca *vădit nefondat*, în procedura *filtru*, cu nesocotirea flagrantă a garanțiilor specifice dreptului la un proces echitabil, accesului la justiție și dreptului la apărare, incluzând, dacă este cazul, citarea părților²⁷;

e) Cerința de admisibilitate a hotărârii revizuite de a fi pronunțată asupra fondului ori de a *evoca fondul* în cazul prevăzut de dispozițiile art. 509 alin. (1) pct. 11 NCPC, cu lipsirea de eficiență însăși a controlului de constituționalitate²⁸.

III. Precizări concluzive

Cadrul reglementar creat de și în jurul NCPC este presărat de *proponeri legislative* pripite și intempestive, de derapaje semnificative în elaborarea unor modificări normative neracordate deciziilor Curții Constituționale, de soluții legislative pe alocuri *netranșante*, de

²² Buta Gh., Viorel L. Al., Mihalache A., *Procedura de informare privind avantajele medierii. În căutarea unei abordări coerente. Implicațiile Deciziei Curții Constituționale nr. 266 din 7 mai 2014*, în RRDP nr. 3/2014, p. 96.

²³ Pornind de la calificarea dată de un reputat autor sancțiunii nulității drept excesivă, inadmisibilă sau chiar abuzivă [Deleanu I., *Observații generale și speciale cu privire la noul Cod de procedură civilă* (Legea nr. 134/2010, în Dreptul 11/2010, p. 25)], subliniam, chiar înainte ca NCPC să intre în vigoare, că îndatorirea legală echivala cu o restrângere a dreptului părții de a-și susține propria cauză, astfel că limitarea nu apărea ca fiind justificată într-un stat de drept (Viorel L. Al., Viorel G., *Noul Cod de procedură civilă, vol. 1: Fundamentele: art. 1-248: comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 53). În fine, la modul onest, dintr-o triplă perspectivă, obligația legală era: a) pentru avocați, bănoasă; b) pentru judecători, avantajoasă pentru că aveau un interlocutor profesionist, iar c) pentru populația săracă, profund nedreaptă.

²⁴ Curtea Constituțională, dec. nr. 485/2015, publicată în M. Of. nr. 539 din 20 iulie 2015 și dec. nr. 463/2014, publicată în M. Of. nr. 775 din 24 octombrie 2014.

²⁵ Era previzibil faptul că instanța de contencios constituțional nu putea să treacă cu vederea și să nu sancționeze o asemenea deficiență legală, inoportun introdusă prin Legea nr. 138/2014 (Curtea Constituțională, Decizia nr. 895/17.12.2015, publicată în M. Of. nr. 84 din 04.02.2015 – remarcăm, circumstanțial, faptul că în materia executării silite au fost pronunțate două decizii de neconstituționalitate în data de 17 ale lunilor iunie [Decizia nr. 348/17.06.2014] și decembrie [Decizia nr. 895/17.12.2015]; *jocandi causa*, se pare că „jumătățile de măsură” în materia executării silite sunt tolerate de contenciosul constituțional doar până în data de 17).

²⁶ Pentru detalii, a se vedea Viorel L. Al., Roman C., *Încuviințarea executării silite, o temă recurentă*, publicat în data de 16.02.2016 pe site-ul www.juridice.ro, în cuprinsul Revistei de Note și Studii Juridice.

²⁷ Curtea Constituțională, Dec. nr. 839/2015, publicată în M. Of. nr. 69 din 1 februarie 2016.

²⁸ Curtea Constituțională, Dec. nr. 866/2015, publicată în M. Of. nr. 69 din 1 februarie 2016.

lipsa unui cadru legislativ compact, de absența unei gândiri juridice în perspectivă. A fost necesară o activitate concertată a doctrinei și jurisprudenței pentru ca lacune de acest tip să fie ameliorate, dacă nu chiar complinite pentru ca, în cele din urmă, să se ajungă la o aparentă uniformizare a normelor procesual civile. Nu ignorăm, însă, faptul că ultimele „uniformizări” au fost aplicate prin dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 62/2015 și ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 1/2016. Altfel spus, în trecut și în estimp, normele procesual civile ce aveau în urmă cu trei ani atributul noutății își păstrează, prin voința legiuitorului, caracteristica probatoare a dictonului schopenhauerian potrivit căruia schimbarea este singurul lucru neschimbător.

Noul Cod nu a reușit să suprimă mai vechile metehne procesuale. În acest context, se naște o interogație dubitativă cu privire la resortul real al incapacității de asimilare a unei legislații riguroase, comparabile, prin mecanismul ei exact, cu o partitură polifonică. Cine este, prin urmare, responsabil pentru disfonie – dirijorul, corul sau instrumentele?

EFECTELE PRODUSE IN PLAN PROCESUAL CIVIL DE MODIFICAREA REGULAMENTELOR (NR. 861/2007 PRIVITOR LA CERERILE CU VALOARE REDUSA SI NR. 1896/2006 PRIVITOR LA PROCEDURA SOMATIEI DE PLATA)

*Octavian POPESCU**

Abstract:

Hereby, the author aims to highlight the new European movement enforced in Member States through Regulation (EU) 2015/2421 which modified the specific procedures in respect of small value claims and demands for payment, by implementing measures to eficientize the enforcement of thereof in cross-border litigations. This study proposes a comprehensive analysis of the effects in national civil procedure of the new provisions adopted in the European Union.

Keywords: *low-value claims, payment order, procedure*

Rezumat:

Prin acest studiu, autorul isi propune sa evidentieze noul curent european impus statelor membre de Regulamentul (UE) 2015/2421 ce a modificat procedurile speciale privind cererile cu valoare redusa si somatia de plata, prin implementarea unor masuri care sa eficientizeze aplicarea acestor norme in litigiile avand caracter transfrontalier. Studiul isi propune o analiza complexa a efectelor produse in plan procesual civil de noile dispozitii adoptate la nivelul Uniunii Europene.

Cuvinte-cheie: *cereri cu valoare redusa; somatie de plata; procedura*

Aspecte introductive

Reglementarile speciale statuate in materia cererilor cu valoare redusa dar si in procedura somatiei de plata, instituite de dispozitiile noii legislatii procesual civile, au fost determinate de necesitatea punerii la dispozitia justitiabililor a unor cai speciale de solutionare a litigiilor avand ca obiect recuperarea unor creante cu valoare redusa.

Implementarea acestor proceduri speciale in legislatia nationala a avut ca principal obiectiv accelerarea solutionarii acestor tipuri de litigii, cu consecinta directa a diminuarii costurilor suportate de parti fata de procedurile din dreptul comun dar si de necesitatea adaptarii legislatiei interne la cadrul normativ european.

Cadrul juridic european in aceasta sfera legislativa s-a concretizat odata cu adoptarea la nivelul Uniunii Europene a Regulamentului (CE) nr. 861/2007 in materia cererilor cu valoare redusa si a Regulamentului (CE) nr. 1896/2006 privitor la procedura somatiei de plata, norme care impun proceduri alternative la formalitatile de drept comun prevazute de legislatiile statelor membre.

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; e-mail: av.octavianpopescu@yahoo.com

Insa, in actualul context economico-social de la nivelul Uniunii Europene, exista o tot mai accentuata preocupare in adoptarea unor acte normative care sa cuprinda atat imbunatatiri ale legislatiilor deja existente cat mai ales solutii viabile in vederea recuperarii rapide si eficiente a creantelor cu privire la care exista sau nu un litigiu in desfasurare, fiind demonstrat ca intarzierile la plata constituie un factor principal pentru care tot mai multi operatori economici sunt nevoiti sa isi inceteze activitatea cu consecinta pierderii a numeroase locuri de munca.

In aceste conditii, a fost adoptat, la data de 16 decembrie 2015, Regulamentul (UE) 2015/2421 prin care au fost modificate dispozitiile Regulamentului (CE) nr. 861/2007, ce a instituit procedura europeana cu privire la cererile cu valoare redusa si, implicit, si ale Regulamentului (CE) nr. 1896/2006, ce cuprinde procedurile europene in materia somatiei de plata.

Prin adoptarea acestui Regulament de modificare, se doreste ca la nivelul statelor Uniunii Europene, sa se eficientizeze procedurile civile in materia cererilor cu valoare redusa si a somatiilor de plata, atat prin diminuarea costurilor generate de solutionarea litigiilor cu caracter transfrontalier cat si pentru o mai buna recuperare a creantelor.

In ceea ce privește Regulamentul (CE) nr. 861/2007 adoptat la 11 iulie 2007, acesta a instituit procedura europeana cu privire la solutionarea litigiilor civile si comerciale avand un caracter transfrontalier si a caror valoare nu depaseste 2000 euro. Importanta acestei reglementari rezida in special din faptul ca dispozitiile acestuia prevad ca o hotarare pronuntata in cadrul procedurii in materia cererilor cu valoare redusa este executorie de drept fara a fi necesara o procedura intermediara, in special, fara a fi nevoie de o hotarare de incuviintare a executarii in statul membru de executare, fiind astfel eliminata *procedura de exequatur*.

Scopul principal al Regulamentului (CE) nr. 861/2007 a constat in adoptarea unor masuri care sa faciliteze liberul acces la justitie, atat pentru persoanele fizice cat si pentru cele juridice, prin reducerea costurilor si accelerarea procedurilor civile cu privire la solicitarile care intrau sub incidenta acestuia.

Pe de alta parte, dispozitiile ce reglementeaza procedurile europene in materia somatiei de plata prevazute in Regulamentul (CE) nr. 1896/2006 au ca obiectiv general simplificarea, accelerarea si reducerea costurilor in cauzele transfrontaliere privitoare la creantele pecuniare necontestate de parti, prin instituirea unei proceduri care sa asigure libera circulatie a somatiilor europene de plata in cadrul statelor membre si care sa excluda procedurile intermediare in statul de executare.

Necesitatea modificarii celor doua regulamente a fost subliniata si prin Raportul Comisiei din data de 19 noiembrie 2013 privind aplicarea Regulamentului (CE) nr. 861/2007, care a identificat principalii factori ce impiedicau accesul efectiv al persoanelor fizice sau juridice care doreau sa urmeze aceste proceduri.

Printre altele, Raportul a identificat ca prim factor care afecteaza solutionarea cauzelor in procedura simplificata, plafonul destul de redus al valorii cererii prevazut de Regulamentul (CE) nr. 861/2007 (de cel mult 2.000 de euro) si care, practic, ingradea accesul potentialilor reclamanti sa apeleze la aceasta modalitate de solutionare a litigiilor.

Astfel, s-a retinut ca o majorare a plafonului ar conduce la imbunatatirea accesului efectiv la justitie atat pentru consumatori cat si pentru intreprinderi (in special a intreprinderilor mici si mijlocii), aspect ce ar spori increderea in operatiunile comerciale avand caracter transfrontalier in spatiul european si care, implicit, ar contribui la dezvoltarea pietelor interne ale statelor membre.

Mai mult, prin Raport se recomanda si o serie de elemente ale procedurii europene in materia cererilor cu valoare redusa ce ar putea fi simplificate pentru a reduce costul si durata litigiilor avand caracter transfrontalier, atat prin utilizarea de catre parti si de catre instante a mijloacelor moderne de comunicare la distanta, cat si prin echivalarea notificarilor si comunicarilor in format electronic cu cele transmise prin posta.

➤ **Modificarea dispozitiilor Regulamentului (CE) nr. 861/2007 privitor la procedura europeana in materia cererilor cu valoare redusa**

Noua reglementare in materia procedurii de solutionare a cererilor cu valoare redusa aduce modificari de substanta Regulamentului (CE) nr. 861/2007, atat prin schimbarea domeniului de aplicare cat si prin implementarea unor reguli si principii normative care sa conduca la stingerea cu celeritate a acestor tipuri de litigii.

Poate cea mai importanta schimbare pe care o aduce Regulamentul (UE) nr. 2015/2421 pe plan procesual civil este modificarea art. 2 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007 in ceea ce priveste domeniul de aplicare al procedurilor europene in materia cererilor cu valoare redusa.

Astfel, daca pana la adoptarea regulamentului de modificare procedura cererilor cu valoare redusa se aplica doar in cauzele transfrontaliere atunci cand valoarea cererii (fara a se lua in considerare dobanzile, cheltuielile si alte costuri) nu depasea 2.000 euro, dupa modificare, plafonul pana la care poate fi aplicata procedura cererilor cu valoare redusa a crescut la 5.000 euro, desigur, fara a se lua in considerare si accesoriile creantei.

Concret, teza I a art. 2 alin. 1 din cuprinsul Regulamentului (CE) nr. 861/2007 a suferit modificari, noua reglementare stabilind ca procedura in materia cererilor cu valoare redusa: *„(...) se aplica cauzelor transfrontaliere, astfel cum sunt definite la art. 3, in materie civila si comerciala, indiferent de natura instantei, atunci cand valoarea cererii, fara sa se ia in considerare dobanzile, cheltuielile si alte costuri, nu depaseste 5.000 euro in momentul primirii formularului de cerere de catre instanta competenta (...)”*.

Facand referire la legislatia interna aplicabila in aceasta materie, dispozitiile art. 1026 C. pr. civ. au in vedere tot criteriul valoric in determinarea obiectului procedurii privitoare la cererile cu valoare redusa. Sub acest aspect, legiuitorul roman a prevazut un prag similar celui impus de dispozitiile art. 2 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007 (inainte de a fi modificat), respectiv, pragul maxim de 10.000 lei.

Este important de mentionat ca si in varianta initiala a Regulamentului (CE) nr. 861/2007 nu se stabilea in sarcina statelor membre un plafon maximal aplicabil sub aspectul cuantumului valoric al cererilor. In aceste conditii, anumite state din Uniunea Europeana, dintre care enumeram cu titlu de exemplu Spania, Italia si Austria, au stabilit plafoane valorice aplicabile acestei proceduri speciale si la peste 10.000 euro.

Stabilirea unui plafon cat mai ridicat al valorii cererii este de natura a largi sfera de aplicare a acestei cai alternative de solutionare a cererilor cu valoare redusa, avand pe plan procesual un impact major in degrevarea instantelor de judecata iar, din perspectiva costurilor, o diminuare a celor pe care partile ce au ales aceasta procedura sunt obligate sa le suporte in detrimentul cheltuielilor generate de formalitatile stabilite de dreptul comun.

Pe plan micro-economic, se urmareste stingerea cu celeritate a litigiilor si recuperarea creantelor pentru ca sumele de bani astfel obtinute sa fie reintroduse in circuitul economic al fiecarui stat, dat fiind specificul acestei proceduri, ce se adreseaza cu precadere intreprinderilor mici si mijlocii (IMM-uri) – forma de organizare a unei activitati economice majoritara la nivelul Uniunii Europene – dar si persoanelor fizice.

În acest context, apreciem ca ridicarea plafonului valoric de la 2.000 de euro la 5.000 de euro este binevenită și, totodată, rezonabilă în contextul actual, fiind de natură a eficientiza rezolvarea litigiilor având ca obiect cereri cu o valoare scăzută, dar și prin raportare la finalitatea dorită de legiuitorul european de a oferi o procedură simplificată care să aibă drept finalitate soluționarea cu rapiditate a acestor tipuri de conflicte civile.

Revenind la legislația autohtonă și având în vedere aplicabilitatea directă a regulamentelor Uniunii Europene, care se *„integrează în mod automat în ordinile juridice naționale, excluzând orice măsură de transpunere națională sau tot ce ar putea deforma natura și efectele sale”*¹, apreciem ca este necesară adaptarea dispozițiilor procesuale aplicabile în materia cererilor cu valoare redusă conform Regulamentului (UE) nr. 2015/2421, din moment ce acesta este oricum obligatoriu pentru România *„în toate elementele”* sale, aspect prevăzut expres în art. 288 din TFUE.

Astfel, *de lege ferenda* s-ar impune modificarea art. 1026 alin. 1 C. pr. civ., în sensul creșterii plafonului actual cel puțin până la echivalentul valoric al sumei de 5.000 euro în moneda națională, conform noilor dispoziții unionale.

Mai mult, nici după modificarea articolului 2 al Regulamentului (CE) nr. 862/2007, procedura cererilor cu valoare redusă nu se va aplica cauzelor în materie fiscală, vamală sau administrativă ori în ceea ce privește răspunderea statului pentru acte sau omisiuni în cadrul exercitării autorității publice, principiu avut în vedere și de legiuitorul român prin transpunerea acestor prevederi în dispozițiile art. 1026 alin. 2 C. pr. civ.

De asemenea, au fost menținute și dispozițiile inițiale ale art. 2 alin. 2 din cuprinsul Regulamentului (CE) nr. 861/2007 astfel încât procedura europeană instituită în materia cererilor cu valoare redusă nu se va aplica aspectelor referitoare la: (1) starea și capacitatea persoanelor fizice; (2) în materia drepturilor patrimoniale rezultate din regimurile matrimoniale sau din legăturile considerate prin legea aplicabilă acestora ca având efecte comparabile căsătoriei; (3) în materia obligațiilor de întreținere care decurg dintr-o relație de rudenie, familie, căsătorie sau alianță; (4) testamente și succesiuni, inclusiv obligațiilor de întreținere rezultate ca urmare a unui deces; (5) falimentelor, securității sociale, arbitrajului, (6) dreptului muncii (7) închirierea unor bunuri imobile, cu excepția acțiunilor privind cererile având ca obiect plata unei sume de bani (8) precum și atingerilor aduse dreptului la viața privată sau drepturilor privind personalitatea, inclusiv calomnia.

Sub aspectul domeniului de aplicare, noile dispoziții europene au avut ca principal obiectiv creșterea *„valorii reduse”* a cererilor, prin schimbarea plafonului valoric al acestora astfel încât să se confere o extindere a litigiilor care să intre sub incidența procedurii europene instituite de Regulamentul (CE) nr. 861/2007.

Dintr-o altă perspectivă, în ceea ce privește art. 3 al Regulamentului (CE) nr. 861/2007 au fost modificate dispozițiile alin. 2 și 3 în sensul determinării domiciliului în conformitate cu articolele 62 și 63 din Regulamentul (UE) nr. 1215/2012 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială.

Această modificare a fost cauzată de intrarea în vigoare a noilor dispoziții europene privind recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială. Potrivit reglementării inițiale a art. 3 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007, domiciliul se stabilea în conformitate cu prevederile art. 59 și art. 60 din Regulamentul (CE) nr. 44/2001 din 22 decembrie 2000, regulament care a fost abrogat la data de 10 ianuarie 2015 atunci când au intrat în vigoare dispozițiile Regulamentului (UE) nr. 1215/2012.

¹ A se vedea: Fuerea A., *Manualul Uniunii Europene – editia a IV-a*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 142.

Astfel, potrivit dispozițiilor art. 62 alin. 1 din Regulamentul (UE) nr. 1215/2012, instanța de judecată sesizată cu o astfel de cerere, atunci când urmează să stabilească dacă o parte are sau nu domiciliul pe teritoriul unui stat membru, va aplica dispozițiile în materie prevăzute de legislația internă.

Pe de altă parte, în ipoteza în care o parte nu are domiciliul pe teritoriul statului membru ale cărui instanțe sunt sesizate, pentru a determina dacă partea în cauză își are domiciliul pe teritoriul unui alt stat membru, instanța aplică legea statului membru în cauză, așa cum prevede textul alin. 2 al aceluiași articol.

Totodată, din perspectiva noilor dispoziții europene în materia determinării domiciliului, amintim și dispozițiile art. 63 alin. 1 din cuprinsul aceluiași regulament, ce definesc noțiunea de domiciliu principal al persoanelor juridice astfel încât *„o societate sau alta persoană juridică sau o asocieră de persoane fizice sau juridice are domiciliul în locul unde acesta își are a) sediul statutar, b) administrația centrală sau c) punctul principal de activitate”*.

De asemenea, tot în cuprinsul acestei reglementări, legiuitorul european stabilește ca prin noțiunea de *„sediul statutar”*, în cazul unor state precum Irlanda, Cipru sau Regatul Unit, se înțelege *„sediul social”* sau, în lipsa acestuia, *„locul de înregistrare”* sau, în lipsa acestuia, *„locul conform legii careuia a avut loc constituirea”*.

Rămânând tot în sfera de aplicare a Regulamentului (UE) nr. 1215/2012, mai trebuie precizat că, pentru a se determina dacă o entitate (*„trust”*) își are domiciliul pe teritoriul statului membru ale cărui instanțe au fost sesizate, instanța va face aplicarea propriilor norme de drept internațional privat.

Cu privire la cele mai sus menționate, facem precizarea că unica modificare adusă de noua reglementare europeană este aceea a aplicării Regulamentului (UE) nr. 1215/2012, ale cărui dispoziții în materia domiciliului nu conțin modificări de fond față de legislația anterioară.

Pe de altă parte, noile prevederi ale Uniunii Europene nu modifică momentul relevant care servește drept bază pentru stabilirea caracterului transfrontalier al unui litigiu, rămânând, în continuare, data la care instanța de judecată competentă primește formularul de cerere, acest aspect rămânând nemodificat.

În materia cererilor cu valoare redusă, legislația internă prevede expres dispoziții similare cu referire la momentul declansării procedurii și, implicit, cu aplicabilitate în legătură cu momentul la care se stabilește caracterul transfrontalier al litigiului. În acest sens, art. 1.029 alin. 1 C. pr. civ. prevede că *„reclamantul declanșează procedura cu privire la cererile cu valoare redusă prin completarea formularului de cerere și depunerea sau trimiterea acestuia la instanța competentă, prin poștă sau prin orice alte mijloace care asigură transmiterea formularului și confirmarea primirii acestuia”*.

O altă modificare a Regulamentului (CE) nr. 861/2007 a fost cea adusă articolului 4 privind *„Inițierea procedurii”* cererilor cu valoare redusă în sensul introducerii la paragraful al doilea, a tezei ce impune în sarcina instanței de judecată obligativitatea informării reclamantului în ipoteza respingerii cererii acestuia și cu eventuala indicare a căii de atac împotriva acestei soluții, desigur dacă hotărârea este supusă unei cai de atac.

Codul de procedura civilă impune în cuprinsul dispozițiilor art. 1.029 alin. 5, parcurgerea unei proceduri de filtru în ceea ce privește formularul de cerere, care poate avea ca finalitate anularea cererii în cazul necompletării ori neremedierii neregularităților puse în vedere reclamantului de către instanța. În această ipoteză, Codul de procedura civilă nu prevede în mod expres în sarcina instanței obligația de informare a petentului în

legatura cu anularea cererii. Mai mult, in ceea ce privește solutia instantei de anulare a unei cereri cu valoare redusa, legiuitorul nu a prevazut o cale de atac împotriva acestei hotarari.

Asadar, *de lege ferenda*, apreciem ca art. 1.029 C. pr. civ. trebuie completat cu o prevedere expresa referitoare la comunicarea solutiei de anulare a instantei, in cazul neindeplinirii formalitatilor necesare pentru conformitatea cererii, transpunand, pe aceasta cale, modificarea adusa art. 4 din Regulamentului (CE) nr. 861/2007. De altfel, este firesc ca instanta sa fie obligata la informarea justitiabililor in ceea ce privește incheierea demersului lor litigios in aceasta etapa initiala, mai cu seama ca vorbim despre o procedura simplificata, scrisa.

Cu privire la continutul textului art. 4 alin. 5 din cuprinsul Regulamentului (CE) nr. 861/2007, acesta a suferit modificari ca urmare a dorintei legiuitorului european de a implementa anumite masuri care sa faciliteze accesul justitiabililor la aceasta procedura prin punerea la dispozitia acestora a formularului de cerere tipizat atat la sediul instantelor de judecata cat si on line.

Astfel, conform noilor reglementari in materie, *„statele membre se asigura ca formularul – tip de cerere A este disponibil la toate instantele in fata carora se poate initia procedura europeana cu privire la cererile cu valoare redusa si ca acesta se poate accesa prin intermediul site-urilor internet nationale relevante”*.

Varianta initiala a textului retinea, in sarcina statelor membre obligatia de a lua masurile necesare pentru ca formularul de cerere sa fie disponibil doar in cadrul instantelor in care se poate initia o procedura europeana cu privire la cererile cu valoare redusa.

Se observa ca, prin modificarea art. 4 alin. 5 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007, se urmareste facilitarea accesului persoanelor fizice/juridice la procedura simplificata prin instituirea unor masuri ce ar facilita posibilitatea de a obtine mai rapid formularul necesar introducerii cererii, scurtand, astfel, costurile si durata litigiilor in aceasta materie.

La nivel national, Codul de procedura civila nu contine dispozitii exprese similare in ceea ce privește disponibilitatea on-line a formularului de cerere dar nici nu contine dispozitii care sa interzica accesarea formularului de pe un site de specialitate. Unica reglementare expresa, in legatura cu formularul cererii cu valoare redusa, este aceea cuprinsa in art. 1.029 alin. 2, conform careia formularul este aprobat prin ordin al ministrului justitiei. Or, avand in vedere actul normativ prin care este adoptat acest formular, cererea-tip este pusa la dispozitia justitiabililor atat la sediul instantelor de judecata cat si on-line pe site-ul www.portal.just.ro.

Sub un alt aspect, Regulamentul (UE) nr. 2015/2421 a stabilit in amanunt care este procedura dezbaterii orale in cursul solutionarii cererilor de plata cu valoare redusa, textul initial al Regulamentului (CE) nr. 861/2007 avand un caracter general.

Astfel, in ipoteza in care instanta de judecata considera ca sunt necesare dezbateri orale, acestea vor fi organizate utilizandu-se orice tehnologie adecvata de comunicare la distanta (videoconferinte/teleconferinte) si care, in mod evident, se afla in dotarea instantei.

De asemenea, in cazul in care persoana care urmeaza sa fie audiata are domiciliul sau resedinta obisnuita intr-un alt stat membru decat cel al instantei sesizate, participarea acesteia la dezbateri prin videoconferinta/teleconferinta se va face in conformitate cu dispozitiile Regulamentului (CE) nr. 1206 al Consiliului din 28 mai 2001 privind cooperarea intre instantele statelor membre in domeniul obtinerii de probe in materie civila si comerciala.

Totodata, noile dispozitii confera partii care este citata pentru a fi prezenta in fata instantei, posibilitatea de a solicita utilizarea mijloacelor de comunicare la distanta (desigur

daca instanta dispune de aceste tehnologii) si daca costurile ocazionate partii respective ar fi disproportionale in raport cu cererea aflata pe rolul instantei respective.

Raportandu-ne la dispozitiile art. 1.030 alin. 2 C. pr. civ. ce confera posibilitatea instantei sa dispuna infatisarea partilor daca apreciaza ca este necesar ori la cererea oricareia dintre parti, textul de lege mentionat este lacunar sub aspectul dezbaterei orale.

In acest sens, consideram ca este necesar a fi transpuse noile reglementari europene in legislatia nationala prin dispozitii exprese, care sa detalieze faza dezbaterilor in procedura cererilor cu valoare redusa, in completarea art. 1030 sus-mentionat.

Mai mult, Codul de procedura civila nu face nicio referire la mijloacele de comunicare la distanta ce pot fi utilizate in aceasta procedura simplificata, motiv pentru care este necesara adaptarea dispozitiilor procesuale la reglementarea europeana. De altfel, o asemenea prevedere a fost introdusa pentru a spori eficacitatea procedurii cererilor cu valoare redusa, ca urmare a evolutiei continue si rapide in domeniul tehnologiei si mijloacelor de comunicare la distanta.

O modificare semnificativa a Regulamentului (CE) nr. 861/2007 fata de textul initial consta in introducerea la art. 8 a unui nou alineat, respectiv alin. 4 care statueaza ca o hotarare a instantei prin care aceasta se pronunta asupra unei solicitari privind participarea la dezbateri prin intermediul mijloacelor de comunicare la distanta nu poate fi contestata pe cale separata, in afara celor ce sunt prevazute pentru atacarea hotararii in sesi.

O reglementare similara este prevazuta si in Codul de procedura civila, la art. 1.030 alin. 2, insa, nu cu privire la mijloacele de comunicare la distanta, ci cu privire la refuzul instantei de a da curs unei solicitari de infatisare a partilor din partea uneia dintre acestea. Asadar, hotararea prin care instanta consemneaza refuzul unei asemenea solicitari nu poate fi atacat pe cale separata.

De lege ferenda, consideram ca o prevedere expresa in ceea ce privește calea de atac împotriva hotararii prin care instanta se pronunta asupra unei solicitari privind participarea la dezbateri prin intermediul mijloacelor de comunicare la distanta ar fi oportuna in ipoteza reglementarii exprese a mijloacelor si modalitatilor de comunicare la distanta agreeate a fi utilizate in cadrul acestei proceduri.

Dintr-o alta perspectiva, sub aspectul modificarii dispozitiilor art. 9 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007, textul din noua reglementare este similar cu cel din legiferarea initiala, singura diferenta constand in aceea ca, in noile prevederi, nu se va mai face referire la notiunea de „*obtinere a probelor*”, ci la cea de „*administrare a probelor*”.

Dispozitiile generale instituite la nivel Uniunii Europene in ceea ce privește reducerea costurilor in procedurile simplificate de solutionare a litigiilor civile/comerciale isi gasesc aplicabilitate si in ceea ce privește modalitatea de obtinere si administrare a probelor astfel ca se recomanda instantelor de judecata ca, atunci cand administreaza materialul probator sa utilizeze metoda cea mai putin oneroasa.

Mai mult, din cuprinsul dispozitiilor art. 9 alin. 4 ale Regulamentului (CE) nr. 861/2007 reiese

caracterul subsidiar al mijloacelor de proba constand atat in efectuarea unor expertize cat si in declaratii de martorilor si „*doar in cazul in care hotararea nu poate fi pronuntata pe baza altor probe*”.

La nivel intern, art. 1.030 alin. 9 C. pr. civ. confirma ca legislatia nationala este in acord cu prevederile europene, in fata instantelor nationale trebuind a fi administrat un material probator care nu necesita efectuarea unor costuri semnificative, respectiv, proba cu

inscrisuri, cu posibilitatea administrării și a altor mijloace de proba, precum depozitii de martori.

Din această perspectivă, se observă dorința legiuitorului european de a accentua dinamica soluționării litigiilor în materia procedurilor privind cererile cu valoare redusă tocmai prin raportare la contextul socio-economic actual ce impune necesitatea recuperării sumelor de bani în cel mai scurt timp pentru a fi ulterior introduse în circuitul economic al respectivului stat.

Prin Regulamentul (UE) nr. 2015/2421 se facilitează și procedura privind acordarea de asistență de care partile pot beneficia atât sub aspectul completării formularelor de cerere cât și prin posibilitatea de a obține informații referitoare la domeniul de aplicare al procedurii europene cu privire la cererile cu valoare redusă și a informațiilor referitoare la instanțele competente să soluționeze astfel de solicitări.

De asemenea, și în ceea ce privește comunicarea/notificarea actelor de procedura sau a altor comunicări scrise, se introduc măsuri care permit și facilitează comunicarea acestora în format electronic, procedura neprevăzută în reglementarea anterioară.

Regulamentul (UE) 2015/2421 modifică și textul art. 18 al Regulamentului (CE) nr. 861/2007 privind reexaminarea hotărârilor în cazuri excepționale, în cuprinsul noii reglementări, cererea de reexaminare fiind necesară a fi formulată într-un anumit termen ce are caracter peremptoriu.

Astfel, potrivit art. 18 alin. 2 termenul în care se poate solicita reexaminarea este de 30 de zile, *„acesta începe să curgă de la data la care paratul a luat efectiv cunoștința de conținutul hotărârii și a fost în măsură să acționeze, dar nu mai târziu de la data primei măsuri de executare care are drept efect indisponibilizarea totală sau parțială a bunurilor paratului. Termenul nu poate fi prelungit”*.

Deși în reglementarea europeană anterioară nu era prevăzut un termen de introducere a caii de atac, normele de procedura stabileau un interval de timp înăuntrul căruia petentul putea exercita calea de atac. Asadar, se observă că dispozițiile cuprinse în art. 1.033 C. pr. civ. prevăd un termen, și anume, cel de 30 de zile, completarea adusă normei europene nefiind de natură a crea un conflict între prevederea Uniunii Europene și cea națională.

Este de remarcat și că Regulamentul introduce noi dispoziții care nu erau prevăzute în cuprinsul Regulamentului (CE) nr. 861/2007 privind procedurile europene în materia cererilor de plată cu valoare redusă.

Sub acest aspect, prin dispozițiile cuprinse în articolul 15a se reglementează atât taxele judiciare pe care statele le pot percepe cu privire la procedura privind cererile cu valoare redusă cât și modalitățile de plată pe care le au la dispoziție partile aflate într-un astfel de litigiu.

Astfel, taxele judiciare necesare introducerii și continuării unui litigiu în procedura simplificată pot fi plătite prin (1) virament bancar, (2) prin plată cu cardul de credit/debit și (3) prin debitare directă a contului bancar al reclamantului, aceste prevederi fiind deopotrivă aplicabile și în ceea ce privește exercitarea căilor de atac.

În plan intern, în ceea ce privește costurile introducerii și soluționării unei cereri cu valoare redusă, Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru stabilește, în cuprinsul art. 6 alin. 1, sumele pe care reclamantul trebuie să le achite, și anume, 50 lei, dacă valoarea cererii nu depășește 2.000 lei și, respectiv, 200 lei pentru cererile a căror valoare depășește 2.000 lei.

Cu toate că Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 80/2013 nu reglementează în mod expres modalitatea în care trebuie efectuată plata taxelor judiciare, legislația națională nu

contravine noilor dispoziții europene, intrucat taxele judiciare de timbru pot fi achitate in orice modalitate valabila de efectuare a unei plati, fara a exclude efectuarea platilor intr-una dintre modalitatile de plata enumerate de art. 15a din Regulamentul (UE) nr. 2015/2421.

De asemenea, sunt introduse si dispoziții cu privire la limba (altele decat cea nationala) in care poate fi redactat certificatul pe care instanta de judecata il emite cadrul procedurii europene cu privire la cererile cu valoare redusa.

Avand in vedere faptul ca legislatia procesual civila in vigoare la nivel national impune redactarea tuturor cererilor depuse la instante in limba romana, precum si a tuturor actelor ce emana de la instante, nu se poate pune in discutie problema redactarii acestor documente intr-o alta limba decat limba romana, la acest moment.

Insa, in contextul actual european, apreciem ca este oportuna redactarea cel putin a hotararilor instantelor si intr-o limba de circulatie internationala, precum si publicarea acestor hotarari pe paginile de internet de specialitate, pentru a facilita accesul la jurisprudenta nationala a cetatenilor din statele membre ale Uniunii Europene.

Mai mult, in cuprinsul noilor dispoziții, este reglementata in mod expres si procedura tranzactiei judiciare la care partile pot sa apeleze in cursul solutionarii unei cauze in procedura simplificata.

Astfel, potrivit dispozitiilor art. 23a din Regulamentul (UE) nr. 2015/2421, „o tranzactie judiciara aprobata de o instanta sau incheiata in fata unei instante in cadrul procedurii europene cu privire la cererile cu valoare redusa, care este executorie in statul membru in care s-a desfasurat procedura, este recunoscuta si executata in alt stat membru in aceleasi conditii ca o hotarare pronuntata in cadrul procedurii europene cu privire la cererile cu valoare redusa (...)”.

In dreptul intern, tranzactia judiciara era reglementata si inainte de modificarea dispozitiilor unionale in aceasta materie, la art. 438 C. pr. civ., potrivit caruia oricand, in cursul judecatii, partile pot incheia o tranzactie judiciara, prin care sa fie consfintita intelegerea lor.

Totodata, articolul mentionat *supra* stabileste aplicabilitatea dispozitiilor Capitolului III din Regulamentul nr. (CE) 861/2007 privind recunoasterea si executarea intr-un stat membru si in ceea ce privește o hotarare ce consfințește o tranzacție judiciară.

Sub un ultim aspect, Regulamentul (UE) nr. 2015/2421 modifica si dispozitiile art. 25 prin impunerea unor obligatii suplimentare privind informatiile pe care statele membre trebuie sa le furnizeze Comisiei cu privire la aceasta procedura.

Astfel, pentru o mai buna implementare si eficientizare a noilor dispoziții care reglementeaza procedura europeana de solutionare a cererilor cu valoare redusa, statele membre ale Uniunii Europene trebuie sa ofere Comisiei informatii cu privire la:

- autoritatile sau organizatiile competente pentru furnizarea de asistenta practica;
- mijloacele de comunicare sau notificare pe cale electronica disponibile din punct de vedere tehnic si admisibile in temeiul normelor care reglementeaza procedura, comunicarea sau notificarea actelor, mijloacele de exprimare a consimtamantului prealabil privind utilizarea mijloacelor electronice disponibile in temeiul dreptului intern;
- persoanele sau tipurile de profesii, daca este cazul, care au obligatia legala de a accepta comunicarea sau notificarea ori alte forme de comunicare scrisa prin mijloacele electronice reglementate de dispozitiile art. 13 alin. 1 si 2;
- taxele judiciare aferente procedurii europene cu privire la cererile cu valoare redusa sau modul de calcul al acestora, precum si modalitatile de plata acceptate pentru achitarea taxelor judiciare;

- procedurile pentru solicitarea unei reexaminări în conformitate cu dispozițiile care reglementează reexaminarea hotărârilor în cazuri excepționale precum și instanțele competente pentru o astfel de reexaminare.

Luând în considerare aspectele mai sus dezvoltate, se impune modificarea prevederilor procesual civile, în principal, cu privire la domeniul de aplicare, prin creșterea pragului valoric până la care se poate formula o cerere în această procedură, precum și completarea dispozițiilor procedurale referitoare la mijloacele de comunicare la distanță, pentru sporirea eficacității procedurii simplificate a cererilor cu valoare redusă.

➤ **Modificarea dispozițiilor Regulamentului (CE) nr. 1896/2006 privitor la procedura europeană în materia somatiei de plată**

Adoptarea Regulamentului (CE) nr. 1896/2006 privitor la procedura europeană în materia somatiei de plată, nu a prezentat un caracter de noutate în legislația națională întrucât, încă din anul 2001, Guvernul României adoptase Ordonanța de Guvern nr. 5/2001 privind procedura somatiei de plată.

Ordonanța de Guvern nr. 5/2001 – ce a constituit precursorul dispozițiilor actuale prevăzute în Noul Cod de procedură civilă – a avut ca principal obiectiv crearea unui cadru simplificat în scopul recuperării de bunăvoie sau pe cale silită a creanțelor certe, lichide și exigibile.

Însă, față de reglementarea anterioară, Noul Cod de procedură civilă, prin dispozițiile art. 1.013-1.024 a adus completări esențiale, urmărind instituirea unei proceduri accelerate de recuperare a creanțelor, în acord și cu prevederile din cuprinsul Regulamentului (CE) nr. 1896/2006.

În ceea ce privește modificările pe care le introduce Regulamentul (UE) nr. 2015/2421 în materia procedurilor europene cu privire la somatia de plată, acestea vizează atât efectele opoziției cât și exercitarea delegării, noile dispoziții având o mai mare claritate decât cele cuprinse în varianta inițială a textelor modificate.

O primă modificare pe care o aduce Regulamentul (UE) nr. 2015/2421 constă în înlocuirea dispozițiilor art. 7 alin. 4 din Regulamentul (CE) nr. 1896/2006, astfel încât reclamantul va putea indica instanței printr-o anexă a cererii introductive – și dacă este cazul – procedura pe care solicită a-i fi aplicată creanței sale în cadrul procedurii civile ulterioare, în ipoteza în care paratul face opoziție la somatia europeană de plată.

Astfel, prin coroborare cu noile dispoziții ale art. 17, reclamantul va putea alege între (1) procedura europeană în materia cererilor cu valoare redusă prevăzută în Regulamentul (CE) nr. 861/2007 sau (2) orice altă procedură civilă națională. De asemenea, reclamantul va putea să precizeze că se opune trecerii la aceste proceduri în cazul în care paratul va face opoziție.

Reglementarea europeană cuprinsă în regulamentul de modificare a schimbat varianta inițială a art. 7 alin. 4 din cuprinsul Regulamentului (CE) nr. 1896/2006 ce prevedea posibilitatea ca reclamantul să informeze instanța *„intr-un appendice anexat cererii, ca se opune trecerii la procedura civilă de drept comun în conformitate cu articolul 17 în cazul în care paratul face opoziție. Reclamantul pastrează posibilitatea de a informa instanța ulterior în acest sens, dar în orice caz înainte de emiterea somatiei de plată.”*

Prevederile art. 7 alin. 4 fac trimitere expresă la cele ale art. 17, astfel încât acestea au suferit modificări ca urmare a schimbării conținutului textului art. 17, fiind necesar să interpretăm sistematic dispozițiile celor două articole din cuprinsul Regulamentului (CE) nr. 1896/2006.

În ceea ce privește dispozițiile art. 17 cu denumirea marginală „*Efectele opoziției*”, o modificare semnificativă este adusă de alineatul 1 care reglementează procedura ce va fi urmată în cazul în care paratul a făcut opoziție la somatia europeană de plată în termenul legal.

Potrivit reglementării inițiale a articolului menționat *supra*, în ipoteza în care paratul formulează opoziție la somatia europeană de plată, procedura continuă în fața instanțelor competente din statul membru de origine în conformitate cu normele de procedură civilă de drept comun, desigur cu excepția în care reclamantul solicită în mod expres ca această procedură să ia sfârșit în acest caz.

Regulamentul (UE) nr. 2015/2421, prin art. 2 pct. 2, stabilește că în situația în care se face opoziție la somatie, procedura va continua în conformitate cu normele: (a) procedurii europene cu privire la cererile cu valoare redusă, prevăzută în Regulamentul (CE) nr. 861/2007, dacă este cazul sau oricărei proceduri civile naționale adecvate.

Mai mult, în legătură cu această procedură alternativă pusă la dispoziția reclamantului, alin. 2 din cuprinsul noii reglementări prevede că în situația în care acesta nu a indicat care procedură solicită să îi fie aplicată (fie procedura europeană în materia cererilor cu valoare redusă prevăzută de normele europene sau a oricărei proceduri civile naționale adecvate), în cazul în care paratul face opoziție, se trece la procedura civilă națională adecvată, cu excepția cazului în care reclamantul a solicitat în mod expres să nu se facă o astfel de cerere.

Aceeași este „*sanctiunea*” și în ipoteza în care reclamantul a solicitat aplicarea procedurii europene cu privire la cererile cu valoare redusă, prevăzută în Regulamentul (CE) nr. 861/2007, față de o cerere care nu intra sub incidența domeniului de aplicare al acestui regulament.

Față de celelalte dispoziții cuprinse în art. 17, Regulamentul (UE) nr. 2015/2421 nu a adus alte modificări suplimentare, păstrându-se dispozițiile care consacră dreptul reclamantului de a fi informat în situația în care paratul formulează orice fel de opoziție precum și cele referitoare la protecția persoanei care și-a valorificat creanța în procedura europeană a somatiei de plată, în sensul de a nu i se aduce atingere poziției sale în cursul procedurilor civile de drept comun ulterioare.

Regulamentul (UE) nr. 2015/2421 a modificat și conținutul art. 25 alin. 1 din Regulamentul (CE) nr. 1896/2006, noile dispoziții nu se mai raportează la noțiunea de „*cheltuieli de judecată*” în procedura somatiei de plată, ci la cea de „*taxe judiciare*”.

Astfel, în materia cheltuielilor pe care trebuie să le suporte justitiabilii, noul text al art. 25 alin. 1 prevede că: „*în cazul în care într-un stat membru, taxele judiciare aferente unei proceduri civile în sensul art. 17 (efectele opoziției – s.n.) alin. 1 lit. a sau b, după caz, sunt echivalente cu sau mai mari decât cele pentru procedura europeană de somatie de plată, cuantumul total al taxelor judiciare aferente procedurii europene de somatie de plată și procedurii civile care urmează în cazul unei opoziții în conformitate cu articolul 17 alin. 1 nu poate depăși taxele pentru procedura respectivă care nu este precedată de o procedură europeană de somatie de plată în statul membru respectiv. Nu se pot percepe taxe judiciare suplimentare (...) pentru procedura civilă care urmează în cazul unei opoziții (...) atunci când taxele judiciare pentru acest tip de procedură în statul membru respectiv sunt mai mici decât cele aferente procedurii europene de somatie de plată*”.

Inițial, dispozițiile art. 25 alin. 1 din Regulamentul (CE) nr. 1896/2006 menționau faptul că suma aferentă cheltuielilor de judecată în materia somatiei de plată și în aceea a procedurii de drept comun care urmează în cazul unei opoziții la somatia europeană de plată într-un stat membru nu poate fi mai mare decât cheltuielile de judecată generate de o

procedura civila de drept comun ce nu a fost precedata de formalitatile europene in materia somatiei de plata in statul membru respectiv.

Modificarea dispozitiilor art. 25 alin. 1 din Regulamentul (CE) nr. 1896/2006 nu afecteaza si nu face ca dispozitiile nationale ce reglementeaza valoarea taxei de timbru datorate pentru cererea privind emiterea ordonantei de plata sa vina in contradictoriu cu norma europeana.

Cadrul normativ intern este reglementat de dispozitiile art. 6 alin. 2 din Ordonanta de Urgenta a Guvernului nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru ce prevad un cuantum fix de 200 lei pentru cererea privind emiterea ordonantei de plata.

Mentionam ca, prin adoptarea Ordonantei de Urgenta a Guvernului nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru, plafonul cu care se taxeaza cererea de emitere a ordonantei de plata a crescut fata de reglementarile anterioare dar se pastreaza in limitele cadrului general impus de standardul european.

Modificari au fost aduse si art. 30 (modificarea anexelor) precum si art. 31 (exercitarea delegarii) din Regulamentul (CE) nr. 1896/2006 privind instituirea unei procedurii europene in materia somatiei de plata.

Sub acest aspect, Comisia este imputernicita sa adopte acte delegate in aceasta materie si cu privire la modificarea anexelor la regulament, care prevad cu titlu de exemplu caracteristicile formularului tipizat ș.a.m.d.

Regulamentul (UE) nr. 2015/2421 al Parlamentului european si al Consiliului va intra in vigoare in a douazecia zi de la data publicarii in *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* si se va aplica de la 14 iulie 2017, cu exceptia articolului 1 punctul 16, care modifica articolul 25 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007, ce se va aplica incepand cu data de 14 ianuarie 2017.

*

In concluzie, prin adoptarea Regulamentului (UE) nr. 2015/2421 privind modificarea procedurilor europene in materia cererilor cu valoare redusa si a somatiei de plata se doreste o mai buna eficientizare a solutionarii acestor tipuri de litigii si, totodata, o degrevare a instantelor de judecata, avand impact atat pe plan procesual civil cat si pe plan economico-social.

PERIMAREA INSTANȚEI, EVOLUȚIILE APLICĂRII SALE ÎN NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ ȘI CARENȚELE LEGII

Cristina Elena POPA*

Sorin Avram PLESA**

Abstract:

Respecting equality of rights, as well as obligation of discrimination, assumes taking in consideration the treatment that the law provides to those to whom it applies during the period in which its regulations are in force, legal treatment that cannot be different. This paper presents a very serious problem to be debated, the resolution of which the solution consists in the analysis of the constitutionality and/or deficiencies of the law in relation to art. 3 of Law no. 76/2012 for the implementation of Law no. 134/2010 on the Code of Civil Procedure, in particular in the situation of the Court being time limitation in a suit in respect to art. 46 paragraph 1 of Law no. 10/2001 regarding the legal status of buildings abusively appropriated between 6 March 1945-22 December 1989 (by which the adjournments can last indefinitely without the operation becoming outdated in the old regulation Civil Procedure Code). Further to be verified is the principal of retroactivity of civil procedure law – referring to the civil action being time limitation in a suit – is compatible with art. 6 of the Convention EDO that guarantees the right to a fair trial, and if individuals are dealt with under the old law are discriminated against in relation to those who are judged under the rule of the new law and to which the privilege special time limitation in a suit within 10 years.

Keywords: : oudate, The Civil Procedure Code, constitutionality, suspension based on Law no. 10/2001

Rezumat:

Respectarea egalității în drepturi, precum și a obligației de nediscriminare, presupune luarea în considerare a tratamentului pe care legea îl prevede față de cei cărora li se aplică în decursul perioadei în care reglementările sale sunt în vigoare, tratament juridic care nu poate fi diferit. Lucrarea de fata aduce în dezbatere o problemă foarte serioasă, a cărei soluționare constă în analiza constituționalității si/sau carențelor legii prin raportare la art. 3 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, în situația perimării speciale a instanței față în față cu disp. art. 46 alin. 1 din Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989 (prin care suspendarea poate dura nelimitat, fără să opereze perimarea, în reglementarea vechiului Cod de procedură civilă). Urmează a se verifica dacă principiul neretroactivității legii procesual civile – cu referire la perimarea acțiunii civile – este compatibil cu art. 6 din convenția EDO care garantează dreptul la un proces echitabil, dar și dacă justițiabilii care se judecă potrivit legii vechi nu cumva sunt discriminați în raport de cei

* Doctor în drept; cercetător științific asociat în cadrul Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române, asociat în cadrul Chartered Institute of Arbitrators, arbitru în cadrul Vienna International Arbitral Centre și membru în ArbitralWomen; email: cristina@adrlegal.ro

** Avocat în cadrul Baroului Alba și practician în insolvență în cadrul UNPIR, cu o vechime de peste zece ani în sistemul de drept român; email: office@elsomanagement.ro

care se judecă sub imperiul legii noi și cărora li se aplică privilegiul perimării speciale în termen de 10 ani.

Cuvinte-cheie: *perimare, codul de procedură civilă, constituționalitate, suspendare în baza Legii nr. 10/2001*

Potrivit dispozițiilor art. 248, alin. (1) C. pr. civ. 1865, orice cerere de chemare în judecată, contestație, apel, recurs, revizuire, se perimă de drept în termen de un an, dacă a rămas în nelucrare din vina părții. Instituția perimării instanței nu există în reglementarea C. pr. civ. 1865, însă acest tip de perimare era oarecum prevăzut în art. 1891 C. civ. 1864¹. Trebuie să precizăm următoarele: Codul de procedură de civilă de la 1865, în forma sa inițială a prevăzut în art. 257 un termen de perimare de 2 ani, iar ulterior, prin modificările din anul 1948 (dându-se textelor o nouă renumerotare, astfel încât art. 257 a devenit art. 248 – termenul a fost redus la 1 an în materie civilă și 6 luni în materie „comercială” și în materia executării silite (art. 389 C. pr. civ. 1865).

Codul de Procedură Civilă – Noul Cod de Procedură Civilă, denumit în continuare Codul, a fost republicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 247 din 10 aprilie 2015, în temeiul art. XIV din Legea nr. 138 din 2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134 din 2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 753 din 16 octombrie 2014, dându-se textelor o nouă numerotare. Printre obiectivele² elaborării Codului, s-au numărat atât modernizarea reglementării raporturilor juridice civile, cât și reglementarea unitară și detaliată a drepturilor persoanelor și apărării acestora și a materiei obligațiilor în concordanță cu tendințele europene în domeniul contractelor.

În cuprinsul NCPC a fost inserat art. 423, potrivit căruia *orice cerere adresată unei instanțe și care a rămas în nelucrare timp de 10 ani se perimă de drept, chiar în lipsa unor motive imputabile părții. Dispozițiile art. 420 se aplică în mod corespunzător.*

Sancțiunea perimării instanței asigură închiderea definitivă a cererilor cu care au fost învestite instanțele de judecată și care în mod nejustificat au rămas în evidența celor din urmă pentru perioade mari de timp, fără ca reclamantul să mai îndeplinească vreun demers

¹ Codul Civil a fost decretat la 26 noiembrie 1864, promulgat la 4 decembrie 1864 și pus în aplicare la 1 decembrie 1865. Art. 1891 prevedea că: *Instanțele începute și delăsate se vor prescrie, în lipsa de cerere de preemțiune, prin 30 ani socotiți de la cel după urmă act de procedură, oricare ar fi termenul de prescripție al acțiunilor în urma cărora se vor fi început acele instanțe.* Legea nr. 394/1943 pentru accelerarea judecăților în materie civilă și comercială, în vigoare de la 15.09.1943 până la 01.03.1948, fiind abrogat(ă) prin Legea nr. 18/1948 și înlocuit(ă) parțial de Codul de Procedură Civilă din 1865, prevedea în art. 64: *Perimarea în condițiunile prevăzute de art. 257 procedură civilă, operează deplin drept. După expirarea termenului de perimare, orice act de procedură rămâne inoperant. Perimarea se poate constata la cererea părții interesate sau din oficiu. Ea poate fi propusă și pe cale de excepțiune. Perimarea operează și în procesele în care procedura se îndeplinește din oficiu, dacă nu s-a stăruit în fixarea termenului de judecată.*

² Aceste deziderate sunt incluse, de altfel, în expunerea de motive ce a stat la baza proiectului acestui act normativ, punctul 1.1. prezentând foarte clar că: *„Noul Cod de procedură civilă reprezintă continuarea firească a reformei sistemului judiciar românesc, o consecință rațională a intrării în vigoare a noului Cod civil. Reglementarea procesual-civilă creează cadrul de valorificare pe calea justiției a noilor norme de drept material, stabilind organele, formele și mijloacele procedurale necesare aplicării acestora. Reforma de substanță adusă dreptului material și interdependența organică dintre norma substanțială și cea procedurală au făcut necesară crearea unui instrument juridic adecvat în materie procedurală – noul Cod de procedură civilă – care să dea eficiență acestei reforme, introducând standarde ce corespund exigențelor unei instituții moderne, rapide, apropiate de justițiabil.”*

(act de procedură) în vederea soluționării cauzei ori să mai manifeste interes față de stadiul acestora.

A fost instituită așadar, o perimare specială – perimarea instanței, care se diferențiază de perimarea cererii prin faptul că: perimarea instanței intervine ca sancțiune independent de cauzele care au determinat rămânerea procesului în nelucrare, fără legătură cu vreo culpă a părții; acest gen de perimare vizează toate cererile adresate instanței, iar termenul de perimare este de 10 ani datorită regimului sancționator mai permisiv; la împlinirea termenului de 10 ani, perimarea specială a instanței, intervine chiar și atunci când nu și-a putut produce efecte perimarea cererii. Instituția perimării speciale a instanței este guvernată de aceleași reguli procedurale privind invocarea, soluționarea și producerea efectelor ca și cea a perimării cererii.

1. Perimarea specială a instanței și disp. art. 46 alin. 1³ din Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989

Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că suspendarea judecării cauzei în temeiul art. 47 alin. (1)⁴ din Legea nr. 10/2001, în vederea soluționării pe cale administrativă a notificării, își produce efectele până când decizia emisă în aplicarea acestei legi a rămas irevocabilă, nefiind contestată de partea îndreptățită la restituire. De la acest moment, suspendarea încetează, iar termenul de perimare își reia cursul său firesc, părțile implicate în judecarea procesului având obligația, în termenul de un an prevăzut de art. 248 alin. (1) VCPC, de a încunoștința instanța despre rămânerea irevocabilă a deciziei prin care a fost soluționată, pe cale administrativă, cererea de restituire în natură a imobilului. (*Decizia nr. 5632 din 4 decembrie 2013 pronunțată în recurs de Secția I civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect perimare recurs*).

Potrivit dispozițiilor art. 248, alin. (1) C. pr. civ. 1865, orice cerere de chemare în judecată, contestație, apel, recurs, revizuire, se perimă de drept în termen de un an, dacă a rămas în nelucrare din vina părții. Reținem că, potrivit art. 250, alin. (1) C. pr. civ., cursul perimării este suspendat atâta timp cât dănuiește suspendarea judecării, pronunțată de instanță în cazurile prevăzute de art. 244, precum și în alte cazuri stabilite de lege, ***dacă suspendarea nu este cauzată de lipsa de stăruință a părților în judecată.***

Într-o opinie, se poate susține că suspendarea s-a dispus într-unul din cazurile prevăzute de lege, respectiv de Legea nr. 10/2001 și că existența unei cauze prevăzute de lege nu este însă suficientă pentru suspendarea cursului perimării. Potrivit dispozițiilor citate în precedent, ***mai este necesar și ca această suspendare – deși prevăzută de lege – să nu fie cauzată de lipsa de stăruință a părților în judecată.***

Nu în ultimul rând, trebuie avută în vedere și împrejurarea că există încă pe rolul instanțelor, cauze suspendate în anii 2001-2001, deci aflate în suspendare de peste treisprezece ani, evident cu încălcarea principiului celerității, principiu general reglementat

³ Art. 46. – (1) Prevederile prezentei legi sunt aplicabile și în cazul acțiunilor în curs de judecată, persoana îndreptățită putând alege calea aceste legi, renunțând la judecarea cauzei sau solicitând suspendarea cauzei. (2) În cazul acțiunilor formulate potrivit art. 45 și 47, procedura de restituire începută în temeiul prezentei legi este suspendată până la soluționarea acelor acțiuni prin hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă. Persoana îndreptățită va înștiința de îndată persoana notificată, potrivit art. 22 alin. (1). (3) În cazul în care persoanei îndreptățite i s-a respins, prin hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă, acțiunea privind restituirea în natură a bunului solicitat, termenul de notificare prevăzut la art. 22 alin. (1) curge de la data rămânerei definitive și irevocabile a hotărârii judecătorești.

⁴ În prezent acest articol a devenit, prin renumerotare, art. 46 din Legea nr. 10/2001.

și de vechiul cod de procedură civilă, reglementare care nu conține însă un termen maxim bine delimitat. Aceste situații în care se regăsesc în mod real aproape 10.000 de justițiabili sunt, în mod evident, străine celerității judecării cauzei, această celeritate având ca scop tocmai înlăturarea incertitudinii în care se găsesc părțile, prin restabilirea cât mai curând posibil a drepturilor încălcate și prin reinstaurarea legalității, care trebuie să guverneze toate raporturile juridice într-un stat de drept, ceea ce constituie garanția unui proces echitabil.

2. Aplicație de ordin practic

Pe rolul Tribunalului București, Secția a IV-a Civilă, a fost identificat dosarul nr. 730/3/2001 (96/2001), având ca obiect revendicare imobiliară, suspendat la cererea reclamantelor în data de 29.11.2002 în baza art 47 alin. (1) din Legea nr. 10/2001. Pârâțul a încercat în mod repetat repunerea pe rol a cauzei⁵, lovindu-se de soluții repetate de respingere, insuficient motivate, pe fondul unor suspiciuni că la momentul de față, cel mai probabil reclamantele nu mai sunt în viață, mandatarul lor a murit, acest din urmă fapt fiind un lucru cert etc. *Acest dosar apare și în Raportul Inspecției Judiciare privind rezultatul activității de monitorizare a dosarelor mai vechi de 10 ani aflate pe rolul instanțelor judecătorești în semestrul I al anului 2015⁶, aprobat în ședința Secției pentru judecatori a Consiliului Superior al Magistraturii, din data de 21 ianuarie 2016.* Monitorizarea vizează respectarea dispozițiilor legale privind soluționarea cu celeritate a cauzelor în scopul creșterii gradului de responsabilizare a judecătorilor.

Soluția păstrării cauzei pe rol apreciem că este contrară inclusiv art. 6 din convenția EDO care garantează dreptul la un proces echitabil. Aceste dispoziții cu valoare de principiu garantează oricărei părți – așadar și pârâțului și intervenientului – nu numai reclamantului, dreptul la un proces corect. Or, în această speță lăsarea în nelucrare un timp atât de

⁵ În sprijinul tezei cum că lăsarea cauzei în nelucrare de la 29.11.2002 până în prezent (peste 13 ani) este străină dezideratului celerității procesului civil și totodată dreptului la un proces echitabil reținem inclusiv disp. art. 423 NCPC. Astfel, potrivit acestor dispoziții legale, perimarea instanței operează în orice cerere lăsată în nelucrare timp de 10 ani, cu consecința perimării de drept chiar în lipsa unor motive imputabile părții. Este real că aceste dispoziții nu se aplică litigiului de față, însă intenția legiuitorului de a institui o perimare specială (denumită de legiuitor *perimarea instanței*) cu un termen de 10 ani, este un argument în plus în sprijinul ideii că lăsarea în nelucrare a pricinii de față timp de peste 13 ani este inacceptabilă și contrară principiului securității juridice. *Practic dacă am accepta o teză contrară ar însemna ca această cauză să rămână pe rol la nesfârșit.*

⁶ Potrivit comunicatului CSM, *printre cauzele care au determinat prelungirea excesivă a duratei soluționării cauzelor se află modificarea în timp a componenței completelor de judecată, parcurgerea mai multor cicluri procesuale, administrarea cu întârziere a expertizelor tehnice sau a unui probatoriu complex, declinări de competență, strămutarea unor dosare, suspendarea judecării pentru perioade mari de timp, admiterea căilor extraordinare de atac la un interval mare de timp de la data soluționării inițiale a cauzei, neefectuarea verificărilor cu privire la dosarele suspendate, lipsa rolului activ al instanțelor, acordarea unor termene de judecată cu o durată mare sau neadaptată motivelor de amânare, amânarea succesivă a pronunțării, precum și motivarea cu întârziere a hotărârilor judecătorești.* Secția pentru judecatori apreciază că o durată excesivă a procedurii judiciare poate aduce atingere dreptului la un proces echitabil al părților. Prin urmare, aceste cauze trebuie să beneficieze de atenția sporită a judecătorilor prin acordarea unor termene scurte și dispunerea tuturor măsurilor procedurale care să contribuie la accelerarea judecării. Începând cu anul 2012, activitatea de monitorizare a dosarelor care înregistrează o vechime în sistemul judiciar mai mare de 10 ani a reprezentat o activitate cu caracter permanent a Inspecției Judiciare. Monitorizarea vizează respectarea dispozițiilor legale privind soluționarea cu celeritate a cauzelor în scopul creșterii gradului de responsabilizare a judecătorilor”, a precizat reprezentantul Consiliului Superior al Magistraturii.

îndelungat a cauzei este străină caracterului echitabil al procesului, întrucât prejudiciază subdobânditorul bunului revendicat, prin aceea că existența litigiului pe rol echivalează practic cu scoaterea bunului din circuitul civil. Atâta timp cât dreptul de proprietate asupra imobilului este un drept litigios, orice act de dispoziție asupra aceluiași imobil este paralizat.

2.1. Probleme de neconstituționalitate sau carențe în lege?

În condițiile descrise anterior, se aduce în dezbatere o problemă foarte serioasă, a cărei soluționare constă în analiza constituționalității art. 3 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, potrivit căreia *(1) Dispozițiile Codului de procedură civilă se aplică numai proceselor și executărilor silită începute după intrarea acestuia în vigoare. (2) Procesele începute prin cereri depuse, în condițiile legii, la poștă, unități militare sau locuri de deținere înainte de data intrării în vigoare a Codului de procedură civilă rămân supuse legii vechi, chiar dacă sunt înregistrate la instanță după această dată.* Urmează a se verifica dacă principiul neretroactivității legii procesual civile – cu referire la primirea acțiunii civile – este compatibil cu art. 6 din convenția EDO⁷ care garantează dreptul la un proces echitabil⁸, dar și dacă justițiabilii care se judecă potrivit legii vechi nu cumva sunt discriminați în raport de cei care se judecă sub imperiul legii noi și căreia li se aplică privilegiul perimării speciale în termen de 10 ani. Potrivit art. 21 din Constituția României, orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime, părțile având dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil. Introduse prin legea de revizuire a Constituției nr. 429/2003, prevederile referitoare la termenul rezonabil de soluționare a cauzelor reprezintă o regulă preluată în mod direct din Convenția europeană a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, care, astfel cum înșiși autorii legii de revizuire au învederat la acea vreme, s-a dorit a reprezenta o garanție a „faptului că justiția, ca serviciu public, asigură apărarea drepturilor și libertăților cetățenilor, cu eliminarea oricăror mijloace șicanatorii și târăgăneli (...), mijloace prin care se încalcă drepturile justițiabilului și se compromite calitatea actului de justiție”. Dispoziții similare sunt

⁷ Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, elaborată în cadrul Consiliului Europei, deschisă pentru semnare la Roma, la 4 noiembrie 1950, a intrat în vigoare în septembrie 1953. În spiritul autorilor săi, este vorba de luarea primelor măsuri menite să asigure garantarea colectivă a unora dintre drepturile enumerate în *Declarația universală a drepturilor omului din 1948*. Convenția consacră, pe de o parte, o serie de drepturi și libertăți civile și politice și stabilește, pe de altă parte, un sistem vizând garantarea și respectarea de către statele contractante a obligațiilor asumate de acestea. Prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994, publicată în Monitorul Oficial nr. 135 din 31 mai 1994, România a ratificat *Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului, precum și Protocoalele adiționale la aceasta nr. 1, 4, 6, 7, 9, 10*. Conform prevederilor cuprinse în art. 11 și 20 din Constituție, Convenția și Protocoalele ei adiționale au devenit parte integrantă a dreptului intern, având prioritate față de acesta, altfel spus Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și protocoalele adiționale au devenit izvor de drept intern obligatoriu și prioritar, ceea ce, în plan național, are drept consecință imediată aplicarea convenției și protocoalelor de către instanțele judecătorești române, iar în plan internațional acceptarea controlului prevăzut de Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului cu privire la hotărârile judecătorești naționale.

⁸ Judecarea procesului într-un termen rezonabil are ca scop înlăturarea incertitudinii în care se află părțile prin restabilirea, cât mai curând posibil, a drepturilor încălcate și prin reinstaurarea legalității, care trebuie să guverneze toate raporturile juridice într-un stat de drept, ceea ce constituie o garanție a unui proces echitabil. De exemplu, CEDO a constatat în cauza *Corabian c. României*, încălcarea articolului 6 alin. 1 (dreptul la un proces echitabil) din Convenție și respectiv a art. 1 din Primul Protocol Adițional (dreptul la respectarea bunurilor) la Convenție. Alt caz în care s-a constatat o astfel de încălcare a fost *Abramiuc c. României*.

prevăzute și în Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, care în art. 10 prevede faptul că toate persoanele au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil, de către o instanță imparțială și independentă, constituită potrivit legii.

Rezultatul care se desprinde din aplicarea *stricto sensu* a normativului în vigoare, evidențiază o situație diferită în care se regăsesc cetățenii în funcție de reglementarea aplicabilă potrivit principiului *tempus regit actum*, neputând fi privită de către instanțe ca o încălcare a dispozițiilor constituționale, invocându-se adesea de către judecători, Decizia Curții Constituționale nr. 1541/2010. De remarcat că se motivează hotărâri judecătorești în această argumentare, cu toate că Decizia enunțată este anterioară Legii nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă.

Respectarea egalității în drepturi, precum și a obligației de nediscriminare, presupune luarea în considerare a tratamentului pe care legea îl prevede față de cei cărora li se aplică în decursul perioadei în care reglementările sale sunt în vigoare, tratament juridic care nu poate fi diferit.

În esență, neconstituționalitatea unui text legal nu se poate pretinde prin simpla comparație dintre reglementarea veche și cea nouă. O altă Decizie a Curții Constituționale care este des invocată atunci când se aduce în dezbatere neconstituționalitatea textului de lege la care ne referim, este Decizia nr. 1038/2010⁹, însă trebuie să subliniem că din nou, Decizia este anterioară Legii nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă.

3. Concluzii

Este posibil ca problema aflată în dezbatere în acest studiu, mai exact această diferență de tratament juridic rezultată în urma modificării codului de procedură civilă, să nu reprezinte o problemă de constituționalitate, ci una de succesiune în timp a legii ce se aplică numai pentru viitor¹⁰? Astfel, ori de câte ori o lege nouă modifică dispozițiile legale anterioare cu privire la anumite raporturi sociale, toate efectele produse înainte de intrarea ei în vigoare nu mai pot fi modificate ca urmare a adoptării noii reglementări¹¹.

S-a remarcat și o ineficiență a aplicabilității/implementării directe a prevederilor convenționale și a jurisprudenței CEDO în absența unei reglementări exprese în cazul

⁹ Curtea Constituțională a stabilit la nivelul anului 2010, că nu se poate vorbi despre discriminare în ipoteza în care, prin jocul unor prevederi legale – așadar, inclusiv prin succesiunea în timp a unor acte normative – anumite persoane pot ajunge în situații defavorabile, apreciate astfel în mod subiectiv, prin prisma propriilor lor interese, neprecizând însă care este limita dintre „propriile interese,” și interesul legal ce rezultă din apărarea unui drept constituțional, ocrotit de lege, așa cum este dreptul de proprietate al dobânditorului de bună credință.

¹⁰ Dacă răspunsul este afirmativ, de ce legiuitorul, spre exemplu, prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, a prevăzut în Art. XXVI următoarele: „Dispozițiile art. 26 alin. (3) din Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945—22 decembrie 1989, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precum și cu cele aduse prin prezenta lege, ale art. 132 alin. (9) din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precum și cu cele prin prezenta lege, precum și ale art. 4 alin. (6) și art. 5 alin. (1) și (2) din Legea nr. 221/2009 privind condamnările cu caracter politic și măsurile administrative asimilate acestora, pronunțate în perioada 6 martie 1945—22 decembrie 1989, cu modificările și completările ulterioare, precum și cu cele aduse prin prezenta lege, se aplică și proceselor aflate în curs de soluționare în prima instanță dacă nu s-a pronunțat o hotărâre în cauză până la data intrării în vigoare a prezentei legi?”

¹¹ Decizia nr. 1105/2011 a Curții Constituționale.

nerezonabilității duratei de soluționare a procedurilor, argument care ne determină să apreciem că aspectele relative la acțiunile justițiabililor în situația prelungirii excesive a soluționării cauzelor, este o problemă fundamentală a sistemului juridic român, iar problema sesizată prin acest studiu, aduce în prim-plan o exigență obligatorie în vederea asigurării dreptului la un proces echitabil.

În acest context, în măsura în care vechea reglementare nu stabilea un termen limită care să întrerupă efectele perimării, apreciem că este atât obligația instanțelor judecătorești (care trebuie să își asume rolul important al practicii judiciare), cât și obligația legiuitorului de a reglementa această carență a noului cod de procedură civilă rezultată din procesul de aplicare a legii (fără ca prin aceasta să fie încălcată egalitatea în drepturi a cetățenilor), carență evidentă, în fața căreia instanțele învestite și-au dovedit neputința, deși în general, practica judiciară are rolul de a rezolva și astfel de situații.

CONSIDERAȚII PRIVIND ÎNCUVIINȚAREA EXECUTĂRII SILITE ÎN LUMINA REGLEMENTĂRIILOR ACTUALE ALE CODULUI DE PROCEDURĂ CIVILĂ*

*Claudiu Ramon BUTCULESCU***

Abstract:

This paper examines some aspects of enforcement viewed from the perspective of Civil Procedure Code regulations in force. After the latest legislative changes, through art. 666 of the Civil Procedure Code bailiff competence to approve enforcement was established. Later, this modification was later declared unconstitutional in turn, and until the beginning of February 2016, the text was considered unconstitutional. After the Emergency Ordinance no. 1/2016, the text was amended to respect the Romanian Constitution. The paper analyzes the effects of legislative changes, which transferred from the sphere of competence of the judiciary to bailiff duties the permission of enforcement, as well as some aspects of how the respective laws were applied in judicial practice.

Keywords: *enforcement, constitutionality, permission of enforcement*

Rezumat:

Prezenta lucrare analizează unele aspecte referitoare la încuviințarea executării silite privită prin prisma reglementărilor codului de procedură civilă în vigoare. După ultimele modificări legislative, prin art. 666 din codul de procedură civilă s-a instituit competența executorului judecătoresc de a încuviința executarea silită, modificare care ulterior a fost declarată neconstituțională, astfel încât până la începutul lunii februarie 2016, textul reglementat de art. 666 era neconstituțional. Ulterior, prin O.U.G. nr. 1/2016, textul menționat a fost modificat astfel încât să respecte Constituția României. În cadrul lucrării sunt analizate efectele modificărilor legislative, care au transferat din sfera puterii judecătorești în competența executorului judecătoresc atribuțiile privind încuviințarea executării silite, precum și unele aspecte privind modul în care dispozițiile legale respective au fost aplicate în practica judiciară.

Cuvinte-cheie: *executare silită, constituționalitate, încheiere de încuviințare a executării silite*

Aspecte introductive

Executarea silită este o instituție juridică importantă în cadrul procesului civil, mai ales datorită dinamicii economico-sociale actuale. La o distanță de trei ani de la intrarea în

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; lector universitar, Universitatea „Spiru Haret”, București, e-mail: butculescu@yahoo.com

vigoare a Codului de procedură civilă actual, este necesară o analiză a modului în care prevederile acestuia s-au implantat în structura sistemului juridic și efectele pe care dispozițiile codului le-au avut asupra sistemului judiciar. La data de 15.02.2013, respectiv la momentul intrării în vigoare a Codului de procedură civilă, acesta era menit să asigure o mai mare celeritate a proceselor și o organizare mai eficientă a acestora. Printre instituțiile care au fost modificate ca urmare a intrării în vigoare a Codului de procedură nou se numără și executarea silită. Aceasta este o fază fundamentală a procesului civil, ce reprezintă transmutarea elementelor teoretice și abstracte, conturate în prima fază a procesului civil în aspecte concrete, ce țin de executarea drepturilor subiective civile. De regulă, executarea obligațiilor se realizează de bună voie, în caz de excepție, putându-se face apel la forța coercitivă a statului, care prin concursul său să oblige debitorul rău platnic să-și achite obligațiile. Toate aceste aspecte reprezintă proiecții ale activității de aplicare a dreptului, având în vedere că hotărârile judecătorești trebuie considerate drept veritabile acte jurisdicționale de aplicare a dreptului¹, acte care la rândul lor trebuie să îndeplinească cerințe de conținut și formă care variază de la o categorie de norme juridice la alta, de la o ramură de drept la alta². Aplicarea dreptului nu poate reprezenta decât activitatea specialistului în drept de a individualiza în raport de prevederile legale, situația concretă juridică pe care o analizează. În literatura de specialitate s-a arătat că, aplicând legea, juristul parcurge drumul de la generalul, reprezentat de norma juridică, la individualul, reprezentat de faptul concret³. Având în vedere efectele dramatice pe care le poate produce începerea unei proceduri de executare silită, în sensul că o asemenea procedură va genera efecte psihosociale negative asupra debitorului, familiei sale etc., legiuitorul întotdeauna a impus o rigurozitate specifică și distinctă în ceea ce privește aplicarea acestei proceduri. De la executarea imobiliară, care presupune scoaterea la licitație a bunurilor imobile, urmată de adjudecarea acestora, precum și cea mobilă, caracterizată în marea majoritate a cazurilor prin popriri bancare, toate aceste forme de executare sunt strict reglementate prin codul de procedură civilă.

În ceea ce privește începerea executării silite, inițial în art. 665 din codul de procedură civilă se stabilea că executorul judecătoresc solicită instanței să încuviințeze executarea silită, sens în care va înainta către instanța de judecată, copii certificate de pe cererea creditorului, titlul executoriu, încheierea privind deschiderea dosarului de executare și dovada taxei de timbru.

O asemenea prevedere a avut, fără îndoială, drept scop, asigurarea unor garanții procesuale certe. Astfel, cererea creditorului era supusă unor riguroase analize, chiar dacă doar formale, ceea ce constituia un argument în plus cu privire la asigurarea drepturilor părților implicate. Necesitatea unui control judiciar cât se poate de strict este necesară atât în raport de efectele încheierii de încuviințare silită, care practic deschid pentru creditor căile de executare silită a debitorului, dar și în raport de mijloacele procesuale de apărare ale debitorului. Să nu uităm că în ceea ce privește apărarea debitorului, aceasta se realizează în principal prin formularea contestației la executare, contestație care la rândul său este supusă timbrajului judiciar, iar în cazul în care se formulează și o cerere de suspendare a executării silite, contestatorul este dator să depună o cauțiune. Cele două sarcini de natură pecuniară puse în obligația debitorului deseori reprezintă adevărate pietre de încercare pentru acesta, având în vedere că nu întotdeauna debitorul are resursele necesare pentru a

¹ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, ediția 3, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 197

² Mihail Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Sitech, Craiova, 2013, p. 268

³ Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 251

achita aceste sume de bani. Desigur că în cazul taxei judiciare de timbru există posibilitatea formulării unei cereri de ajutor public judiciar, o asemenea opțiune nefiind însă permisă de practica judiciară în cazul cauțiunii. Într-o cazuistică destul de restrânsă s-a apreciat că cererea de ajutor public judiciar ar putea să aibă ca obiect și scutirea sau reducerea cauțiunii, însă marea majoritate a jurisprudenței consideră o asemenea cerere inadmisibilă. Tocmai pentru aceste considerente, este necesară o analiză riguroasă, care trebuie efectuată în cadrul controlului judecătoresc.

Până la intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 1/2016, în temeiul art. 666 din Codul de procedură civilă, executorul judecătoresc era cel care încuviințează executarea silită, prin încheiere. Astfel, prin modificarea legislativă, s-a avut în vedere o reducere a gradului de încărcare al instanțelor, în raport de dinamica tot mai accentuată a cererilor de executare silită. În ultimii ani, se poate remarca o creștere semnificativă a executărilor silită, ceea ce a determinat o creștere a gradului de încărcare a instanțelor de judecată cu cereri de încuviințare a executării silită.

Aspecte juridice anterioare intrării în vigoare a Codului actual de procedură civilă

Așa cum s-a arătat în doctrină⁴, reglementările anterioare ale codului de procedură civilă prevedeau două proceduri distincte, respectiv procedura investirii cu titlu executoriu și procedura încuviințării executării silită. Încercarea de a transfera atribuțiunile instanței de judecată în puterea executorului judecătoresc are un trecut mai larg, în sensul că încă din anul 2007, s-a încercat adoptarea unei asemenea soluții legislative. Prin Legea nr. 459 din 2006 s-a încercat simplificarea procedurilor execuționale prin eliminarea încuviințării executării silită de către instanța de judecată. În reglementarea veche, așa cum s-a arătat și în doctrină, executorul putea să treacă la executare fără a mai obține încuviințarea executării silită din partea instanței⁵. Intervenția Curții Constituționale a fost însă categorică, prin pronunțarea deciziei nr. 458/2009, prin care s-a dispus că modificarea Codului de procedură civilă, în sensul înlăturării controlului judecătoresc asupra începutului executării silită are caracter neconstituțional și încalcă drepturile omului și libertățile fundamentale. Instanța de judecată a fost și trebuie să rămână un actor deosebit de important în cadrul procedurilor execuționale, prin care aceasta controlează și îndrumă activitatea executorului judecătoresc⁶, controlând inclusiv începerea executării silită.

Reglementarea încuviințării executării silită privită prin prisma actualului cod de procedură civilă

Încuviințarea executării silită se regăsește reglementată în art. 666 al Codului de procedură civilă, textul fiind inițial reglementat prin art. 655, ulterior prin art. 665, pentru ca în prezent, în urma numerotării să se regăsească în cuprinsul articolului menționat la începutul paragrafului.

În varianta inițială a Codului de procedură civilă, publicat în anul 2010, la art. 656 se prevedea că cererea de executare este supusă încuviințării executării silită, de către instanța de executare, arătându-se în acest sens că „în termen de maximum 3 zile de la înregistrarea

⁴ Gabriel Boroi și alții, *Noul Cod de procedură civilă*, vol. II, art. 527-1133, Ed. Hamangiu, București, 2013 p. 148

⁵ Mihaela Tăbărcă, Gheorghe Buta, *Codul de procedură civilă, comentat și adnotat cu legislație, jurisprudență și doctrină*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 1189

⁶ Ion Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 527

cererii, executorul judecătoresc va solicita să se dispună încuviințarea executării de către instanța de executare”, căreia îi va înainta, în copie certificată de executor pentru conformitate cu originalul, cererea creditorului, titlul executoriu, încheierea de deschidere a procedurii executării silite și dovada taxei de timbru.” Ca urmare a modificării Codului de procedură civilă și republicării acestuia, întregul cod a fost renumerotat, iar încuviințarea executării silite a fost încadrată la art. 665 din Codul de procedură civilă, fără să fie afectată competența instanței de a se încuviința executarea silită. Prin Legea nr. 138/2014, competența de a încuviința executarea silită a fost transferată din cadrul puterii judecătorești, către executorii judecătorești, art. 665, alin. (2) statuând fără echivoc faptul că „*Executorul judecătoresc se pronunță asupra încuviințării executării silite, prin încheiere, fără citarea părților. Motivarea încheierii se face în cel mult 7 zile de la pronunțare.*”. În expunerea de motive s-a menționat că această prevedere a fost justificată de creșterea volumului de activitate al instanțelor de executare din cauza numărului mare de cereri. Ulterior, ca urmare a republicării și renumerotării Codului de procedură civilă, art. 665 a devenit art. 666, având conținutul neschimbat. Ca urmare a pronunțării deciziei nr. 895/17.02.2015, conținutul modificat al articolului precizat mai sus a fost declarat neconstituțional. Instanța de contencios constituțional a stabilit că legiuitorul „*nu poate încălca exigențele constituționale stabilite prin deciziile anterioare ale Curții Constituționale, ci trebuie să găsească alte modalități de rezolvare ale dificultăților întâmpinate în practică, în acord cu Constituția.*” Totodată, Curtea constituțională a stabilit că prin delegarea activității de înfăptuire a justiției către executorul judecătoresc, au fost nesocotite cele stabilite prin Decizia Curții Constituționale nr. 458/2009, precum și prevederile art. 21, alin. (3) și art. 124, precum și art. 147, alin. (4) din Constituția României. Curtea Constituțională a mai statuat că efectele acestei decizii nu se aplică în privința procedurilor de executare încuviințate până la data publicării sale, dar se aplică în cazul contestațiilor la executare formulate împotriva încheierii de încuviințare a executării silite, aflate pe rolul instanțelor judecătorești, precum și în cazul dosarelor aflate pe rol în care a fost invocată excepția de neconstituționalitate. În final, prin O.U.G. nr. 1/2016, s-a restabilit competența instanței de judecată de a încuviința executarea silită. Prin același act normativ, s-au reluat cele statuate cu privire la efectele deciziei nr. 895/17.02.2015 a Curții Constituționale, referitor la aplicabilitatea acesteia, precum și la faptul că din ziua publicării deciziei, competența executorilor judecătorești încetează.

Sintetizând, în prezent, încuviințarea executării silite este reglementată de art. 666, alin. (1) și (2) care stipulează că „*executorul judecătoresc va solicita încuviințarea executării de către instanța de executare*”, iar instanța de executare se „*soluționează în termen de maximum 7 zile de la înregistrarea acesteia la instanță, prin încheiere dată în camera de consiliu, fără citarea părților. Pronunțarea se poate amâna cu cel mult 48 de ore, iar motivarea încheierii se face în cel mult 7 zile de la pronunțare.*” Astfel, ca urmare a adoptării acestei soluții legislative, impusă de către Curtea Constituțională a României, încuviințarea executării silite a reintrat, așa cum de altfel era și normal, în atribuțiile și în sfera de competență a puterii judecătorești.

Concluzii

La peste trei ani de la intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă, am putea spune că „*Toate-s vechi și nouă toate*”, așa cum afirma marele poet al românilor, în cunoscuta sa poezie, *Glossă*. Încuviințarea executării silite a pendulat, cel puțin în ultimii ani, în mai multe rânduri, din perspectiva competenței, între instanță și executorul judecătoresc. Legiuitorul

român a încercat prima dată în 2006 să transfere această competență către executorii judecătorești, dar intervenția Curții Constituționale a readus această competență acolo unde trebuie să fie, respectiv în competența instanțelor de judecată. Ulterior, competența instanței de a încuviința executarea silită a fost păstrată și în varianta inițială a noului Cod de procedură civilă. Doar mai târziu, legiuitorul a încercat să delege din nou această atribuțiune către executorul judecătoresc, iar reacția de altfel previzibilă a Curții Constituționale nu s-a lăsat foarte mult așteptată. În mod cert, aceste modificări ale Codului de procedură civilă nu pot produce efecte pozitive asupra sistemului juridic. În primul rând, acest lanț de modificări a produs incertitudine, atât la nivelul operatorilor dreptului, cât și în ceea ce privește percepția publicului cu privire la înfăptuirea actului de justiție. De asemenea, transferul atribuțiilor judecătorești către executorul judecătoresc este de natură de a șubrezi aparența de legitimitate a actelor de executare silită. Așa cum am arătat mai sus, în cuprinsul lucrării, începerea executării silite constituie un moment dramatic, din punct de vedere psihologic, pentru marea majoritate a debitorilor, care nu sunt întotdeauna de rea credință. Dramatismul acestor acte crește cu atât mai mult cu cât ne aflăm în prezența unor acte de executare imobiliară, soldate cu scoaterea la licitație a unor imobile și chiar evacuarea debitorilor din locuințe. În asemenea condiții, este imperativ să se asigure o cât mai precisă garanție procesuală pentru toate părțile, pentru împiedicarea și prevenirea oricărui abuz procesual sau procedural. Această garanție este cu atât mai necesară cu cât mijloacele de apărare ale debitorului sunt strict limitate prin lege și deosebit de costisitoare. Din cele arătate mai sus, considerăm că în privința încuviințării executării silite, legiuitorul a ales inițial o soluție constituțională, care să ofere suficiente garanții procesuale, incluzând în sfera controlului judecătoresc încuviințarea executării silite. Din nefericire, invocând motive legate de aglomerarea instanțelor, același legiuitor a adoptat o soluție neconstituțională, care a avut efecte nefericite în cadrul procesului execuțional. Într-un final, ca urmare a intervenției Curții Constituționale, echilibrul procesual a fost restabilit, iar controlul judecătoresc asupra actelor de executare a fost reîntregit. Măsura legislativă adoptată prin Legea nr. 138/2014 a fost una eronată, cu atât mai mult cu cât asupra aspectelor de drept incidente deja exista o altă hotărâre anterioară a Curții Constituționale, care stipula în mod clar că măsura legislativă prin care se delegea competența de încuviințare de la instanța de judecată, către executorul judecătoresc este una profund neconstituțională.

Rezumând cele arătate anterior, se poate considera că printre aspectele negative legate de reglementările codului de procedură civilă în vigoare se pot enumera: a) inconsistența legislativă, în sensul că instituția executării silite a suferit mai multe modificări legislative, din care unele erau vizibil neconstituționale; b) incertitudinea juridică, dată de numărul relativ mare de modificări într-un timp destul de scurt; c) fracționarea controlului judecătoresc, ca urmare a delegării unora dintre competențele instanțelor către executorii judecătorești. În ceea ce privește aspectele pozitive, putem remarca răspunsul destul de prompt la decizia Curții Constituționale nr. 895/2015, în sensul că legiuitorul a intervenit rapid prin readucerea conținutului art. 666 la înțelesul avut anterior, prin adoptarea O.U.G. nr. 1/2016. Nu poate fi trecut cu vederea foarte ușor faptul că pentru o perioadă de aproximativ 1 an și două luni, executarea silită a început, în toate dosarele de executare din România prin încheieri de executare pronunțate în temeiul unui text neconstituțional.

În concluzie, deși reglementarea instituției juridice analizate a fost modificată de mai multe ori, nu putem vorbi despre modificări pozitive, care să fi atenuat vreun efect negativ produs de reglementările inițiale. Nici gradul de aglomerare al instanțelor nu a fost redus în mod semnificativ, cu atât mai mult cu cât marea majoritate a încheierilor pronunțate de

către executorul judecătoresc au făcut sau fac obiectul controlului judecătoresc, pe calea contestației la executare. În ceea ce privește modificările legislative, putem observa că acestea au avut un caracter neconstituțional, iar la aproape trei ani de la intrarea în vigoare a codului, prin Ordonanță de urgență, s-a revenit la textul inițial. În asemenea, condiții, este necesară stabilirea unui cadru clar și cert privind încuviințarea executării silite, care de asemenea să rămână fixat în cadrul legislativ actual, ceea ce îi va conferi validitate, certitudine, coerență și validitate juridică.

Bibliografie:

1. Bădescu Mihail, Teoria generală a dreptului, Editura Sitech, Craiova, 2013
2. Boroș Gabriel și alții, Noul Cod de procedură civilă, vol. II, art. 527-1133, Editura Hamangiu, București, 2013
3. Deleanu Ion, Tratat de procedură civilă, vol. II, ed. 2, Editura C.H. Beck, București, 2007
4. Popa Nicolae, Teoria generală a dreptului, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2008
5. Popescu Sofia, Teoria generală a dreptului, Editura Lumina Lex, București, 2000
6. Tăbârcă Mihaela, Buta Gheorghe, Codul de procedură civilă, comentat și adnotat cu legislație, jurisprudență și doctrină, Editura Universul Juridic, București, 2007

ANALIZA MOTIVELOR PENTRU CARE POATE FI RESPINSĂ CEREREA DE ÎNCUVIINȚARE A EXECUTĂRII SILITE DE CĂTRE INSTANȚA DE EXECUTARE

Nicolae-Horia ȚIȚ*

Abstract:

The approval of enforcement procedure involves the verification by the enforcement court, on the bailiff's request, of the conditions provided for by law to trigger execution. These include conditions relating to the enforcement order, given that the approval of enforcement procedure includes the enforcement declaration. The article analyzes the reasons that the court may reject the application for declaration of enforcement, governed by art. 666 par. 5 Civil Procedure Code: competence of the enforcement officer, the enforceability of the judgment or, where applicable, the document submitted with the application for enforcement by the creditor, eligibility form or other requirements prescribed by law for securities enforcement, other than judicial decisions, certain, liquid and payable nature of the claim, immunity from execution of the debtor, the possibility to comply with the provisions of the title by ways of enforcement and the existence of other impediments in relation to enforcement.

Keywords: *enforcement procedure, approval, enforcement instance, enforcement officer, competence, claim, impediment*

Rezumat:

Procedura de încuviințare a executării silite presupune verificarea de către instanța de executare, sesizată de executorul judecătoresc învestit de către creditor, a condițiilor prevăzute de lege în vederea declanșării executării silite. Acestea includ condițiile referitoare la titlul executoriu, având în vedere că procedura de încuviințare a executării silite o include pe cea a investirii cu formulă executorie. Articolul analizează motivele pentru care instanța poate respinge cererea de încuviințare a executării silite, reglementate de art. 666 alin. 5 C. pr. civ.: competența organului de executare, caracterul executoriu al hotărârii sau, după caz, a înscrisului depus de creditor odată cu cererea de executare, îndeplinirea condițiilor de formă sau a altor cerințe prevăzute de lege în cazul titlurilor executorii, altele decât hotărârile judecătorești, caracterul cert, lichid și exigibil al creanței, imunitatea de executare a debitorului, posibilitatea aducerii la îndeplinire pe calea executării silite a dispozițiilor titlului executoriu și existența altor impedimente în legătură cu executarea silită.

Cuvinte-cheie: *executare silită, încuviințare, instanță de executare, organ de executare, competență, creanță, impediment*

1. Noțiuni introductive

Activitatea procesuală de executare silită se desfășoară, începând cu momentul sesizării organului de executare cu cererea de executare silită de către creditor (art. 622 alin. 2 C. pr. civ.) printr-o succesiune de acte procedurale, în scopul aducerii la îndeplinire a dispozițiilor

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași; e-mail: horia.tit@gmail.com.

titlului executoriu. Deși legea stabilește în mod expres că executarea silită începe odată cu sesizarea organului de executare, efectuarea actelor de executare silită nu va avea loc decât după încuviințarea executării silite de către instanța de executare, la cererea executorului judecătoresc. Prin O.U.G. nr. 1/2016¹, adoptată ca urmare a Deciziei Curții Constituționale nr. 895/2015², s-a revenit la soluția legislativă consacrată inițial de textul Codului de procedură civilă, respectiv aceea a încuviințării executării silite de către instanța de executare și a înglobării procedurii de investire cu formulă executorie în cea a încuviințării executării silite, ca urmare a declarării neconstituționalității soluției legislative adoptată prin Legea nr. 138/2014, anume aceea a încuviințării executării silite de către executorului judecătoresc³. Argumentele reținute de Curtea Constituțională în acest sens sunt cantonate în două direcții: pe de o parte, pornind de la calificarea fazei de executare silită ca fază a procesului civil, necesitatea existenței unui control prealabil al instanței asupra declanșării procedurii de executare, instanța fiind singura care are atribuții jurisdicționale, spre deosebire de executor, care este reprezentantul puterii executive; pe de altă parte, principiul loialității pe care legiuitorul trebuie să îl respecte, prin raportare la practica anterioară a Curții Constituționale, referitoare la aceeași soluție legislativă adoptată sub imperiul Codului de procedură civilă anterior⁴.

Încuviințarea executării silite se configurează ca o procedură obligatorie, prin intermediul căreia să fie realizat un control al condițiilor declanșării executării silite. Realizarea acestui control constituie o garanție a principiului legalității în faza de executare silită (art. 625 alin. 1 C. pr. civ.), dând posibilitatea instanței de executare să analizeze îndeplinirea mai multor cerințe, de natură intrinsecă sau extrinsecă, formală sau substanțială, referitoare la competența organului de executare, titlul executoriu, creanță, imunitate de executare sau alte cerințe sau impedimente. Procedura de încuviințare a executării silite are o natură necontencioasă, înscriindu-se în categoria dării autorizațiilor judecătorești, prin urmare în cursul acesteia nu vor putea fi verificate sau puse în discuție aspecte referitoare la fondul raportului juridic din care emană titlul executoriu, indiferent dacă acesta are caracter jurisdicțional sau nu⁵.

Procedura de încuviințare a executării silite presupune, așadar, verificarea de către instanța de executare a principalelor condiții prevăzute de lege pentru declanșarea executării silite. Această verificare are loc, ca regulă generală, pe baza titlului executoriu, una dintre principalele componente ale demersului efectuat de judecător în cadrul acesteia fiind legat de stabilirea caracterului executoriu al titlului, respectiv de verificarea condițiilor pentru ca înscrisul depus de către creditor odată cu cererea de executare să constituie titlu executoriu. Ca urmare a încorporării procedurii investirii cu formulă executorie în

¹ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/2016 pentru modificarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și a unor acte normative conexe, publicată în Monitorul Oficial, nr. 85 din 4 februarie 2016.

² Publicată în Monitorul Oficial, nr. 84 din 4 februarie 2016.

³ A se vedea Liviu-Alexandru Viorel, Cătălin Roman, *Încuviințarea executării silite, o temă recurentă*, disponibil pe site-ul <http://www.juridice.ro/426879/incuviintarea-executarii-silite-o-tema-recurenta.html> (vizitat la 29.02.2016).

⁴ Pentru o critică a soluției legislative propusă de Legea nr. 138/2014, critică făcută chiar la momentul publicării proiectului de lege, a se vedea, Nicolae-Horia Țiț, *Câteva considerații asupra proiectului pentru modificarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă*, disponibil pe site-ul <http://www.juridice.ro/307891/cateva-consideratii-asupra-proiectului-pentru-modificarea-legii-nr-1342010-privind-codul-de-procedura-civila.html> (vizitat la 29.02.2016).

⁵ Oprina, E., Gârbuleț, I., *Tratat teoretic și practic de executare silită*, vol. I, *Teoria generală și procedurile execuționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 400.

procedura încuviințării executării silitе, aceasta va fi adăugată în partea finală a încheierii de încuviințare (art. 666 alin. 8 C. pr. civ.), fiind o cerință extrinsecă a tuturor actelor de procedură care vor fi efectuate ulterior (cu consecința că lipsa acesteia va atrage consecința nulității necondiționate a acestor acte, potrivit art. 176 pct. 6 C. pr. civ.)⁶.

În concret, art. 666 alin. 5 C. pr. civ. face referire la șapte categorii de condiții pe care instanța de executare trebuie să le analizeze în cadrul procedurii de încuviințare a executării silitе: competența organului de executare; caracterul executoriu al hotărârii sau înscrisului depus de creditor odată cu cererea de executare silită; îndeplinirea condițiilor de formă prevăzute de lege sau, după caz, a altor cerințe, în cazul titlurilor executorii, altele decât hotărârile judecătorești; caracterul cert, lichid și exigibil al creanței; imunitatea de executare a debitorului; posibilitatea aducerii la îndeplinire prin executare silită a dispozițiilor titlului executoriu; existența altor impedimente prevăzute de lege cu privire la declanșarea sau efectuarea executării silitе. Din formularea părții introductive a art. 666 alin. 5 C. pr. civ. („instanța poate respinge cererea de încuviințare a executării silitе numai dacă...”) rezultă caracterul limitativ al acestor categorii de condiții⁷. Cu toate acestea, raportat la formularea situației de la pct. 7 (existența altor impedimente prevăzute de lege), instanța de executare va avea în vedere orice altă cauză care ar împiedica creditorul să formuleze cererea de executare sau executorul să declanșeze executarea silită (cu excepția prescripției dreptului de a obține executarea silită, așa cum vom arăta și mai jos).

2. Motivele pe care instanța de executare le analizează în cadrul procedurii de încuviințare a executării silitе

2.1. Competența organului de executare

Potrivit art. 666 alin. 5 pct. 1 C. pr. civ., cererea de încuviințare a executării silitе va fi respinsă în cazul în care cererea de executare este de competența unui alt organ de executare decât cel sesizat de creditor. Situația are în vedere verificarea de către instanța de executare atât a regulilor referitoare la competența materială a executorilor judecătorești, prin raportare la alte organe de executare, cât și, în special, la competența teritorială a executorului judecătoresc.

Cu privire la prima chestiune, ca regulă generală, potrivit art. 623 C. pr. civ., executorii judecătorești au plenitudine de competență pentru aducerea la îndeplinire a dispozițiilor cuprinse în titluri executorii, cu excepția celor care au ca obiect venituri datorate bugetului general consolidat sau bugetului Uniunii Europene și bugetului Comunității Europene a Energiei Atomice. Textul de lege prevede că executorului judecătoresc îi revine o astfel de competență chiar dacă prin legi speciale s-ar dispune altfel, prin urmare, regula are caracter de ordine publică, neputând fi reglementate derogări, dispozițiile contrare anterioare intrării în vigoare a Codului de procedură civilă, fiind, prin urmare, implicit abrogate⁸. Singura situație cu caracter excepțional acceptată prin reglementarea Codului de procedură

⁶ Ca urmare a modificărilor intervenite prin O.U.G. nr. 1/2016, potrivit art. VI și VII din aceasta, nu mai este necesară investirea cu formulă executorie a titlurilor, altele decât hotărârile judecătorești, indiferent de momentul emiterii sau încheierii acestora. Prin urmare, procedura de încuviințare a executării silitе se va aplica în toate situațiile, iar încheierea de încuviințare trebuie să cuprindă formula executorie, în partea sa finală. Pentru detalii, a se vedea Nicolae-Horia Țiț, *Modificarea Codului de procedură civilă prin O.U.G. nr. 1/2016*, adoptată ca urmare a Deciziei nr. 895/2015 a Curții Constituționale, Studiu introductiv, Ed. Hamangiu, 2016 p. XXXIII.

⁷ Oprina, E., Gârbuleț, I., *op. cit.*, p. 400.

⁸ Oprina, E., Gârbuleț, I., *op. cit.*, p. 98.

civilă este cea la care face referire art. 622 alin. 5 C. pr. civ., respectiv aceea a vânzării de către creditor a bunurilor mobile ipotecate în condițiile art. 2445 C. civ., care se poate face cu încuviințarea instanței de executare, însă fără intervenția executorului judecătoresc. În acest caz, executarea silită se face direct de către creditor și nu prin intermediul unui organ de executare. În toate celelalte cazuri, actele de executare nu pot fi efectuate decât de organe de executare, respectiv, după caz, de către executorii judecătorești, al căror statut este reglementat de Legea nr. 188/2000, sau de către organele de executare prevăzute de art. 220 C. pr. fisc. Prin urmare, instanța de executare, sesizată cu cererea de încuviințare a executării silite, va verifica, raportat la natura creanței pusă în executare și a titlului executor, dacă aceasta intră în competența executorilor judecătorești sau a organelor de executare fiscală, în cea de-a doua situație urmând să respingă cererea de executare silită.

În ceea ce privește competența teritorială a executorilor judecătorești, aceasta este stabilită potrivit art. 652 alin. 1 C. pr. civ. prin raportare la modalitatea de executare aleasă de creditor, respectiv la natura bunurilor urmărite sau executate sau a obligației care trebuie adusă la îndeplinire pe cale de executare silită. Având în vedere cerințele intrinseci ale cererii de executare silită (art. 664 alin. 3 C. pr. civ.), instanța de executare ar trebui să poată realiza această verificare exclusiv pe baza cererii de executare și a titlului executoriu. Este însă posibil ca cererea să nu indice expres bunul sau bunurile debitorului care urmează a fi urmărite sau executate sau modalitatea de executare solicitată de creditor. În această situație, dacă creditorul a formulat cererea de executare la un alt executor judecătoresc decât cel în circumscripția căruia își are domiciliul sau sediul, după caz, debitorul, fără să facă dovada existenței unor bunuri care se afla în circumscripția curții de apel unde își are biroul executorul sesizat, cererea de încuviințare a executării silite va fi respinsă. Prin urmare, odată cu cererea de încuviințare a executării, executorul va trebui să depună și înscrisuri doveditoare din care să rezulte competența sa, dacă aceasta nu poate fi stabilită prin raportare la mențiunile din cererea de executare sau la dispozițiile titlului executoriu.

Necompetența organului de executare sesizat de către creditor constituie un motiv de respingere a cererii de încuviințare a executării silite, prin urmare instanța nu trebuie să invoce, din oficiu, o excepție în acest sens. Consecința respingerii cererii de încuviințare a executorii silite pe acest motiv va fi aceea că, după rămânerea definitivă a încheierii, creditorul va trebui să formuleze o nouă cerere de executare, la organul de executare competent, neputând interveni o declinare de competență de la organul de executare sesizat inițial la un alt organ de executare, competent. Cu toate acestea, chiar dacă a fost respinsă cererea de încuviințare a executării silite, cererea de executare formulată de creditor produce efectul întreruperii prescripției dreptului de a obține executarea silită (art. 709 alin. 1 pct. 2 C. pr. civ.), cu consecința că de la data depunerii acesteia începe să curgă un nou termen de prescripție (art. 709 alin. 2 C. pr. civ.)⁹.

Chiar dacă, raportat la elementele cuprinse în cererea de executare și în titlul executoriu, instanța încuviințează executarea silită, considerând că organul de executare sesizat de creditor este competent, acesta nu va putea efectua acte de executare decât cu respectarea competenței sale teritoriale. Astfel, potrivit art. 652 alin. 4 C. pr. civ., în cazul în

⁹ Este de remarcat că produce efectul întreruperii cursului prescripției dreptului de a obține executarea silită simpla depunere a cererii de executare, însoțită de titlul executoriu, chiar dacă este adresată unui organ de executare incompetent. Prin urmare, cererea are caracter întreruptiv de prescripție și în situația în care, prin încheiere, executorul judecătoresc refuză motivat deschiderea procedurii de executare (art. 665 alin. 1 teza a II-a C. pr. civ.), deoarece aceasta este determinat de simpla depunere a cererii, nu de deschiderea procedurii de executare, prin încheiere, de către executorul judecătoresc.

care executorul judecătoresc inițial investit de către creditor constată că nu există bunuri și venituri urmăribile în raza teritorială a curții de apel în circumscripția căreia își desfășoară activitatea, executarea silită nu va putea continua cu privire la bunuri aflate în circumscripția unei alte curți de apel. În acest caz, creditorul va trebui să formuleze o cerere de înlocuire a executorului judecătoresc, potrivit art. 653 alin. 4 C. pr. civ. Aceasta nu înseamnă neapărat că încheierea de încuviințare a executării silite a fost pronunțată de instanța de executare cu încălcarea regulilor referitoare la competența executorului judecătoresc, în special în situația în care a fost avut în vedere criteriul domiciliului sau, după caz, sediului debitorului. Dacă însă instanța de executare a încuviințat executarea în condițiile în care nici din cererea de executare ori din titlul executoriu, nici din înscrisurile anexate la cererea de încuviințare a executării nu rezulta competența executorului, încheierea va fi anulată pe calea contestației la executare (art. 713 alin. 3 C. pr. civ.), nulitatea care intervine în acest caz fiind una necondiționată (art. 652 alin. 5 C. pr. civ.).

2.2. Caracterul executoriu al hotărârii sau, după caz, al înscrisului

Titlul executoriu constituie temeiul executării silite, nicio procedură execuțională neputându-se desfășura decât în baza unui titlu executoriu (art. 632 alin. 1 C. pr. civ.). Această regulă se materializează în obligația creditorului de a depune, odată cu cererea de executare, titlul executoriu, în original sau în copie legalizată (art. 664 alin. 4 C. pr. civ.), pe baza cererii de executare și a titlului executorul judecătoresc urmând să formuleze cererea de încuviințare a executării silite, după ce dispune, prin încheiere, deschiderea procedurii de executare. La cererea de încuviințare a executării silite, executorul judecătoresc va anexa cererea creditorului și titlul executoriu, în copie certificată de el pentru conformitate cu originalul (alături de încheierea de deschidere a procedurii de executare pronunțată în condițiile art. 665 alin. 1 C. pr. civ.), urmând ca pe baza acestora instanța de executare să verifice îndeplinirea condițiilor de declanșare a executării silite. Prin urmare, instanța de executare va verifica, raportat la înscrisurile depuse de executorul judecătoresc, dacă hotărârea anexată de creditor la cererea de executare este executorie provizoriu (art. 448-449 C. pr. civ.), executorie (art. 633 C. pr. civ.) sau, după caz, definitivă (art. 634 C. pr. civ.). În cazul în care titlul executoriu este reprezentat de un alt înscris decât o hotărâre judecătorească, instanța de executare va verifica dacă acesta se încadrează în categoria înscrisurilor prevăzute de lege care constituie titluri executorii, sub acest aspect neavând relevanță dacă în cuprinsul actului este menționat sau nu caracterul executoriu al acestuia.

Cererea de încuviințare a executării silite va fi respinsă în cazul în care creditorul nu a depus titlul executoriu, în original sau în copie legalizată, ca și în situația în care hotărârea sau, după caz, înscrisul depus nu constituie titlu executoriu. Spre exemplu, în situația în care cererea de executare silită este formulată în baza unui certificat de grefă emis de instanța care a pronunțat hotărârea a cărei executare se cere (hotărâre neredactată la data formulării cererii de executare), executarea silită nu va putea fi încuviințată, având în vedere că certificatul de grefă nu are valoarea unui titlu executoriu, executarea putând fi declanșată numai în baza hotărârii judecătorești. Cu toate acestea, în doctrină și în practică s-a pus problema dacă cererea de executare silită poate fi formulată în baza unui certificat de soluție eliberat de instanța care a soluționat cauza, urmând ca hotărârea judecătorească ce constituie titlu executoriu să fie depusă la dosar până la momentul încuviințării executării silite. Mai exact, se ridică întrebarea dacă, în cazul în care cererea de executare silită este însoțită de un certificat de soluție, însă până la momentul soluționării cererii de încuviințare a executării este depusă la dosar hotărârea judecătorească redactată, instanța de executare

va admite sau va respinge cererea de încuviințare¹⁰. Chestiunea prezintă importanță în special în situația în care, din cauza întârzierii grave în redactarea hotărârii judecătorești (termenul de 30 de zile prevăzut de art. 426 alin. 5 C. pr. civ. fiind adesea nerespectat în practică), creditorul ar fi amenințat cu împlinirea termenului de prescripție a dreptului de a obține executarea silită. Astfel, potrivit art. 706 alin. 2 teza a doua C. pr. civ., termenul de prescripție a dreptului de a obține executarea silită curge, în cazul hotărârilor judecătorești și arbitrale, de la data rămânerii lor definitive. Conform art. 634 alin. 2 C. pr. civ., hotărârile judecătorești devin definitive la data expirării termenului de exercitare a apelului sau a recursului sau, după caz, la data pronunțării. În această din urmă situație (spre exemplu, în cazul unei hotărâri date în apel, prin care a fost admis apelul, schimbată în tot soluția primei instanțe, în sensul admiterii cererii de chemarea în judecată, dacă hotărârea dată în apel nu este supusă recursului), termenul de prescripție începe să curgă, chiar dacă hotărârea judecătorească nu este încă redactată; prin urmare, creditorul ar putea justifica interesul de a formula cererea de executare silită, în temeiul certificatului de soluție, în special în situația în care există pericolul înstrăinării bunurilor de către debitor. În cazul în care până la momentul soluționării cererii de încuviințare a executării silite, creditorul nu depune la dosar hotărârea judecătorească redactată, în copie conformă cu originalul, cererea de încuviințare va fi respinsă deoarece, așa cum am subliniat, încuviințarea executării se poate face numai în baza titlului executoriu, iar certificatul de grefă nu constituie un astfel de titlu. Dacă însă până la momentul soluționării cererii de încuviințare, creditorul depune hotărârea judecătorească redactată, apreciem că instanța de executare trebuie să admită cererea de încuviințare. Astfel, depunerea titlului executoriu, în original sau în copie legalizată, odată cu cererea de executare, potrivit art. 664 alin. 4 C. pr. civ., constituie o cerință extrinsecă cererii de executare, a cărei nerespectare atrage sancțiunea nulității necondiționate, potrivit art. 176 pct. 6 C. pr. civ. Cu toate acestea, nulitatea nu intervine dacă, până la momentul pronunțării, cauza acesteia dispare (art. 177 alin. 3 C. pr. civ.). Cu alte cuvinte, eventualele neregularități ale cererii de executare, inclusiv cele referitoare la cerințele extrinseci, nu vor atrage nulitatea acesteia dacă sunt complinite până la momentul încuviințării executării. Sub aspectul existenței titlului executoriu, instanța de executare va admite cererea de încuviințare dacă la momentul verificării cerințelor prevăzute de lege titlul executoriu era depus la dosar, chiar dacă inițial cererea de executare a fost formulată în temeiul unui certificat de soluție. Sub aspectul întreruperii cursului prescripției, se va ține însă cont de momentul la care creditorul a înfățișat titlul executoriu, și nu de momentul formulării cererii de executare, dacă aceasta era însoțită doar de un certificat de soluție (art. 709 alin. 1 pct. 2 C. pr. civ.).

2.3. Verificarea condițiilor de formă cerute de lege sau, după caz, a altor cerințe, în cazurile anume prevăzute de lege, dacă titlul executoriu este reprezentat de un alt înscris decât o hotărâre judecătorească

Ca efect al înglobării procedurii de investire cu formulă executorie în cea de încuviințare a executării silite, instanța de executare, la sesizarea executorului judecătoresc, va verifica cerințele formale ale titlului executoriu, în cazul în care acesta este un alt înscris

¹⁰ Stanciu, R. *De ce (nu) este necesară procedura încuviințării executării silite*, în Revista Română de Executare Silită, nr. 1/2014, p. 113; Popescu, O., Teoc, A.-M., *Considerații privind posibilitatea de a porni executarea silită în temeiul unui certificat de grefă*, în Revista română de executare silită nr. 3/2014, p. 76-84.

decât o hotărâre judecătorească. Sunt avute în vedere situațiile în care, legea condiționează caracterul executoriu al înscrisului de îndeplinirea sau, după caz, respectarea anumitor condiții referitoare la data certă, înregistrarea la o anumită autoritate sau instituție etc. Spre exemplu, în cazul contractului de locațiune, acesta constituie titlu executoriu pentru plata chiriei la termenele și în modalitățile stabilite în contract sau, în lipsa acestora, prin lege, precum și în privința obligației de restituire a bunului dat în locațiune, în situația expirării termenului pentru care a fost încheiat sau, după caz, la împlinirea termenului de preaviz (în cazul în care a fost încheiat fără determinarea duratei), numai dacă a fost încheiat sub forma înscrisului sub semnătură privată dacă a fost înregistrat la organele fiscale, precum și dacă este încheiat în formă autentică (art. 1798, art. 1809 alin. 2 și 3 și art. 1816 alin. 3 C. civ.). Prin urmare, în cazul în care se solicită punerea în executare a unui contract de locațiune, instanța va verifica dacă sunt îndeplinite cerințele de formă stabilite de Codul civil, în caz contrar urmând să respingă cererea de încuviințare a executării silite. La fel, în cazul contractului de comodat ori în cazul contractului de împrumut de consumație, care constituie titluri executorii numai dacă sunt încheiate în formă autentică sau printr-un înscris sub semnătură privată cu dată certă (art. 2157 și art. 2165 C. civ.) ori în cazul contractului de arendă, care constituie titlu executoriu condiționat de încheierea sa în formă autentică sau înregistrarea sa la consiliu local pentru plata arende la termenele și în modalitățile stabilite în contract (art. 1845 C. civ.).

Sub acest aspect, trebuie făcută distincție între condiția prevăzută de pct. 2 și cea prevăzută de pct. 3 ale art. 666 alin. 5 C. pr. civ. Condiția de la pct. 2 vizează încadrarea înscrisurilor în categoria celor prevăzute de lege ca având caracter executoriu. Spre exemplu, în cazul înscrisurilor sub semnătură privată, potrivit art. 641 C. pr. civ., acestea sunt titluri executorii numai în cazurile și condițiile anume prevăzute de lege, orice clauză sau convenție contrară fiind nulă și considerată astfel nescrisă. În măsura în care creditorul depune ca temei al cererii de executare un înscris sub semnătură privată care, potrivit legii, nu constituie titlu executoriu (spre exemplu, un contract de vânzare, încheiat sub forma înscrisului sub semnătură privată, având ca obiect un bun mobil), instanța de executare va respinge cererea de încuviințarea executării silite, în temeiul art. 666 alin. (5) pct. 2 C. pr. civ., chiar dacă în cuprinsul respectivului înscris se face mențiunea că acesta constituie titlu executoriu, având în vedere că o astfel de clauză trebuie considerată nescrisă. Dacă înscrisul depus de către creditor face parte din categoria înscrisurilor sub semnătură privată care constituie, potrivit legii, titluri executorii, însă nu îndeplinește cerințele de formă de care legea condiționează caracterul său executoriu (spre exemplu, contractul de împrumut de consumație încheiat sub forma înscrisului sub semnătură privată nu are dată certă), atunci cererea va fi respinsă în temeiul art. 666 alin. 5 pct. 3 C. pr. civ.

Textul de lege face referire și la alte cerințe pe care, în cazurile anume prevăzute de lege, instanța de executare trebuie să le verifice în legătură cu titlul executoriu, altul decât o hotărâre judecătorească. Spre exemplu, în cazul în care titlul executoriu este reprezentat de o hotărâre arbitrală care se referă la un litigiu legat de transferul dreptului de proprietate și/sau de constituirea altui drept real asupra unui bun imobil, instanța de executare, în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite va verifica respectarea condițiilor privind transferul dreptului de proprietate, îndeplinirea procedurilor impuse de lege și achitarea de către părți a impozitului privind transferul dreptului de proprietate (art. 603 alin. 3 C. pr. civ.).

2.4. Verificarea caracterului cert, lichid și exigibil al creanței

Alături de cerințe de natură procedurală sau formală, instanța de executare investită cu soluționarea cererii de încuviințare a executării silite va analiza și îndeplinirea condițiilor substanțiale, referitoare la dreptul de creanță, așa cum sunt acestea definite de art. 663 C. pr. civ.¹¹ Verificarea acestor condiții se face prin raportare la titlul executoriu, deoarece, pe de o parte, toate cele trei cerințe se raportează la mențiunile, clauzele sau dispozițiile acestuia, pe de altă parte pentru că în procedura încuviințării executării silite nu ar putea fi administrate alte probe de natură să conducă la stabilirea existenței creanței sau a întinderii ori cuantumului acesteia. Având în vedere caracterul necontencios al procedurii încuviințării executării silite, instanța de executare va face o analiză *prima facie* a caracterului cert, lichid ori exigibil al creanței, neputând, spre exemplu, să dispună efectuarea unei expertize contabile în vederea determinării cuantumului creanței sau să invoce, din oficiu, aspecte referitoare la certitudinea sau lichiditatea acesteia (spre exemplu, dat fiind caracterul necontencios al procedurii, instanța nu va putea invoca din oficiu, caracterul abuziv al unor clauze cuprinse în contractul care constituie titlu executoriu). Cu toate acestea, în cazul în care creanța cuprinsă în titlul executoriu este afectată de o condiție suspensivă, instanța va verifica, pe baza înscrisurilor depuse de creditor, dacă această condiție s-a împlinit, neputând administra alte probe în acest sens (spre exemplu, în cazul în care se solicită punerea în executare a unui contract de asistență juridică pentru plata onorariului de succes, instanța de executare va verifica dacă a fost obținut rezultatul de care era condiționată plata acestuia, cum ar fi câștigarea unui proces).

În cazul creanțelor al căror quantum nu este determinat prin titlul executoriu, dar este determinabil pe baza criteriilor cuprinse în acesta, creditorul trebuie ca, odată cu cererea de executare, să indice modul în care a fost determinat quantumul creanței pentru care se cere executarea, în chiar cuprinsul cererii de executare sau printr-o anexă la aceasta. În lipsa indicării modului de calcul a creanței, pe baza criteriilor prevăzute de titlul executoriu, instanța de executare va respinge cererea de încuviințare a executării silite, neputând fi stabilit caracterul lichid al acesteia. De asemenea, în cazul titlurilor executorii care se execută ca urmare a declarării scadenței anticipate a obligațiilor debitorului (contracte de credit bancar), creditorul trebuie să facă dovada, odată cu formularea cererii de executare silită, a declarării scadenței anticipate, conform clauzelor contractuale și a dispozițiilor legale, în caz contrar instanța de executare urmând a respinge cererea de încuviințare a executării silite.

O situație specială este aceea a formulării unei cereri de executare pentru o creanță nescadentă, dar cu privire la care creditorul dorește să obțină decăderea debitorului din beneficiul termenului de plată. În acest caz, având în vedere că cererea de decădere a debitorului din beneficiul termenului de plată este de competența instanței de executare (art. 675 alin. 2 C. pr. civ.), aceasta va fi formulată odată cu cererea de executare, urmând ca instanța de executare să o soluționeze cu prioritate față de cererea de încuviințare a executării silite. Cererea de decădere nu va putea fi însă formulată de creditor anterior formulării cererii de executare, deoarece doar de la acest moment putem vorbi despre o instanță de executare, potrivit art. 651 alin. 1 C. pr. civ.

Așa cum am arătat, verificarea caracterului cert, lichid și exigibil al creanței va putea fi făcută de către instanța de executare în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite numai prin raportare la dispozițiile titlului executoriu și fără a putea analiza chestiuni care

¹¹ Pentru detalii, a se vedea Boroi, G., Stancu, M., *Drept procesual civil*, ediția a 2-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 952-957.

nu ar putea fi soluționate decât în urma unor dezbateri contradictorii ale părților. Cu atât mai puțin, instanța de executare nu va putea avea în vedere apărări de fond legate de existența dreptului subiectiv cuprins în titlul executoriu, atunci când acesta are caracter jurisdicțional. Dacă titlul executoriu nu este jurisdicțional, instanța care soluționează cererea de încuviințare a executării silite trebuie să aibă în vedere că eventualele apărări de fond ar putea fi invocate numai pe calea contestației la executare, cu respectarea termenelor și condițiilor prevăzute de lege în acest sens, raportat la condițiile de admisibilitate prevăzute de art. 713 alin. 2 C. pr. civ. (inexistența unei căi procesuale specifice pentru invocarea acelor apărări). Prin urmare, instanța de executare nu trebuie să verifice în cadrul procedurii de încuviințare decât o aparență a dreptului creditorului, așa cum rezultă din titlul executoriu, orice incident sau apărare care ar presupune dezbateri contradictorii (caracterul abuziv al unor clauze cuprinse în contractul care constituie titlu executoriu, valabilitatea anumitor clauze contractuale, verificarea valabilității unui pact comisoriu sau a unei clauze penale etc.) neputând face obiectul procedurii de încuviințare a executării silite.

2.5. Imunitatea de executare, posibilitatea aducerii la îndeplinire pe calea executării silite a dispozițiilor titlului executoriu și existența altor impedimente în legătură cu executarea silită

Instanța de executare, investită cu cererea de încuviințare a executării silite, și în măsura în care dispune de informațiile necesare în acest sens, va respinge cererea de încuviințare a executării în cazul în care debitorul se bucură de imunitate de executare (art. 666 alin. 5 pct. 5 C. pr. civ.). Este vorba despre imunitățile de care beneficiază membrii personalului diplomatic, în baza tratatelor și convențiilor internaționale care reglementează această chestiune.

De asemenea, potrivit art. 666 alin. 5 pct. 6 C. pr. civ., cererea de executare va fi respinsă și în situația în care titlul executoriu cuprinde dispoziții care nu se pot aduce la îndeplinire prin executare silită. În verificarea acestei cerințe, instanța de executare trebuie să aibă în vedere dispozițiile art. 628 alin. 1 C. pr. civ., referitor la obligațiile susceptibile de executare silită, precum și cele referitoare la modalitățile de executare silită. Cu alte cuvinte, instanța trebuie să verifice dacă legea prevede o procedură execuțională prin intermediul căreia să fie adusă la îndeplinire obligația cuprinsă în titlul executoriu, în caz contrar cererea de încuviințare a executării urmând a fi respinsă. Având în vedere faptul că legea prevede modalități de executare pentru totalitatea obligațiilor civile, inclusiv pentru obligațiile de a face care nu ar putea fi aduse la îndeplinire decât de debitor (art. 906 C. pr. civ.), o astfel de situație este greu de întâlnit în practică.

Alături de celelalte situații enumerate mai sus, art. 666 alin. 5 pct. 7 C. pr. civ. prevede că cererea de încuviințare a executării silite va putea fi respinsă și pentru alte impedimente prevăzute de lege în legătură cu titlul executoriu sau cu declanșarea procedurii de executare. Prin urmare, chiar dacă partea introductivă a art. 666 alin. 5 C. pr. civ. poate lăsa impresia că enumerarea motivelor de respingere a cererii de încuviințare a executării silite are caracter restrictiv, totuși, prin raportare la pct. 7, instanța de executare poate avea în vedere orice condiție, formală sau substanțială, intrinsecă sau extrinsecă referitoare la formularea cererii de executare, titlul executoriu sau cadrul procesual execuțional, în vederea declanșării executării silite. Astfel, instanța de executare ar putea avea în vedere, ca impedimente la declanșarea executării silite: neîndeplinirea de către creditor a obligației corelative care îi revine, conform titlului executoriu (art. 677 C. pr. civ.); neachitarea de către creditor a cauțiunii stabilite de instanța care a încuviințat executarea provizorie a hotărârii

(art. 678 C. pr. civ.); lipsa dovezii calității de reprezentant a persoanei care a formulat cererea de executare sau dovedirea calității de reprezentant cu nerespectarea dispozițiilor prevăzute de lege în acest sens (art. 151 C. pr. civ.); faptul că s-a dispus suspendarea executării provizorii de către instanța de apel (art. 450 C. pr. civ.), suspendarea executării hotărârii de către instanța de recurs [art. 484 alin. (2)-(5) C. pr. civ.] ori de cea care soluționează contestația în anulare (art. 507 C. pr. civ.) sau revizuirea (art. 512 C. pr. civ.)¹².

De asemenea, instanța de executare de drept comun va respinge cererea de încuviințare a executării silite formulată de executorul judecătoresc investit de creditor cu cererea de executare silită în cazul în care titlul executoriu este reprezentat de o hotărâre dată în materia contenciosului administrativ prin care o autoritate publică este obligată să încheie, să înlocuiască sau să modifice actul administrativ, să elibereze un alt înscris sau să efectueze anumite operațiuni administrative, deoarece în acest caz legea prevede o procedură execuțională specială (art. 24-25 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ), care se desfășoară fără mijlocirea executorului judecătoresc, cererea fiind adresată de creditor direct instanței de executare prevăzută de art. 2 alin. 1 lit. Ț) din Legea nr. 554/2004 (instanța care a soluționat fondul litigiului de contencios administrativ).

Printre impedimentele pe care instanța de executare investită cu soluționarea cererii de încuviințare a executării silite trebuie să le analizeze nu se încadrează prescripția dreptului de a obține executarea silită, deoarece aceasta nu produce efecte decât dacă este invocată de persoana interesată (art. 707 alin. 1 C. pr. civ.)¹³. Prin urmare, instanța de executare nu ar putea, din oficiu, să rețină prescripția ca impediment pentru declanșarea executării silite, cu atât mai puțin în cadrul unei proceduri necontencioase, așa cum este cea a încuviințării executării silite. Apreciem că în cadrul acestei proceduri nu ar putea fi invocată prescripția nici măcar în cazul în care aceasta ar fi guvernată, raportat la momentul la care a început să curgă, de regulile Decretului nr. 167/1958, dat fiind caracterul necontencios al procedurii, singura modalitate de a lua în discuție și de a verifica prescripția dreptului de a obține executarea silită fiind contestația la executare formulată de debitor în termenul prevăzut de art. 715 alin. 1 pct. 3 C. pr. civ.

3. Concluzii

Procedura încuviințării executării silite de către instanța de executare constituie una dintre principalele garanții ale principiului legalității în faza de executare silită. Analiza de către instanța de executare, într-o procedură necontencioasă a condițiilor privind declanșarea executării silite are în vedere anumite condiții, predominant formale, referitoare la competența organului de executare, titlul executoriu, caracterul cert, lichid și exigibil al creanței, imunitatea de executare a debitorului, posibilitatea aducerii la îndeplinire pe cale de executare silită a dispozițiilor titlului executoriu, alte impedimente referitoare la executarea silită. În cazul în care, verificând aceste condiții și cerințe, instanța de executare dispune încuviințarea executării, persoanele interesate vor putea formula contestație la executare împotriva încheierii de încuviințare (care cuprinde și formula executorie), având în vedere caracterul necontencios al procedurii de încuviințare și faptul că încheierea

¹² Trib. Timiș, s. a II-a civ., dec. nr. 63 din 15 iulie 2013, în Stanciu, R., *Încuviințarea executării silite în noul Cod de procedură civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 199-201.

¹³ Gavriș, D., *Încuviințarea executării silite*, în Boroș, G. (coord.), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Vol. II. Art. 527-1133*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 152, Ion Deleanu, Valentin Mitea, Sergiu Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. III, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 285, nota de subsol nr. 1.

pronunțată la finalul acesteia nu are autoritate de lucru judecat. În cazul respingerii cererii de încuviințare a executării silite, pentru unul dintre motivele precizate la art. 666 alin. 5 C. pr. civ., creditorul poate formula numai apel, în termen de 15 zile de la comunicarea hotărârii. În cazul rămânerii definitive a încheierii de respingere, creditorul va putea formula o nouă cerere de executare silită, după îndeplinirea sau acoperirea lipsurilor sau neregularităților care au condus la respingerea celei anterioare.

CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND ACORDAREA CHELTUIELILOR DE JUDECATĂ ÎN CONTEXTUL ACTUALEI REGLEMENTĂRI A CODULUI DE PROCEDURĂ CIVILĂ

*Petruța Gabriela STROE**

Abstract:

The amount of the legal charges and their grant to the side entitled to ask for them must be done according to the bounds and requirements established by the law and not in a discretionary way. The estimation of the reasonable character of the attorney fees amount must be done according to its natural purpose, namely to facilitate the defendant's possibility in order to benefit by a qualified legal assistance during the civil trial

Keywords: *legal charges, procedural fault, attorney fees, integrated jurisprudence*

Rezumat:

Cuantumul cheltuielilor de judecată și acordarea acestora, părții îndreptățite să le solicite, trebuie să se facă în limitele și rigorile stabilite de legislația în materie și nu într-un mod discreționar. Aprecierea caracterului rezonabil al valorii onorariului avocațial, trebuind să se facă fără a se deturna de la finalitatea lui firească, aceea de a înlesni justițiabilului posibilitatea de a beneficia de o asistență juridică calificată pe întreg parcursul procesului civil.

Cuvinte-cheie: *cheltuieli de judecată, culpă procesuală, onorariu avocat, jurisprudență unitară*

Materia cheltuielilor de judecată, de-a lungul timpului a făcut obiectul a numeroase articole în literatura de specialitate, fiind o problemă care a necesitat și necesită largi discuții, mai ales în actualul context al noilor reglementări ale codului de procedură civilă.

Prezentul articol, își propune să atragă atenția, *în primul rând*, asupra faptului că unele instanțe judecătorești protejează instituțiile statului, care deși aflate în culpă procesuală, nu sunt obligate la achitarea cheltuielilor de judecată, în detrimentul părților implicate în proces, și, *în al doilea rând*, asupra existenței unei practici neunitare, raportate la aspectele pe care le-au sesizat cu privire la diminuarea, în mod nejustificat, a onorariilor avocațiale.

Incertitudinea jurisprudenței este de natură a reduce încrederea justițiabililor în justiție și contravine principiului securității raporturilor juridice ca element esențial al preeminenței dreptului. În acest context reamintim și practica Curții Europene a Drepturilor Omului (Hotărârea nr. 6 din 6 decembrie 2007 – „*Cauza Beian c. România*”), care consacră principiul coerenței și unității jurisprudenței, statul român fiind condamnat pe motiv că sistemul judiciar românesc nu asigură stabilitatea circuitului juridic, prin faptul că permite pronunțarea în cauze identice a unor soluții contradictorii și diametral opuse.

Așa cum bine se cunoaște orice proces civil presupune efectuarea anumitor cheltuieli atât în faza de judecată a acestuia, cât și în faza executării silite, faze care nu întotdeauna

* Doctorand; asist. univ., Universitatea „Spiru Haret”.

trebuie parcurs împreună în mod obligatoriu, putând vorbi astfel despre cheltuieli de judecată și cheltuieli de executare silită.

Legiuitorul român a reglementat în mod expres, cadrul general al cheltuielilor de judecată acestea regăsindu-se în Codul de procedură civilă¹ în Cartea a II a – Procedura contencioasă, Titlul I – Procedura în fața primei instanțe, Secțiunea a VI a – Cheltuielile de judecată.

Desigur că acest cadru general se completează cu alte texte legale din cuprinsul Codului de procedură civilă în vigoare (art. 845, art. 1032), precum și cu alte acte normative referitoare la această materie (cu titlu de ex. a se vedea art. 21 alin. 4 din Legea nr. 215/2001, privind administrația publică locală², art. IX³ din O.U.G. nr. 46/2009, privind îmbunătățirea procedurilor fiscale și diminuarea evaziunii fiscale⁴).

Conform dispozițiilor art. 451 alin. (1) Cod pr. civ. cheltuieli de judecată „constau în taxe judiciare de timbru, onorariile avocaților, ale experților și ale specialiștilor numiți în condițiile art. 330 alin. 3 Cod pr. civ., sumele cuvenite martorilor pentru deplasare și pierderile cauzate de necesitatea prezenței la proces, cheltuielile de transport și, dacă este cazul, de cazare, precum și orice alte cheltuieli necesare pentru buna desfășurare a procesului”.

Altfel fiind spus, potrivit unei definiții date în doctrina de specialitate⁵, cheltuielile de judecată cuprind „sumele de bani în care se regăsesc toate cheltuielile pe care partea care a câștigat procesul le-a efectuat în cadrul litigiului soluționat prin hotărârea judecătorească”.

Temeiul juridic al acordării cheltuielilor este reglementat de art. 453 alin. (1) Cod pr. civ., care în actuala formulare, prevede că „partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia sumele care constituie cheltuielile de judecată”, astfel cum au fost evidențiate mai sus, instituindu-se astfel o prezumție legală, absolută și imperativă. Vechea sintagmă „partea care cade în pretenții” din fostul art. 274 alin. (1), fiind înlocuită de către legiuitor cu cea de „partea care pierde procesul”.

Solicitarea acordării cheltuielilor de judecată de către partea îndreptățită poate să fie făcută pe cale accesorie, în cadrul procesului dedus judecății, situație uzitată cel mai des, sau poate să constituie obiectul unei cereri principale făcută pe cale separată, într-un proces ulterior, funcție de alegerea părții interesate. Se impune o precizare, și anume aceea că, formularea unei cereri de chemare în judecată pe cale separată pentru recuperarea sumelor ocazionate de soluționarea unui litigiu finalizat, presupune efectuarea unor cheltuieli suplimentare, cum ar fi achitarea unei taxe de timbru la valoare conform O.U.G. nr. 80/2013, privind taxele judiciare de timbru⁶, precum și suportarea onorariului de avocat.

Conform art. 452 Cod pr. civ. „partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei”.

Rezultă, cu claritate, faptul că pentru a fi obținute, în virtutea principiului disponibilității, care guvernează întregul proces civil, persoana care le pretinde trebuie să facă o cerere expresă, urmând ca acestea să fie acordate, evident, numai în măsura în care

¹ Legea nr. 134/2010, republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 247 din 10 aprilie 2015.

² Republicată în M. Of. nr. 123 din 20 februarie 2007.

³ Introdus de pct. 4 al ar. 1 din Legea nr. 324/2009, publicată în M. Of. nr. 713 din 22 octombrie 2009.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 347 din 25 mai 2009.

⁵ Puiu Ana-Maria, Nicolae Adriana, Puiu Constantin Andi, *Cheltuielile de judecată*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 63.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 392 din 29 iunie 2013.

vor ele fi dovedite. Solicitantul trebuind să prezinte instanței de judecată un decont al cheltuielilor efectuate, care să cuprindă cuantumul acestora, însoțit de acte, înscrisuri doveditoare/documente stabilite de legislația în materie fiscală (chitanța aferentă achitării taxei de timbru, factură, chitanța/O.P. pentru justificarea valorii onorariului de avocat, expert, decont cheltuieli de deplasare etc.), respectând astfel dispozițiile privitoare la sarcina probei, regulă care stabilește că „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească”⁷ (*actori incumbi onus probandi*).

Cheltuieli de judecată vor putea fi rambursate doar în situația în care se poate stabili realitatea lor, care ține de justificarea că ele au fost concepute într-o strictă și indisolubilă legătură cu litigiul, precum și necesitatea efectuării acestora.

Instanța de judecată pe parcursul desfășurării procesului va trebui să stabilească, de la caz la caz, pe baza probatoriului administrat, care este partea îndreptățită a cere și a obține aceste cheltuieli, cunoscut fiind faptul că hotărârea judecătorească nu este un act discreționar, ci rezultatul unui proces logic de analiză a probelor aflate la dosarul cauzei în scopul aflării adevărului și a justei soluționări.

Rațiunea acordării cheltuielilor de judecată către partea care a avut câștig de cauză în fața instanței se bazează pe ideea de culpă procesuală, rezultând din faptul că aceasta a fost prejudiciată prin efectuarea lor.

În plan general, restituirea cheltuielilor de judecată părții care a câștigat în fața instanței rezultă și din dispozițiile art 1357-1358 C. civ., care dispun că orice faptă a omului care cauzează altuia un prejudiciu, obligă pe cel din a cărei greșeală s-a cauzat să-l repare, fiind supus reparației chiar și prejudiciul cauzat prin neglijența sau imprudență. Acest tip de răspundere civilă delictuală, prezintă însă o specificitate, și anume că fapta ilicită nu presupune încălcarea unei anume obligații legale, ci vizează exclusiv pierderea procesului.

Așadar, *culpa procesuală*, poate aparține, după caz, reclamantului, pârâtului, dar și chematului în garanție, reprezentând o condiție necesară pentru restituirea cheltuielilor de judecată. Aceasta se află la baza obligației de plată, aspect dedus și din sintagma „partea care pierde procesul”, urmând să suporte cheltuielile făcute de ea, cât și pe cele făcute de adversarul său, consecința directă fiind acoperirea prejudiciului material cauzat.

Culpa procesuală aparține reclamantului atunci când spre exemplu cererea de chemare în judecată a fost anulată ca netimbrată ori calea de atac exercitată de acesta a fost anulată ca netimbrată, apelul sau recursul pe care l-a exercitat a fost anulat pentru că a fost depus la instanța care a pronunțat hotărârea atacată, cererea s-a perimat, a renunțat la judecată sau la dreptul subiectiv etc.

Culpa procesuală aparține pârâtului atunci când acesta nu și-a executat obligațiile, fiind admisă cererea de chemare în judecată, în tot sau în parte, a fost pus în întârziere anterior declanșării procesului și și-a executat obligațiile pe parcursul procesului, cu consecința respingerii cererii reclamantului ca rămasă fără obiect⁸.

Chematul în garanție va fi ținut la plata cheltuielilor de judecată, în cazul în care cererea de chemare în garanție este admisibilă, având în vedere cele două scopuri ale acesteia, și anume persoana chemată în garanție, să se poată apăra împotriva pretențiilor formulate de reclamantul din acțiunea principală și cel care cheamă în garanție, să își poată valorifica pretențiile, prin aceeași hotărâre judecătorească, în ipoteza în care va pierde procesul.

⁷ Art. 249 Cod pr. civ.

⁸ Mihaela Tăbărcă, *Drept procesual civil – Volumul II*, Ed. Universul Juridic, 2013, pg. 564-565.

Acestea fiind totodată și efectele juridice pe care legiuitorul a vrut să le consacre instituției în cauză conform prevederilor înscrise în codul de procedură civilă⁹.

O procedură atipică și inadmisibilă, în opinia noastră, contrară oricărei interpretări a normelor de drept în materie, o reprezintă practica instanțelor judecătorești care deși admit cererea de chemare în garanție formulată de către pârâtă, resping cheltuielile de judecată solicitate de la chematul în garanție¹⁰. Apreciem că, atâta timp cât o instanță de judecată constată întemeiată cererea de chemare în garanție și dispune admiterea ei, culpa procesuală nu poate fi înlăturată, întrucât, în mod neîndoielnic, pârâta a câștigat procesul, motiv pentru care chematul în garanție trebuie să suporte cheltuielile de judecată.

Putem vorbi, raportându-ne la aceste aspecte, chiar despre o reticență a instanțelor de judecată în ceea ce privește restituirea cheltuielilor de judecată de către instituțiile statului. Aceste cazuri concrete sunt larg răspândite în practica judiciară în special în materia contenciosului administrativ. Această instituție nefiind concepută să apere interesele autorității administrative, care este predispusă la a încălca drepturile și interesele legitime ale persoanelor vătămate, ci este reglementată tocmai pentru a apăra și proteja aceste categorii de persoane, astfel cum prevede Legea nr. 554/2004, a contenciosului administrativ¹¹.

Instanțele judecătorești la momentul aprecierii asupra acordării cheltuielilor de judecată ar trebui să aplice în mod corect, echitabil și unitar *atât principiul dreptului la apărare*, garantat și consacrat de art. 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, de art. 24 din Constituția României, de dispozițiile art. 13 alin. (1) Cod pr. civ., precum și de art. 15 din Legea nr. 304/2004, cât și *principiul egalității între părți*, care conform art. 16 alin. (1) din Constituție stabilește că „cetățenii sunt egali în fața legii și ai autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări. Aceleași deziderate propunându-și să reliefeze și art. 8 Cod pr. civ. care prevede că în procesul civil părților le este garantată exercitarea drepturilor procesuale, în mod egal și fără discriminări.

Astfel că, prin prisma celor arătate diferența de tratament între persoanele fizice ori juridice de drept privat, pe de-o parte și instituțiile publice, pe de altă parte, este nejustificată. Motiv pentru care, apreciem că, dacă se dovedește culpa procesuală a instituției publice, indiferent de calitatea procesuală, chiar dacă este în detrimentul acesteia, se impune obligarea la suportarea cheltuielilor de judecată făcute de partea care a câștigat procesul. Instanța de judecată trebuind să respecte regulile relevante stabilite de lege, privind admiterea cererii de chemare în garanție, chiar dacă este implicată și căzută în pretenții o autoritate publică centrală¹².

În legislația română *imparțialitatea magistratului* este consacrată cu valoare de principiu constituțional, art. 124 alin. (2) din Constituție statuând că „justiția este unică, imparțială și egală pentru toți”. Nerespectarea acestui principiu descurajează justițiabili (fie persoane fizice sau juridice) să-și valorifice drepturile procesuale, încălcându-se astfel

⁹ Art. 72 și urm. Cod pr. civ.

¹⁰ C. Ap. Pitești – S. a II-a civ., cont. adm. și fisc., dec. civ. nr. 65/R-CONT din data de 14.10.2016 și C. Ap. Pitești – S. a II-a cont. adm. și fisc., dec. civ. nr. 14/R-cont.

¹¹ Publicată în M. Of., Partea I, nr. 154 din 7 decembrie 2004.

¹² C. Ap. București – S. a VIII-a cont. adm. și fisc., dec. civ. nr. 4057 din data de 10.09.2015 – admite recursul formulat de pârâtă, împotriva sentinței civile nr. 133/19.03.2015, având ca obiect completare/lămurire dispozitiv, și drept consecință, dispune obligarea chematul în garanție, instituție publică, la plata cheltuielilor de judecată, în cuantumul integral solicitat. Totodată acordă recurenței cheltuielile de judecată (taxa de timbru și onorariu de avocat), în cuantumul solicitat, ocazionate de recursul formulat, care vor fi suportate de stat, potrivit art. 447 Cod pr. civ.

dreptul de „acces liber la instanță” prevăzut de art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului, de teama suportării unor cheltuieli de judecată la care ar trebui să fie obligate instituțiile statului. Totodată putem aprecia, că o asemenea practică judiciară, încurajează atitudinea autorităților administrative de a încălca drepturile și interesele legitime ale persoanelor, fapt ce poate conduce la un abuz manifestat prin exces de putere, situație inadmisibilă și nepermisă în detrimentul conceptului statului de drept. Statul de drept, este întotdeauna un stat constituțional în care domnește litera legii, iar la respectarea legilor veghează o justiție independentă.

Rămânând în aceeași sferă și referindu-ne de data aceasta la *cuantumul onorariului de avocat* art. 451 alin. (2) Cod pr. civ. prevede că „instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproportionat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său”.

Raportându-ne strict la conținutul articolului menționat, apreciem că diminuarea cuantumului onorariului de avocat de către instanța de judecată se va face funcție de analiza unei serii întregi de criterii care vor putea conduce la o apreciere corectă a caracterului rezonabil al sumei respective.

Criteriile la care facem referire se regăsesc în cuprinsul dispozițiilor legale din Hotărârea privind adoptarea Statul profesiei de avocat nr. 64/2011¹³, precum și cele din cadrul Legii nr. 51/11995, privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat¹⁴.

Statutul profesiei de avocat, prevede în art. 127, faptul că pentru activitatea sa profesională avocatul are dreptul la onorariu și la acoperirea tuturor cheltuielilor făcute în interesul clientului său. Onorariile vor fi stabilite în raport de dificultatea, amploarea sau durata cauzei.

Totodată stabilirea onorariilor avocatului depinde de fiecare dintre următoarele elemente: timpul și volumul de muncă solicitată pentru executarea mandatului primit sau a activității cerute de client; natura, noutatea și dificultatea cazului; importanța intereselor în cauză; împrejurarea că acceptarea mandatului acordat de client îl împiedică pe avocat să accepte un alt mandat din partea unei alte persoane, dacă această împrejurare poate fi constatată de client fără investigații suplimentare; notorietatea, titlurile, vechimea în muncă, experiența, reputația și specializarea avocatului; conlucrarea cu experți sau alți specialiști, impusă de natura, obiectul, complexitatea și dificultatea cazului; avantajele și rezultatele obținute pentru profitul clientului urmare a muncii depuse de avocat; situația financiară a clientului; constrângerile de timp în care avocatul este obligat de împrejurările cauzei să acționeze pentru a asigura servicii legale performante.

În plus de analizarea acestor criterii, instanțele de judecată atunci când stabilesc caracterul rezonabil al cuantumului onorariului de avocat ar trebui să aibă în vedere și faptul că acesta este format din: TVA care se achită către bugetul de stat conform Codului fiscal în valoare de 24% (taxă achitată doar de anumiți avocați înregistrați ca plătitori de TVA); impozit pe venit, conform Codului fiscal, 16% venit la bugetul de stat; cote asigurări de sănătate, conform Codului fiscal, 5,5%; cotizația de 10% din venitul încasat, virată către Casa de Asigurări a Avocaților; contribuție Barou funcție de veniturile încasate.

Instanțele de judecată nu iau în considerare toate aceste sume vărsate la stat cu titlu de impozite și taxe, contribuții specifice desfășurării profesiei de avocat, și nici cheltuielile

¹³ Publicat în M. Of., Partea I, nr. 898 din 19 decembrie 2011.

¹⁴ Republicată în M. Of., Partea I, nr. 98 din 7 februarie 2011.

directe, sume pe care însă avocații, trebuie să le ia în calcul la momentul fixării cuantumului onorariului de avocat, solicitat clientului. Diminuarea în mod nejustificat, a onorariilor avocațiale, chiar și sub cuantumul onorariilor minime pentru avocații din oficiu stabilite prin Protocolul nr. 48025/2015 devenind o practică destul de uzitată.

Caracterul rezonabil al onorariului de avocat, trebuie apreciat, în mod corect, în niciun caz în mod abuziv, raportat la natura activității efectiv prestate, complexitatea, riscul implicat de existența litigiului, reputația celui care acordă asemenea servicii, și nu în ultimul rând funcție de obligațiile legale de plată ale avocatului stabilite conform Statutului profesiei de avocat.

Având în vedere cele de mai sus, putem spune că deontologia profesională obligă pe judecător să-și exercite funcția cu obiectivitate și imparțialitate, având ca unic temei legea și principiile generale ale dreptului. Mai mult, judecătorul este ținut să adopte un comportament din care să rezulte chiar și aparența imparțialității (în sensul că aceasta să fie vizibilă pentru justițiabili), tocmai pentru a înlătura orice îndoială cu privire la îndeplinirea corectă a îndatoririlor profesionale. La fel ca și independența, imparțialitatea nu este doar o chestiune de substanță, ci și de aparență. Nu este suficient să fi independent și imparțial, ci trebuie ca acest lucru să se vadă.

Astfel, apreciez că judecătorul poate interveni asupra cuantumului onorariului de avocat, reducându-l doar atunci când acesta este „vădit disproporționat”, respectiv exagerat de mare, raportat la munca prestată efectiv de avocatul angajat, cu precizarea că munca acestuia nu trebuie discreditată, fapt care ar putea conduce la afectarea rolului esențial al apărătorului într-o societate întemeiată pe valorile democrației și ale statului de drept.

Nu trebuie omis totodată, nici respectul cuvenit profesiei de avocat, care este una nobilă, liberă și independentă. scopul exercitării acestei constituindu-l promovarea și apărarea drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice, de drept public și de drept privat, în conformitate cu prevederile statutare ale profesiei.

CARACTERUL DE TITLU EXECUTORIU AL CONTRACTULUI DE ÎMPRUMUT ATESTAT DE AVOCAT ÎN VECHILE ȘI NOILE REGEMENTĂRI LEGISLATIVE

Mariana STAN*

Abstract:

The article analyzes the rules established by the enforcement of the new codes regarding the contract attested by the lawyer, as well as the lawyer's role beginning with the moment of their enforcement, the legal effects that have not been taken into consideration upon the enforcement of the new legal procedure code and the moment in which the lawyer became the clerk.

Keywords: *contract attested by lawyer, loan contract, executory title*

Rezumat:

Articolul analizează regulile instituite prin intrarea în vigoare a noilor coduri privind contractul atestat de avocat, valoarea acestuia, precum și rolul avocatului începând cu momentul intrării lor în vigoare, efectele juridice care nu au fost luate în calcul la intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă și momentul în care avocatul a devenit funcționar.

Cuvinte-cheie: *contract atestat de avocat, contract de împrumut, titlu executoriu*

Reprezintă sau nu contractul de împrumut atestat de avocat titlu executoriu în vechea legislație, anterior anului 2013, potrivit codului de procedură civilă din 2013, sau potrivit modificărilor instituite prin intrarea în vigoare la 01.02.2014 a Legii nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal?

În vechea reglementare, înainte de 15 februarie 2013, data intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă, un contract atestat de avocat nu reprezenta titlu executoriu, în condițiile în care pârghiile legislative nu permiteau acest lucru, actele atestate de către avocați având valoare de act sub semnătură privată, fiind necesară pronunțarea unei hotărâri judecătorești care să stabilească dacă o creanță este certă, lichidă și exigibilă și doar după ce instanța se pronunța se putea pune în executare hotărârea.

Contractul de împrumut atestat de avocat, reprezenta titlu executoriu doar dacă era dublat de un contract autenticat de către un notar. În schimb, contractul de asistență juridică reprezenta și reprezintă titlu executoriu, putând fi investit cu formulă executorie la instanța competentă.

După intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, în februarie 2013 au existat două etape: perioada între 15 februarie 2013 și 1 februarie 2014, când nu exista baza legală pentru ca avocații să fie asimilați funcționarilor și perioada după 1 februarie 2014, când avocatul a devenit funcționar prin modificarea Legii nr. 51/1995, odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal prin prevederile art. 51 alin. 2.

* Avocat, Baroul București, e-mail: av.marianastan@gmail.com

Astfel, inițial o parte a practicanților de drept și unii executori judecătorești au fost de părere că un contract de împrumut atestat de avocat ar reprezenta titlu executoriu în 2013, potrivit prevederilor art. 2165 și 2157 C. civ., părere falsă, întrucât noul Cod de procedură civilă prevedea că cel care emite un document cu data certă trebuia să aibă calitatea de funcționar, calitate pe care avocatul nu o avea în 2013.

Mulți au considerat, în mod fals, că sintagma „prezentare spre autentificare”¹ prevăzută de art. 3 alin. 1 lit c) din Legea nr. 51/1995 ar însemna faptul că un contract atestat de avocat ar fi autentic și de aici greșelile de interpretare întâlnite.

Activitatea avocatului potrivit art. 3 alin. 1 lit c) din Legea nr. 51/1995 stipulează faptul că activitatea acestuia constă, printre altele și în „redactarea de acte juridice, atestarea identității părților, a conținutului și datei actelor prezentate spre autentificare”², norme care trebuie completate cu prevederile art. 92 alin. 1 din Statutul avocatului adoptat prin Hotărârea nr. 64 a Consiliul UNBR privind adoptarea Statutului profesiei de avocat, publicată în Monitorul Oficial nr. 898 din 19.12.2011, care prevede faptul că documentul atestat de avocat poate fi prezentat unui notar în vederea autentificării, dar nu faptul că acesta ar fi autentic, așa cum în mod eronat s-a interpretat, în practică.

Numai după autentificare actul prezentat notarului și autentificat de către acesta, devine titlu executoriu, însă cu respectarea legii în materia notarilor publici, Legea nr. 36/1995, ceea ce presupune ca părțile contractului să se prezinte personal în fața notarului public, care stabilește personal identitatea acestora și le ia consimțământul cu privire la conținutul actului.

Prin urmare, autentificarea presupune procedura identificării părților, care se poate face într-adevar prin asistarea de către avocat, dar prin exprimarea consimțământului părților contractului, fapt care impune prezenta obligatorie a părților care urmează să fie identificate conform legii la autentificarea înscrisului.

În situația în care o parte nu este prezentă, acesta poate fi reprezentată prin procură notarială autentică, cu respectarea prevederilor privind verificarea în Registrul Național Notarial de evidență a procurilor și revocărilor, iar în cazul constatării revocării procurii, notarul, va respinge cererea de autentificare³.

Așadar, chiar dacă un act este prezentat unui notar în vederea autentificării, acel act nu dobândește calitatea de act autentic dacă părțile nu sunt prezente în fața notarului, ceea ce înseamnă că documentul întocmit de avocat avea doar valoarea unui act sub semnătura privată, forma autentică fiind de competența unui notar.

În același timp, în sprijinul celor afirmate, Legea nr. 51/1995 în vigoare în anul 2013, prin art. 39 alin. 1 stipula faptul că: „în exercitarea profesiei, avocații sunt ocrotiți de lege, fara a putea fi asimilati functionarilor publici sau altor salariați”⁴, articol de lege care coroborat cu prevederile Codului de procedură civilă în vigoare din februarie 2013 statuează prin art. 278 alin. 1 pct 1 C. pr. civ. faptul că data certă poate fi dată de către un funcționar, avocatul nefiind considerat sau asimilat unui funcționar în 2013, deci contractul de împrumut atestat de către acesta neputând reprezenta titlu executoriu, din coroborarea acestor texte de lege.

¹ Legea nr.51/1995

² Art. 3 alin. 1 lit c) din Legea nr.51/1995

³ Legea nr. 36/1995

⁴ Art. 39 din Legea nr.51/1995

Vorbim de un vid legislativ în perioada 15 februarie 2013-1 februarie 2014, întrucât data certă prevăzută în Codul de procedură civilă era atributul exclusiv al unui funcționar, calitate pe care avocatul nu a avut-o niciodată până în anul 2014, chiar dacă Legea nr. 51/1995 prevedea faptul că avocatul putea conferi dată certă, codul de procedură civilă din 2013 prevede condiția calității de funcționar, calitate pe care avocatul nu a avut-o niciodată până în anul 2014.

În aceste condiții, contractul de împrumut emis de către avocat, înainte de data de 1 februarie 2014, nu avea cum să constituie titlu executoriu, în sensul art. 632 din noul Cod de procedură civilă.

În acest sens s-a pronunțat și Judecătoria sectorului 3 prin soluția din dosarul nr. 2313/301/2015, ramasă definitivă prin respingerea apelului ca nefondat de către Tribunalul București, care a constatat că un act atestat de avocat, ulterior legalizat la notar, nu constituie titlu executoriu și deci nu poate fi pus în executare, acest caracter fiind stabilit doar de lege și nu prin voința părților, în cauză instanța constatând faptul că actul nu are forma autentică⁵.

Înainte de intrarea în vigoare a prevederilor noului Cod de procedură civilă și în prezent, data certă acordată de către avocat era asupra contractului de asistență juridică.

În același timp, la momentul atestării oricărui act, în situația de față, a unui contract de împrumut, avocatul, spre deosebire de notar este obligat să întocmească și un contract de asistență juridică cu părțile contractului, al cărui obiect să fie atestarea actului, întrucât potrivit art. 29 din Legea nr. 51/1995 avocatul asistă părțile în baza unui contract care dobândește dată certă prin înregistrarea în registrul oficial de evidență ⁶, întrucât data certă este dată prin existența unui contract de asistență juridică.

Prin intrarea în vigoare la data de 01.02.2014 a Legii nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, prin prevederile art. 51 alin. 2, a fost modificat art. 39 din Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat, astfel încât, în exercitarea profesiei, avocații sunt ocrotiți de lege, fără a putea fi asimilați funcționarilor publici, cu excepția situațiilor în care atestă identitatea părților, a conținutului sau datei unui act⁷, situație unică în care avocații au devenit funcționari, actele atestate de către aceștia putând constitui titlu executoriu, dar și situație în care se poate atrage răspunderea penală în egală măsură, cu ocazia atestării actelor, potrivit noilor reglementări.

Așadar, conform textelor de lege enunțate mai sus, potrivit Codului de procedură civilă din 2013, prin atestarea unui act juridic de către un avocat, nu se poate atribui actului respectiv un caracter autentic și nici nu i se conferea caracterul unui titlu executoriu decât după modificările legislative din 1 februarie 2014, când potrivit Legii nr. 51/1995 avocatul a devenit funcționar public doar în momentul în care atestă un act, care în acest mod dobândește data certă, putând să constituie titlu executoriu, fără a mai fi necesară o altă procedură.

⁵ Soluție dosar nr. 2313/301/2015

⁶ Art. 29 din Legea nr.51/1995

⁷ Art. 39 din Legea nr.51/1995 în vigoare din 01.02.2014

Bibliografie:

1. Legea nr. 51/1995, Monitorul Oficial, 2011
2. Legea nr. 51/1995, Monitorul Oficial, 2014
3. Legea nr. 36/1995, Monitorul Oficial, 2013
4. Statutul avocatului, Monitorul Oficial, 2014
5. Codul de procedură civilă, 2013
6. Codul de procedură civilă, 2014
7. Codul civil, 2011
8. Hotărâre dosar nr. 2313/301/2015

O SINTEZĂ A MODIFICĂRILOR ADUSE DE CODUL CIVIL DISPOZIȚIILOR DE DREPT INTERNAȚIONAL PRIVAT PREVĂZUTE ÎN LEGEA NR. 105/1992

*Laura Magdalena TROCAN**

Abstract:

Although Law no. 105/1992 on the regulation of relations of Private International Law has been praised as a true code of Romanian Private International Law, The Civil Code in the 7th Book –The international private law stipulations – and the Civil Procedure Code in the 7th Book – International civil litigation – integrates the stipulations of Private International Law contained by Law no. 105/1992 in a reviewed manner in order to harmonize them with the community instruments and international instruments in the field of Private International Law. Civil Code proceeded to a better organization of legal norms who regulating legal relations in matters with foreign elements compared to the old regulation, establishing the practice of grouping legal rules on specific institutions of Private International Law, maintaining numerous provisions of Law no. 105/1992, but adding amendments and additions determined by contemporary realities, the size of the outstanding mobility of people, which requires, on the one hand, a greater legislative flexibility and, on the other hand, a higher level of legal security. This study aims are to achieve a synthesis of the amendments of the Civil Code on the Private International Law provisions stipulated in Law no. 105/1992 having regard to the conclusions of the scientific articles published so far regarding the scope of the provisions of Book VII of the new Civil Code and the new Code of Civil Procedure, the conflict rules in matters of goods, divorce, civile status, trust or on the role of the Hague Conference on Private International Law in the progressive unification of the specific rules of Private International Law.

Keywords: *Private International Law, The Civil Code, conflict rules, applicable law, foreign element*

Rezumat:

Deși Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat a fost apreciată ca fiind un adevărat cod al dreptului internațional privat român, Codul Civil în Cartea a VII-a intitulată: Dispoziții de drept internațional privat și Codul de Procedură Civilă în Cartea a VII a – intitulată: Procesul civil internațional integrează dispozițiile de drept internațional privat cuprinse în Legea nr. 105/1992 într-o manieră revizuită în vederea armonizării acestora cu instrumentele Uniunii Europene și cele internaționale în domeniul dreptului internațional privat. Codul Civil procedează la o mai bună organizare a normelor juridice în materia reglementării raporturilor juridice cu elemente de extraneitate față de vechea reglementare, instituind practica grupării normelor juridice pe instituții specifice dreptului internațional privat, menținând numeroase dispoziții ale Legii nr. 105/1992, dar adăugând modificări și completări, determinate de realitățile contemporane, de dimensiunile deosebite ale mobilității persoanelor care necesită, pe de o parte, o flexibilitate legislativă mai

* Conf. univ. dr., Universitatea „Constantin Brâncuși” din Târgu-Jiu, Facultatea de Științe Juridice; Cercetător asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

mare și, pe de altă parte, un nivel mai ridicat de securitate juridică. Prezentul studiu își propune să realizeze o sinteză a modificărilor aduse de Codul Civil dispozițiilor de drept internațional privat prevăzute în Legea nr. 105/1992 având în vedere concluziile formulate în articolele științifice publicate până în prezent privind domeniul de aplicare a dispozițiilor din Cartea a VII-a a noului Cod Civil și a noului Cod de Procedură Civilă, privind normele conflictuale în materia bunurilor, divorțului, stării civile, trustului sau privind rolul Conferinței de la Haga asupra dreptului internațional privat în domeniul unificării progresive a normelor specifice dreptului internațional privat.

Cuvinte-cheie: drept internațional privat, Cod Civil, norme conflictuale, lege aplicabilă, element de extraneitate

Considerații generale

Dacă, până în anul 1992, raporturile juridice cu elemente de extraneitate au cunoscut o reglementare succintă, regăsindu-se, în special, în cuprinsul art. 2, art. 885, art. 1773 și art. 1789 din Codul Civil al României publicat în Buletinul Oficial nr. 1/1 iulie 1981¹ și art. 375 din Codul de Procedură Civilă, schimbările majore intervenite în relațiile internaționale ca urmare a evenimentelor din anii 1990 au determinat o amplificare și o diversificare fără precedent a relațiilor internaționale, și au creat condițiile, în contextul libertății de mișcare a serviciilor, capitalurilor, mărfurilor și persoanelor, pentru nașterea, într-o măsură tot mai mare, a unor raporturi juridice între persoane fizice și juridice cuprinzând unul sau mai multe elemente de extraneitate².

În acest context, intrarea în vigoare a Legii nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat³ a răspuns necesităților noii societăți românești și a realizat, pentru prima dată, în legislația noastră o reglementare de ansamblu referitoare la dreptul internațional privat⁴, scopul Legii nr. 105/1992 fiind acela de a asigura cadrul legislativ corespunzător desfășurării în condiții de securitate juridică a relațiilor cu elemente de extraneitate, în contextul extinderii proceselor globalizării și integrării regionale⁵.

Deși Legea nr. 105/1992 a fost apreciată ca fiind un adevărat cod al dreptului internațional privat român⁶, noul Cod Civil, în Cartea a VII a, intitulată: Dispoziții de drept internațional privat și noul Cod de Procedură Civilă, în Cartea a VII a, intitulată: Procesul civil internațional integrează dispozițiile de drept internațional privat cuprinse în Legea nr. 105/1992 într-o manieră revizuită în vederea armonizării acestora cu instrumentele Uniunii Europene și cele internaționale în domeniul dreptului internațional privat⁷. Dacă

¹ În conformitate cu dispozițiile art. 2 din Codul Civil al României publicat în B. Of. nr. 1/1 iulie 1981: „Numai imobilele aflate în cuprinsul teritoriului României sînt supuse legilor române, chiar cînd ele se posedă de străini. Legile relative la starea civilă și la capacitatea persoanelor urmăresc pe români, chiar cînd ei își au reședința în străinătate. Forma exterioară a actelor e supusă legilor țării unde se face actul”.

² Filipescu I., Filipescu A., *Tratat de drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2005, p. 15.

³ În continuare ne vom referi la Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat folosind sintagma Legea nr. 105/1992.

⁴ Zilberstein S., *Procesul civil internațional*, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 3.

⁵ Ibidem, p. 4; Trocan L. M., *Determinarea legii aplicabile raportului de drept internațional privat*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2014, p. 1.

⁶ Zilberstein S., op. cit., p. 3-4.

⁷ Expunerea de motive a Ministerului de Justiție privind Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil.

Legea nr. 105/1992 conținea, în conformitate cu dispozițiile art. 1, atât norme pentru determinarea legii aplicabile unui raport de drept internațional privat, cât și norme de procedură în litigii privind raporturile de drept internațional privat, noile concepții legislative materializate în cele două coduri procedează la o separare a acestor norme specifice dreptului internațional privat, reformulând soluțiile consacrate în Legea nr. 105/1992.

Astfel, art. 2557, alin. 1 din Codul Civil arată că „prezenta carte cuprinde norme pentru determinarea legii aplicabile unui raport de drept internațional privat”, iar art. 1065 din Codul de Procedură Civilă stipulează că „dispozițiile prezentei cărți se aplică proceselor de drept privat cu elemente de extraneitate...”. Analiza celor două articole evidențiază faptul că, în Codul Civil, nu se mai regăsesc referiri la normele de procedură aplicabile procesului civil internațional, norme care au fost incluse în Codul de Procedură Civilă al României în Cartea a VII-a. Așadar, reglementarea din Codul Civil cuprinde numai norme pentru determinarea legii aplicabile, respectiv pentru soluționarea conflictelor de legi⁸, aspectele privind conflictele de jurisdicții regăsindu-se reglementate de Codul de Procedură Civilă.

Elementele de noutate aduse de Codul Civil în ceea ce privește reglementarea raporturilor juridice cu elemente de extraneitate

Dispozițiile de drept internațional privat cuprinse în Cartea a VII a din Codul Civil sunt structurate în două titluri, după cum urmează: Titlul I: Dispoziții generale (art. 2557-2571) și Titlul al doilea: Conflicte de legi (art. 2572-2664). Încă de la o primă lectură a prevederilor Titlului I al Cărții a VII a din Codul Civil se constată o mai bună organizare a normelor juridice în materia reglementării raporturilor juridice cu elemente de extraneitate față de vechea reglementare, Codul Civil instituind practica grupării normelor juridice pe instituții specifice dreptului internațional privat, menținând numeroase dispoziții ale Legii nr. 105/1992, dar adăugând modificări și completări, determinate de realitățile contemporane, de dimensiunile deosebite ale mobilității persoanelor care necesită, pe de o parte, o flexibilitate legislativă mai mare și, pe de altă parte, un nivel mai ridicat de securitate juridică.

Astfel, o primă completare adusă de Codul Civil dispozițiilor Legii nr. 105/1992 privește obiectul de reglementare în sensul că, dacă dispozițiile Legii nr. 105/1992 erau aplicabile în măsura în care convențiile internaționale la care România era parte nu stabileau o altă reglementare, în prezent, dispozițiile Cărții a VII a din Codul Civil sunt aplicabile în măsura în care convențiile internaționale la care România este parte, dreptul Uniunii Europene sau dispozițiile din legile speciale nu stabilesc o altă reglementare. Introducerea acestei completări este menită să dea expresie calității României de stat membru al Uniunii Europene, începând cu 1 ianuarie 2007, și principiului aplicării prioritare a dreptului Uniunii Europene, consacrat atât de prevederile tratatelor Uniunii Europene, precum și de cele ale art. 5 din Codul Civil⁹.

În materia calificării, dispozițiile Cărții a VII a din Codul Civil consacră regula calificării după *lex fori*, respectiv după legea română, soluția fiind tradițională în dreptul român, fiind expres consacrată de art. 3 și art. 50 din vechea reglementare, introducându-se însă reguli

⁸ Procedând astfel, legiuitorul român s-a îndepărtat de modelul Codului civil al provinciei Quebec, care cuprinde și norme de procedură civilă aplicabile procesului civil cu elemente de extraneitate. (Dragomir E. (coord.), *Noul Cod Civil – comentat și anotat*, art. 2557-2664, Ed. Nomina Lex, București, 2012, p. 28).

⁹ Dispozițiile art. 5 din Codul Civil stipulează că în materiile reglementate de prezentul cod, normele dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau statutul părților.

de calificare în unele situații particulare, cum ar fi retrimiteria, necunoașterea unor instituții juridice de către legea română, precum și în situația calificării făcute de părțile unui act juridic¹⁰.

Codul Civil menține regula admiterii retrimiterii de gradul I, regulă consacrată și de Legea nr. 105/1992¹¹, dar față de reglementarea cuprinsă în Legea nr. 105/1992, art. 2559, alin. 3 din Codul Civil consacră și situațiile de excepție în care retrimiteria nu este posibilă fie în temeiul principiului autonomiei de voință a părților, fie ținând seama de particularitățile anumitor materii, care impun previzibilitate și siguranță în ceea ce privește legea aplicabilă, cum este cazul formeii actelor juridice și obligațiilor extracontractuale. Referitor la dreptul Uniunii Europene, retrimiteria este inaplicabilă între statele membre, ea devenind activă doar dacă legea aplicabilă este a unui stat terț și este exclusă în anumite materii, precum cea a răspunderii extracontractuale, conform prevederilor Regulamentului (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 iulie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale („Roma II”)¹².

În ceea ce privește soluția dreptului internațional privat român privind retrimiteria în cazul sistemelor plurilegislative, art. 2560 din Codul Civil arată că, dacă legea străină aparține unui stat în care coexista mai multe sisteme legislative, dreptul acelui stat determină dispozițiile legale aplicabile, iar, în lipsă, se aplică sistemul legislativ din cadrul acelui stat care prezintă cele mai strânse legături cu raportul juridic. Față de reglementarea din Legea nr. 105/1992 s-a adăugat teza finală, ca aplicație a metodei *proper law*, pentru situațiile în care sistemul legislativ străin nu cuprinde reguli pentru determinarea legii aplicabile. Soluția propusă, în sensul aplicării sistemului legislativ din acel stat care prezintă cele mai strânse legături cu raportul juridic, se regăsește în dreptul comparat (art. 3077 Codul Civil al Provinciei Quebec, art. 17 din legea belgiană; art. 18 din legea italiană, art. 4 alin. 3 din legea germană)¹³.

Referitor la legea străină trebuie precizat că, anterior apariției Codului Civil, definiția legii străine a fost o creație a literaturii de specialitate, în absența unui text normativ în care să se fi stipulat, în mod expres, o definiție a acesteia. În prezent, dispozițiile art. 2559, alin. 1 din Codul Civil român precizează că legea străină cuprinde dispozițiile de drept material, inclusiv normele conflictuale, cu excepția unor dispoziții contrare.

Deși doctrina formulase și anterior intrării în vigoare a Codului Civil opinia potrivit căreia legea străină se interpretează și se aplică potrivit regulilor de interpretare și aplicare existente în sistemul de drept căreia îi aparține, Codul Civil introduce art. 2563 care stipulează, în mod expres, acest lucru.

În ceea ce privește înlăturarea aplicării legii străine, în Codul Civil, sunt menținute cazurile de ordine publică de drept internațional privat și de fraudare a legii române, prevăzute și de Legea nr. 105/1992, dar vechea reglementare este completată cu prevederea cuprinsă în art. 2564, alin. 2 unde se arată că aplicarea legii străine încalcă ordinea publică de drept internațional privat român în măsura în care ar conduce la un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului.

¹⁰ E. Dragomir (coord.), op. cit., p. 30.

¹¹ Ibidem, p. 34.

¹² Expunerea de motive a Ministerului de Justiție privind Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil.

¹³ *Idem*.

Totodată, un alt aspect de noutate este dat și de dispozițiile stipulate în art. 2565 ale Codului Civil care stipulează că aplicarea legii determinate în conformitate cu dispozițiile Codului Civil poate fi înlăturată dacă, datorită circumstanțelor cauzei, raportul juridic are o legătură foarte îndepărtată cu această lege.

În categoria elementelor inovatoare aduse de Codul Civil se înscriu și dispozițiile art. 2566 privind normele de aplicatie imediată.

Examinarea dispozițiilor cuprinse în Legea nr. 105/1992 a reliefat existența unor asemenea norme, pe care doctrina juridică le-a definit și identificat, dar, actualmente, Codul Civil face referire expresă la acestea în art. 2566, unde stipulează că „dispozițiile imperative prevăzute de legea română pentru reglementarea unui raport juridic cu element de extraneitate se aplică în mod prioritar”¹⁴, arătând, în continuare că, într-un asemenea caz, nu sunt incidente prevederile Cărții a VII-a din Codul Civil privind determinarea legii aplicabile. Totodată, Cod Civil român, lasă la latitudinea autorității române învestite cu soluționarea unei probleme de drept internațional privat să aplice, în mod direct, și dispozițiile imperative prevăzute de legea altui stat pentru reglementarea unui raport juridic cu element de extraneitate, dacă raportul juridic prezintă strânse legături cu legea aceluia stat, iar interesele legitime ale părților o impun¹⁵. În felul acesta legiuitorul român a introdus o reglementare nouă în raport cu vechiul cadru normativ instituit prin Legea nr. 105/1992, reglementare inspirată, pe de o parte, de doctrină, iar, pe de altă parte de dreptul comparat¹⁶.

În cadrul dispozițiilor generale, arhitectii Codului Civil au considerat oportun să insereze și norme juridice referitoare la definirea legii naționale, a reședinței obișnuite și la naționalitatea persoanei juridice cu mențiunea că, dacă aspectele cu privire la legea națională și la naționalitatea persoanei juridice se regăseau, într-o reglementare oarecum similară și în Legea nr. 105/1992, cuprinse în art. 12 și art. 40, Cod Civil introduce reședință obișnuită ca punct de legătură pentru diverse norme conflictuale conținute de noua reglementare.

În Titlul al II lea din Codul Civil, intitulat Conflicte de legi, normele conflictuale sunt structurate pe următoarele capitole: persoane, familia, bunurile, moștenirea, actul juridic, obligațiile, cambia, biletul la ordin și cecul, fiducia și prescripția extinctivă.

În capitolul I – Persoane – Codul Civil a procedat la organizarea, în cuprinsul aceluiași capitol, a normelor conflictuale în materia persoanei fizice și persoanei juridice, reluând prevederile din vechea reglementare, dar introducând noi reglementări în ceea ce privește incapacitățile speciale referitoare la un raport juridic, drepturile inerente ființei umane și legea ocrotirii majorului în scopul asigurării corelației cu celelalte prevederi ale Codului Civil.

Capitolul al II lea este consacrat Familiei, procedând la o structurare a normelor conflictuale pe principalele instituții juridice din acest domeniu. Față de reglementarea cuprinsă în Legea nr. 105/1992, Codul Civil conține dispoziții și privind legea aplicabilă promisiunii de căsătorie în scopul menținerii unei simetrii juridice ca urmare a introducerii dispozițiilor privind logodna în cuprinsul art. 266-270.

În ceea ce privește forma încheierii căsătoriei, Codul Civil, în art. 2587, reia parțial dispozițiile art. 19 din Legea nr. 105/1992, nepreluând însă și norma de aplicatie imediată cuprinsă în alin. 2 al art. 19 care stipula „căsătoria unui cetățean român aflat în străinătate

¹⁴ Art. 2566, alin. 1 din Codul Civil.

¹⁵ Art. 2566, alin. 2 din Codul Civil.

¹⁶ Dragomir E. (coord.), op. cit., p. 56.

poate fi încheiată în fața autorității locale de stat competente sau în fața agentului diplomatic sau funcționarului consular fie al României, fie al statului celui alt viitor soț”. În felul acesta considerăm că a fost eliminată condiția impusă de vechea reglementare de valabilitate a căsătoriei cetățenilor români aflați în străinătate doar dacă aceasta se încheia în fața autorităților locale de stat, caz în care se poate aprecia ca valabilă și căsătoria încheiată în fața altor autorități străine, altele decât cele de stat, cu condiția respectării cerințelor de formă impuse de legea statului pe teritoriul căruia se celebrează căsătoria.

Modificări importante se regăsesc în ceea ce privește efectele și desfacerea căsătoriei, analiza dispozițiilor art. 2589-2600 din noul Cod Civil, prin raportare la cele ale art. 20, art. 21 și art. 22 din Legea nr. 105/1992, permițând evidențierea faptului că noua reglementare în aceste domenii este mult mai vastă și conține schimbări atât în ceea ce privește punctele de legătură, cât și sub aspectul posibilității soților de a alege legea aplicabilă. Astfel, Codul Civil conferă reședinței comune a soților calitatea de principal punct de legătură în materia efectelor și desfacerii căsătoriei, *lex patriae*¹⁷ și *lex domicilii* căpătând valențe secundare. Considerăm că apariția acestei modificări se impunea în condițiile în care, prin căsătorie, soții își creează un statut juridic nou, iar, în condițiile exploziei fenomenului migrației, statul cu care soții întrețin cele mai strânse legături este cel pe teritoriul căruia își au reședința.

Examinarea normelor conflictuale privind desfacerea căsătoriei cuprinse în noul Cod Civil permite identificarea și a unor dispoziții inexistente în Legea nr. 105/1992 care se referă la o instituție necunoscută dreptului român, și anume, desfacerea căsătoriei prin denunțarea unilaterală¹⁸.

Analiza art. 2601 coroborat cu art. 2567 din Codul Civil permite identificarea unui efect atenuant al ordinii publice de drept internațional privat român¹⁹, având în vedere faptul că, deși sistemul de drept românesc nu permite desfacerea căsătoriei prin denunțarea

¹⁷ Deși *lex patriae* era considerată de adepții lui Mancini drept cea mai potrivită soluție pentru rezolvarea conflictelor de legi în materia efectelor căsătoriei, s-a dovedit a fi insuficient adaptată realităților secolului al XX-lea, având în vedere faptul că în secolul menționat Europa, și nu numai, s-a confruntat cu un fenomen de imigrație desfășurat la o scară nemaîntâlnită în istorie. Franța s-a confruntat din plin cu acest fenomen al imigrației cu caracter de masă, iar juriștii francezi și-au dat seama că aplicarea legii naționale în materia statutului personal pentru miile de imigranți ar fi determinat instanțele franceze și alte autorități, mai puțin obișnuite cu tehnica de lucru în dreptul internațional privat, să aplice o sumedenie de legi străine. Pe lângă problema aflării conținutului acestor legi s-ar fi pus și problema aplicării lor fidele. De asemenea, specialiștii francezi au fost și mai puțin favorabili legii naționale, gândindu-se că aplicarea pe teritoriul francez a prea multor legi naționale, unele dintre ele sensibil diferite decât cele interne, ar slăbi autoritatea acestora din urmă. În consecință, confrunțați cu valurile de imigranți, specialiștii francezi au devenit partizanii legii domiciliului sau reședinței obișnuite, în materia statutului personal. Prin urmare, se poate concluziona că legea națională ca punct de legătură pentru statutul personal nu este potrivită pentru o țară de imigrație. (Dariescu C., *Relațiile personale dintre soți în dreptul internațional privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 43-44).

¹⁸ Denunțarea unilaterală a căsătoriei este o instituție juridică specifică sistemelor de drept ale statelor islamice. Repudierea este un privilegiu exclusiv al soțului de a pune capăt căsătoriei fiind uzitat în toate clasele sociale. (Linant de Bellefonds Y., *La repudiation dans l'Islam aujourd'hui*, *Revue Internationale de Droit Compare*, nr. 3/1962, vol. 14, p. 521 – http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1962_num_14_3_13419).

¹⁹ Se poate vorbi de existența unor efecte atenuante ale ordinii publice în situația în care există unele raporturi juridice care nu ar fi putut lua naștere pe teritoriul țării forului deoarece s-ar fi opus ordinea publică, dar care, odată apărute în țara străină, sunt recunoscute chiar și pe teritoriul legii forului. (Fuerea A., *Drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 61).

unilaterală a acesteia de către bărbat²⁰, deoarece s-ar încălca principiul fundamental – al egalității în drepturi²¹, legiuitorul a permis, în mod expres, recunoașterea actului întocmit în străinătate prin care se constată voința unilaterală a bărbatului de a desface căsătoria, dacă sunt îndeplinite cumulativ anumite condiții²². Mai mult, având în vedere că legiuitorul român a consacrat obligativitatea consimțământului liber și neechivoc al femeii cu privire la această modalitate de desfacere a căsătoriei, denunțarea unilaterală poate fi asimilată cu un divorț prin acordul soților, instituție admisă și de dreptul nostru.

În ceea ce privește separația de corp, noul Cod Civil reia, într-o formă ușor modificată, prevederile Legii nr. 105/1992²³, în art. 2602, unde se arată că legea care cârmuiește divorțul se aplică, în mod corespunzător, și separației de corp²⁴. Având în vedere faptul că această instituție nu este cunoscută de sistemul de drept român, această prevedere se aplică numai în situația în care legea materială aplicabilă este o altă lege decât cea română²⁵.

În materia filiației și adopției noul Cod Civil reia, în integralitate, prevederile cuprinse în Legea nr. 105/1992, însă introduce prin art. 2611 dispoziții privind legea aplicabilă în materia autorității părintești și protecției copilului stipulând că, în acest domeniu, legea aplicabilă se stabilește potrivit Convenției privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea, executarea și cooperarea cu privire la răspunderea părintească și măsurile privind protecția copiilor, adoptată la Haga la 19 octombrie 1996, ratificată prin Legea nr. 361/2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 895 din 28 decembrie 2007. Acest articol dă expresie art. 2557, alin. 3 din Codul Civil care consacră, în mod direct și expres, prioritatea convențiilor internaționale la care România este parte în domeniile ce cad sub incidența Cărții a VII a din Codul Civil.

Până la adoptarea Codului Civil reglementările cu privire la obligația de întreținere cu elemente de extraneitate erau stipulate în art. 34-35 din Legea nr. 105/1992. În prezent Codul Civil stipulează că legea aplicabilă obligației de întreținere se determină potrivit reglementărilor dreptului Uniunii Europene, la nivelul Uniunii Europene existând Decizia Consiliului 2009/941/CE din 30.11.2009 din 30 noiembrie 2009 prin care a fost aprobat, în numele Uniunii Europene (fără Regatul Unit al Marii Britanii, Irlandei și Danemarcei) –

²⁰ Unele sisteme de drept consacră anumite discriminări rasiale, religioase sau cunosc anumite instituții juridice cum sunt poligamia sau repudierea unilaterală ce sunt considerate contrare principiilor fundamentale ale altor sisteme de drept. Autoritățile acestor din urmă state refuză să aplice asemenea dispoziții legale făcând apel la ordinea publică. (Ungureanu O., Juguștru C., *Manual de drept internațional privat*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 70).

²¹ În niciunul dintre statele membre ale Uniunii Europene legislația nu admite căsătoriile poligame sau repudierea. Aceste instituții nu sunt compatibile cu gândirea juridică și morala de tip european. (<http://www.scribd.com/doc/12732472/DAN-TOMA-DULCIU-Condiia-juridic-a-musulmanilor-in-rile-me-mbre-ale-Uniunii-Europene-Reglementrile-comunitare-i-legislaia-romaneasc-Studiu-C>).

²² În Franța, având în vedere teoria drepturilor câștigate, mai multe instanțe au recunoscut efectele actului de repudiere intervenit în străinătate. Examinarea practicii judiciare a permis reliefarea faptului că recunoașterea a operat doar pentru cazurile în care repudierea a intervenit în străinătate și nu pe teritoriul Franței (Curtea de Apel din Paris în hotărârea din 7 iulie 1959 în speța Clunet a considerat ca un act de repudiere unilaterală efectuat în conformitate cu legea musulmană și întocmit de Imanul Moscheii din Paris nu poate fi recunoscut) și au fost respectate condițiile prevăzute de legea națională a soților. (Loussouarn Y., Bourel P., Vareilles-Sommieres P., *Droit international prive*, Dalloz, 2004, p. 436-438).

²³ Art. 23 din Legea nr. 105/1992 prevedea că „în cazul în care soții sunt în drept să ceară separația de corp, condițiile acesteia sunt supuse legii prevăzute de art. 20, care se aplică în mod corespunzător”.

²⁴ Separația de corp este o instituție juridică nereglementată de dreptul român în virtutea căreia încetează obligația de coabitare a soților și se împart bunurile acestora, însă căsătoria se menține. (Lupașcu D., *Drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 198).

²⁵ *Idem*.

Protocolul de la Haga din 23 noiembrie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor de întreținere, Regulamentul (CE) nr. 4/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere și Decizia Consiliului 2011/432/UE din 9 iunie 2011 privind aprobarea, în numele Uniunii Europene, a Convenției de la Haga din 23 noiembrie 2007 privind obținerea pensiei de întreținere în străinătate pentru copii și alți membri ai familiei. Consacrând o asemenea dispoziție, Codul civil confirmă, încă o dată, aplicarea prioritară a dreptului Uniunii Europene prin dispoziții specifice privind domenii distincte ale dreptului internațional privat²⁶.

În materia bunurilor, față de reglementarea cuprinsă în Legea nr. 105/1992, unde normele conflictuale în materia bunurilor erau inserate în Capitolul al V-lea, fiind structurate pe șase secțiuni, noua reglementare aduce o completare semnificativă prin introducerea unei a șaptea secțiuni – Ipotecile mobiliare – acordând, în acest fel, o atenție specială garanțiilor, în efortul de corelare a amendamentelor propuse din acest domeniu cu materia ipotecilor mobiliare și imobiliare, precum și în scopul de a reformula soluțiile consacrate în Legea nr. 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice²⁷.

Codul Civil cuprinde în Secțiunea 1 din Capitolul al III-lea din Titlul al II-lea al Cărții a VII-a și dispoziții pe care nu le regăsim reglementate în Legea nr. 105/1992, și anume, cele privind legea aplicabilă patrimoniului de afecțiune²⁸ și legea aplicabilă revendicării bunurilor mobile. Inserarea de către legiuitor a posibilității de exercitare, în context transnațional, a acțiunii în revendicare a bunurilor furate sau exportate ilegal este inspirată de realitatea contemporană fiind motivată de dimensiunile deosebite pe care le cunoaște în prezent criminalitatea transfrontalieră. Totodată, dispozițiile noului Cod Civil în această materie, venind în sprijinul proprietarului păgubit, oferă o soluție ce consacră principiul autonomiei de voință, lăsând la latitudinea proprietarului originar al bunului furat sau exportat ilegal posibilitatea invocării, în mod alternativ, fie a legii statului pe teritoriul căruia se află bunul la momentul furtului sau exportului, fie a legii statului pe teritoriul căruia se află bunul la momentul revendicării.

Prevederile noului Cod Civil au avut în vedere și necesitatea protejării intereselor terțului posesor de bună credință arătând că, în situația în care proprietarul originar al bunului alege să invoce legea statului pe teritoriul căruia bunul se află la momentul furtului sau exportului, iar această lege nu conține prevederi de protecție pentru terțul posesor de bună credință, acesta poate invoca protecția pe care i-o conferă legea statului pe teritoriul căruia bunul se află la momentul revendicării. Consacrând o asemenea dispoziție Codul Civil instituie posibilitatea aplicării legii celei mai favorabile terțului posesor de bună credință, dar și posibilitatea aplicării a două legi diferite în aceeași cauză, situație care ar putea determina apariția unor dificultăți în soluționarea cauzei și chiar o prelungire a procesului având în vedere că va fi vorba de necesitatea stabilirii conținutului a două legi străine.

²⁶ Diaconu N., *Legea aplicabilă obligației de întreținere cu element strain*, Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 1/2012, p. 7-17.

²⁷ Expunere de motive a Ministerului de Justiție privind Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

²⁸ Teza patrimoniului de afecțiune a apărut la începutul secolului al XX-lea în Germania iar ideea centrală a acestei teorii rezidă în faptul că unitatea drepturilor și obligațiilor constituite ca o universalitate nu depinde de apartenența la o anumită persoană, ci de scopul sau afecțiunea pe care titularul le-a dat-o acestora. Instituția tip în care proprietatea afectată unui scop își are locul cel mai potrivit este fundația. (Ungureanu O., Munteanu C., *Tratat de drept civil*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 20, 298).

De asemenea, având în vedere faptul că legiuitorul a ales să reglementeze și legea aplicabilă revendicării bunurilor furate sau exportate ilegal din patrimonial cultural național al unui stat, trebuie spus că, dispozițiile referitoare la bunurile furate sau exportate ilegal din patrimonial cultural național al unui stat trebuie coroborate, potrivit art. 2557, alin. 3 din noul Cod Civil, cu cele cuprinse în Convenția asupra măsurilor ce urmează a fi luate pentru interzicerea și împiedicarea operațiunilor ilicite de import, export și transfer de proprietate al bunurilor culturale adoptată în cadrul ONU la Paris în 1970 (la care România a aderat prin Legea nr. 79/1993) și Convenția UNIDROIT privind bunurile culturale furate sau exportate ilegal adoptată la Roma în 1995 (ratificată de România prin Legea nr. 149/1997).

Art. 2616 din Codul Civil reglementează uzucapiunea mobilă²⁹ prin reluarea art. 145 și 146 din Legea nr. 105/1992³⁰, cu precizarea că, în noua reglementare se stipulează, în mod expres, spre deosebire de Legea nr. 105/1992, unde nu se făcea distincția între uzucapiunea bunurilor mobile sau imobile, că dispozițiile sale au în vedere doar prescripția achizitivă privind bunurile mobile. De altfel, în condițiile anterioare intrării în vigoare a noului Cod Civil, uzucapiunea era aplicabilă, în mod exclusiv, bunurilor imobile³¹, iar situațiile pe care le avea în vedere reglementarea din Legea nr. 105/1992 vizau, cu precădere, problemele ridicate de succesiunea statelor. Pe de altă parte, având în vedere că noul Cod Civil nu mai face nicio referire la legea aplicabilă uzucapiunii în ceea ce privește bunurile imobile, considerăm că, în acest caz, se vor aplica normele conflictuale privind conflictele de legi în cazul succesiunii statelor³².

În ceea ce privește legea aplicabilă titlurilor de valoare dispozițiile noului Cod Civil arată că emiterea de acțiuni sau obligațiuni nominative sau la purtător, este supusă legii aplicabile statutului organic al persoanei juridice emitente. Față de reglementarea cuprinsă în dispozițiile Legii nr. 105/1992 unde se avea în vedere doar clasificarea acțiunilor în nominative sau la purtător³³, noul Cod Civil stipulează că legea aplicabilă statutului organic al persoanei juridice emitente se aplică atât acțiunilor, cât și obligațiunilor indiferent că sunt nominative sau la purtător.

În secțiunea a 5 a din Capitolul al III-lea, Titlul II din Cartea a VII-a a noului Cod Civil – intitulată Bunurile incorporale – se indică legea aplicabilă operelor de creație intelectuală și legea aplicabilă dreptului de proprietate industrială. Prevederile noului Cod Civil nu diferă de cele ale Legii nr. 105/1992 dar, de această dată, la această secțiune, nu s-au reținut și aspectele legate de legea care guvernează obținerea reparației materiale și morale pentru încălcarea dreptului de autor sau de proprietate intelectuală, și care, în opinia noastră, se impunea să rămână, chiar dacă suportau unele modificări în ceea ce privește punctul de

²⁹ Apariția acestui articol a intervenit ca urmare a faptului că art. 939 din Codul Civil prevede posibilitatea dobândirii dreptului de proprietate prin uzucapiunea bunului mobil ca urmare a posesiei acestuia o perioadă de 10 ani.

³⁰ Art. 2616, alin. 1 din Cod Civil.

³¹ Analiza dispozițiilor Codului Civil în vigoare permite definirea uzucapiunii ca fiind prescripția prin care se dobândește dreptul real, acest drept dobândindu-se prin efectul posesiei lucrului un timp determinat, astfel încât starea de fapt se transformă în stare de drept. Prin uzucapiune poate fi dobândit orice bun imobil care se găsește în circuitul civil, adică este inalienabil. Bunul mobil poate fi revendicat. Acțiunea în revendicare a acestora este imprescriptibilă, ca și pentru imobile. Dar posesorul nu poate invoca prescripția achizitivă la mobile, ci numai la imobile. (Filipescu I., *Dreptul civil – Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Ed. Actami, București, 1998, p. 250-251).

³² Vezi în acest sens Trocan L. M., *Studii de drept internațional privat*, Ed. Academica Brâncuși, Târgu-Jiu, 2010, p. 33-43.

³³ Art. 57 din Legea nr. 105/1992.

legătură. De asemenea, în reglementarea noului Cod Civil nu regăsim nici dispozițiile cuprinse în art. 63 din Legea nr. 105/1992 care conțineau precizarea potrivit căreia drepturile de autor și de proprietate industrială ale persoanelor fizice și persoanelor juridice străine sunt ocrotite pe teritoriul României, conform legii române și convențiilor internaționale la care România este parte.

Noul Cod Civil suplimentează normele conflictuale în materia bunurilor cu încă o secțiune – Secțiunea a 7 a – unde sunt reglementate aspectele de drept internațional privat privind ipotecile mobiliare prin adaptarea, în vederea răspunderii noilor realități economice, a dispozițiilor cuprinse în art. 2389 din Codul Civil. Elementul de extraneitate în domeniul ipotecilor mobiliare poate consta în faptul că una dintre părțile contractului de ipotecă mobilă este o persoană fizică sau juridică străină, în faptul că pe parcursul derulării contractului părțile își schimbă domiciliul sau sediul sau că bunul afectat garanției se afla inițial în străinătate și este adus ulterior în România etc³⁴.

Capitolul al VI-lea din Titlul II din Cartea a VII-a a noului Cod Civil este destinat reglementării moștenirii cu elemente de extraneitate. Spre deosebire de reglementarea Legii nr. 105/1992 unde se făcea distincție între moștenirea mobilă, careia îi era aplicabilă legea națională a defunctului și moștenirea imobiliară, pentru care se aplica *lex rei sitae*, Codul Civil arată, în art. 2634, că o persoană poate să aleagă, ca lege aplicabilă moștenirii în ansamblul ei, legea statului a cărui cetățenie o are, iar în absența unei astfel de alegeri, art. 2633 din Codul Civil supune moștenirea legii statului pe teritoriul căruia defunctul a avut, la data morții, reședința obișnuită³⁵. Această soluție se regăsește și în Convenția de la Haga din 1 august 1989 privind legea aplicabilă succesiunilor, precum și în Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor. Codul Civil conține o serie de dispoziții referitoare la condițiile de alegere a legii aplicabile moștenirii, care nu se regăsesc în Legea nr. 105/1992, atât în ceea ce privește existența și validitatea consimțământului exprimat prin declarația de alegere a legii, cât și în ceea ce privește forma declarației de alegere a legii aplicabile.

În ceea ce privește actul juridic Codul Civil menține principiul *lex voluntatis* în ceea ce privește condițiile de fond ale actului juridic, arătând că, în lipsă, se aplică legea statului cu care actul juridic prezintă legăturile cele mai strânse, iar dacă această lege nu poate fi identificată, se aplică legea locului unde actul juridic a fost încheiat. De asemenea, și în această materie s-a procedat la înlocuirea punctului de legătură *lex domicilii* cu reședința obișnuită.

Referitor la obligațiile contractuale și extracontractuale, reglementate în cuprinsul art. 73-126 din Legea nr. 105/1992, Codul Civil consacră soluția determinării legii aplicabile obligațiilor contractuale și extracontractuale conform dreptului Uniunii Europene. Această soluție face trimitere la Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I) și la Regulamentul (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 iulie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale (Roma II).

Un alt element de noutate este dat de introducerea în cuprinsul Titlului II din Cartea a VII-a a Codului Civil a Capitolului VII intitulat Fiducia. Introducerea normelor conflictuale în

³⁴ www.univnt.ro/rezumat_e_d_octorat/index.php?dir=Drept%2F...ilie...

³⁵ Dragomir E. (coord.), op. cit., p. 346-348.

materia fiduciei s-a impus ca urmare a reglementării fiduciei în art. 773-791 din Codul Civil, Convenția de la Haga privind legea aplicabilă trustului și recunoașterii acestuia din 1985 constituind principala sursă de inspirație pentru reglementarea fiduciei cu elemente de extraneitate.

Concluzii

Noul Cod Civil, văzut ca și un instrument modern de reglementare, adaptat realităților social-economice actuale, a promovat o concepție monistă de reglementare a raporturilor de drept privat într-un singur cod, astfel încât și aspectele de drept internațional privat au fost cuprinse în această nouă reglementare, care, în parte, a păstrat modul de reglementare stipulat în Legea nr. 105/1992 în numeroase domenii, dar care a procedat la modificări și completări și, mai mult, a introdus dispoziții noi din necesitatea aplicării prioritare a dreptului Uniunii Europene sau reglementării unor instituții precum logodna, ipoteca mobilă sau fiducia. Totodată, în contextul realităților actuale, dispozițiile de drept internațional privat din noul Cod Civil au meritul de a fi procedat la o mai bună grupare a normelor juridice specifice și de a fi reglementat aspecte necuprinse în Legea nr. 105/1992.

Bibliografie:

- Dariescu C., *Relațiile personale dintre soți în dreptul internațional privat*, Editura C.H. Beck, București, 2009
- Diaconu N., Legea aplicabilă obligației de întreținere cu element străin, *Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, nr. 1/2012
- Dragomir E. (coord.), *Noul Cod Civil – comentat și adnotat*, art. 2557-2664, Editura Nomina Lex, București, 2012
- Filipescu I., *Dreptul civil – Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Editura Actami, București, 1998
- Filipescu I., Filipescu A., *Tratat de drept internațional privat*, Editura Universul Juridic, București, 2005
- Fuerea A., *Drept internațional privat*, Editura Universul Juridic, București, 2008
- Linant de Bellefonds Y., *La repudiation dans l'Islam aujourd'hui*, *Revue International de Droit Compare*, nr. 3/1962, vol. 14 – http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1962_num_14_3_13419.
- Loussouarn Y., Bourel P., Vareilles-Sommieres P., *Droit international prive*, Dalloz, 2004
- Lupașcu D., *Drept internațional privat*, Editura Universul Juridic, București, 2008
- Trocan L. M., *Studii de drept internațional privat*, Editura Academica Brâncuși, Târgu-Jiu, 2010
- Trocan L. M., *Determinarea legii aplicabile raportului de drept internațional privat*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 2014
- Trocan L. M., *Unele considerații privind domeniul de aplicare a dispozițiilor din Cartea a VII-a a noului Cod Civil și a noului Cod de Procedură Civilă*, Volumul Sesiunii anuale de comunicări științifice organizată de Institutul de Cercetări Juridice al Academiei Române „Acad. Andrei Rădulescu” intitulată „Doctrina juridică românească: între tradiție și reforme”, Editura Universul Juridic, București, 2013
- Trocan L. M., *Unele considerații privind domeniul de aplicare a dispozițiilor din Cartea a VII-a a noului Cod Civil și a noului Cod de Procedură Civilă*, Volumul Sesiunii anuale de comunicări științifice cu participare internațională organizată de Institutul de Cercetări

Juridice al Academiei Române „Acad. Andrei Rădulescu” „Doctrina juridică românească: între tradiție și reforme” Editura Universul Juridic, București, 2014

➤ Trocan L. M., *Considerations Regarding the Law Applicable to the natural Person's Civil Status in the Light of the International Private Law Stipulations of Romania's New Civil Code*, National Conference on The New Romanian Civil Code, Two Years After its Entry into Force – Theoretical and Practical Problems, Bucharest, Romania, October 9, 2013, Medimond International Proceedings, Monduzi Editore International Proceedings Division, Bologna (Italy), Published: 2013

➤ Trocan L. M., *Normele conflictuale privind divorțul în reglementarea noului Cod Civil*, Volumul Sesiunii Anuale de Comunicări Științifice a Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române „Acad. Andrei Rădulescu”, București „Știință și codificare în România”, Editura Universul Juridic, București, 2013

➤ Trocan L. M., *Normele conflictuale în materia bunurilor în reglementarea noului Cod Civil/Conflictual Norms in Matter of Goods in the Regulation of the New Civil Code*, Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 2/2011

➤ Trocan L. M., *Instituția specifică dreptului anglo-saxon – trustul – în lumina dispozițiilor Convenției de la Haga din 1985 privind legea aplicabilă trustului și recunoașterii acestuia*, Volumul Sesiunii Anuale de Comunicări Științifice a Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române „Acad. Andrei Rădulescu”, București, „Justiție, stat de drept și cultură juridică”, Editura Universul Juridic, București, 2011

➤ Ungureanu O., Juguștru C., *Manual de drept internațional privat*, Editura All Beck, București, 1999

➤ Ungureanu O., Munteanu C., *Tratat de drept civil*, Editura Hamangiu, București, 2008

➤ Zilberstein S., *Procesul civil internațional*, Editura Lumina Lex, București, 1994

➤ Expunerea de motive a Ministerului de Justiție privind Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil

➤ Codul Civil

➤ Codul de Procedură Civilă

➤

<http://www.scribd.com/doc/12732472/DAN-TOMA-DULCIU-Conditiia-juridic-a-musulmanilor-in-rile-membre-ale-Uniunii-Europene-Reglementrile-comunitare-i-legislaia-romaneasc-Studiu-Cj>.

➤ www.univnt.ro/rezumatel_doctorat/index.php?dir=Drept%2F...ilie...

TRANSPARENȚA ȘI CONFIDENȚIALITATEA, ANTAGONISM SAU SIMBIOZĂ ÎN ARBITRAJUL INVESTIȚIILOR INTERNAȚIONALE? UTILITATEA REGLEMENTĂRIILOR NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ ÎN ACEASTĂ MATERIE

*Cristina Elena POPA**

Abstract:

International commercial arbitration and international investment arbitration, practiced in any country, it's based generally, for efficiency, on two national legal systems: lex arbitri and lex loci executionis. Clear and sufficient provisions existed at one time in the civil procedure codes, bring incontestably a plus discipline in procedures that they regulate and control the limits of legality set by the respective Countries. Even though the current international context, the system expected by the arbitration of international investment is a mixed one, with trends running stand-alone type, somewhat independently of national laws of arbitration and no interference with national courts, require specific regulation both in reference treaties and in existing national legislation.

Keywords: *international investment arbitration, The Civil Procedure Code, transparency, international arbitration rules*

Rezumat:

Arbitrajul comercial internațional și arbitrajul investițiilor internaționale, în orice stat s-ar practica, se bazează în general, pe două sisteme naționale de drept pentru eficiența sa: lex arbitri și lex loci executionis. Prevederile clare și suficiente existente la un moment dat în codurile de procedură civilă, aduc în mod incontestabil, un plus de disciplină în procedurile pe care le reglementează dar și de control a unor limite de legalitate impuse de statul respectiv. Chiar dacă în contextul internațional actual, sistemul preconizat de arbitraj al investițiilor internaționale este unul mixt, cu tendințe de funcționare de tip stand-alone, oarecum independent de legile naționale de arbitraj și fără interferențe cu instanțele naționale, se impun totuși reglementări specifice atât în tratatele de referință, cât și în legislația în vigoare la nivel național.

Cuvinte-cheie: *arbitrajul investițiilor internaționale, Codul de procedură civilă, transparența, reguli de arbitraj internațional*

În general, transparența arbitrajelor în care parte este un stat, se impune mai ales din respect pentru cetățeni și pentru contribuția bugetară a acestora. Însăși drepturile și

* Doctor în drept cu specializarea Regimul juridic al investițiilor străine și dreptul internațional; cercetător științific asociat în cadrul Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române; asociat în cadrul Chartered Institute of Arbitrators, arbitru în cadrul Vienna International Arbitral Centre și membru în ArbitralWomen. Adresa de e-mail: cristina@adrlegal.ro

obligățiile cetățenilor unui stat impun, în contrapartidă, dreptul de a cunoaște modul în care acesta este afectat în special, de pronunțarea unor soluții în disputele relative la investiții.

Orice stat are ca obiective principale, prezervarea și protejarea valorilor de securitate și mai ales, promovarea intereselor naționale pe diverse paliere ale ansamblului economico-social. Transparența decizională este reglementată în toate statele, tocmai pentru a asigura publicului dreptul la informare. Este de menționat și faptul că fiecare stat are, ori ar trebui să aibă, resurse și organizații interne care se ocupă cu strategiile și politicile în domeniul investițiilor străine, unghi din care transparența soluționării disputelor, pare o obligație¹.

În plus, guvernele statelor importatoare sau chiar exportatoare de investiții, trebuie să asigure cetățenilor un nivel optim de transparență, în baza accesului la informația publică, transparență care devine incidentă și în domeniul soluționării disputelor relative la investiții, astfel încât, un set de reguli de arbitraj ale oricărei instituții de soluționare, trebuie să aibă în vedere transparența, aspect pe care investitorii străini trebuie să și-l asume din start.

1. Interesul public, liant sau hotar?

Într-o lume a tratatelor internaționale – angajamente asumate care impun respectare, ar trebui să aibă întâietate preocuparea pentru securitatea economică privită ca bun public, având în centru omul și resursele transformabile prin cunoașterea și munca acestuia, iar acest fapt presupune politici economice de guvernare compatibile cu o creștere economică progresivă și calitativă. Numeroase state au adoptat categorii diferite de măsuri de politică economică și care, într-un fel sau altul, au afectat pozitiv sau negativ fluxurile investițiilor internaționale, cum ar fi politici de *restricționare* și de *reglementare*, adoptate pentru a oferi o protecție economică în raport cu investitorii străini, de natură să asigure controlul statului în sectoare strategice.

Pentru considerentele expuse, apare necesară transparența arbitrajului investițiilor internaționale, cel puțin din punctul de vedere al unei transparențe generale, limitată la publicitatea părților, a obiectului litigiului și a soluției pronunțate.

Trebuie menționat că până la adoptarea Regulilor UNCITRAL² privind transparența, cele mai multe arbitraje între investitor și stat se desfășurau într-o modalitate lipsită de transparență, deși astfel de cazuri sunt, de multe ori, de interes public, acestea implicând

¹ Spre exemplu, în România, prin Hotărârea nr. 536/2014 privind organizarea și funcționarea Departamentului pentru Investiții Străine și Parteneriat Public-Privat, text publicat în M. Of. al României, în vigoare de la 09.07.2014, se prevede că: „Departamentul exercită, în conformitate cu reglementările în vigoare, următoarele funcții principale: a) de strategie, prin care se asigură elaborarea strategiei de punere în aplicare a programului de guvernare și a politicilor Guvernului în domeniul proiectelor de infrastructură de interes național, al investițiilor străine și al parteneriatelor public-private, în condițiile legii; b) de reglementare, prin care se asigură elaborarea cadrului normativ și instituțional necesar în vederea realizării obiectivelor strategice ale Guvernului în domeniul proiectelor de infrastructură de interes național, al investițiilor străine și al parteneriatelor public-private, în condițiile legii; c) de administrare a proprietății statului, prin care se asigură, în domeniile sale de activitate, administrarea proprietății publice și private a statului, în condițiile legii; d) de reprezentare, prin care se asigură, în domeniile sale de activitate, reprezentarea pe plan intern și extern a Guvernului; e) de autoritate de stat, prin care se asigură urmărirea și controlul aplicării și respectării reglementărilor în domeniul proiectelor de infrastructură de interes național, al investițiilor străine și al parteneriatelor public-private, precum și în domeniul funcționării unităților care își desfășoară activitatea sub autoritatea sa.,”

² Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional;

fonduri bănești semnificative sau având în atenție probleme legate de contribuabili, resurse naturale sau mediul înconjurător. Aplicarea acestor Reguli conduce la o informare transparentă a publicului interesat în acest domeniu. Deocamdata însă, numai UNCITRAL a reglementat în mod suficient transparența, deși rămâne deschisă problematica reglementării acesteia la nivelul fiecărei curți de arbitraj, printr-o reformare eficientă a propriilor sisteme de arbitraj internațional și, nu în ultimul rând, rămâne deschisă problematica reglementării transparenței la nivelul codurilor de procedură civilă ale fiecărui stat care afirmă interes în soluționarea arbitrajelor privind investițiile internaționale.

2. Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional (UNCITRAL), promotor al transparenței în arbitrajul investițiilor internaționale

În 1976, după o perioadă de 7 ani de negocieri, Comisia ONU pentru Dreptul Comerțului Internațional a adoptat Regulamentul de arbitraj (regulile de procedură), UNCITRAL, iar în 1985, a adoptat o lege tip pentru arbitrajul comercial internațional, legi ce au suferit amendamente în anul 2006³.

În conformitate cu articolul 1 (1), consimțământul de a se proceda la arbitraj utilizând Regulile UNCITRAL trebuie să fie dată în scris, acest consimțământ fiind necesar pentru a se asigura recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale potrivit Convenției de la New York din 1958⁴. De asemenea, dat fiind că părțile au libertatea de a conveni regulile de arbitraj în raport de care vor soluționa litigiul lor, Regulile UNCITRAL nu vor fi întodeauna adoptate ca un pachet, ci pot fi modificate, iar modificarea va fi făcută în scris, existând astfel certitudinea cu privire la existența și conținutul procedurilor aplicate.

În interpretarea Regulilor promovate de UNCITRAL trebuie avută în vedere și legea model menționată mai sus, ceea ce permite să se facă distincție între arbitrajul ad-hoc și alte tipuri de soluționare a litigiilor (ADR, mediere, conciliere), precum și între caracterul comercial și caracterul arbitrabil al arbitrajului. Ca problematică menționăm reguli privind convenția de arbitraj și condițiile de validitate ale acesteia; constituirea Tribunalului arbitral și statutul arbitrilor conform Regulilor UNCITRAL, recuzarea, abținerea, revocarea arbitrilor, renunțarea lor la însărcinare; prerogativele și răspunderea arbitrilor, independența și imparțialitatea lor. O problemă specială este soluționată în ceea ce privește terțul organizator al arbitrajului UNCITRAL ca autoritate de nominare. În fine, sunt reglementate elementele materiale ale procedurii referitoare la probe, audieri, expertize, la forma și efectele sentinței arbitrale, la recunoașterea și executarea acesteia.

³ A se vedea: *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (Version revise en 2010)*; *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, 1985, avec les amendements adoptes en 2006, Nations Unies, Vienne, 2008; *CNUDCI aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales*, CNUDCI, Vienne, 1998

⁴ A fost necesară reconcilierea între modelul UNCITRAL și Convenția de la New York asupra recunoașterii și punerii în executare a sentințelor arbitrale străine (1959). Înlăturarea formei scrise din legea model UNCITRAL ar fi fost în zadar dacă ar fi rămas neschimbată Convenția de la New York menținând cerința formei scrise a clauzei de arbitraj. Cu ocazia celei de-a 61-a sesiuni, UNCITRAL a adoptat, pe 7 iulie 2006, o versiune revizuită a art. 7 din *Legea model arbitrajului comercial internațional* înlăturând cerința de a avea documente scrise pentru validitatea clauzei de arbitraj. S-au formulat și două recomandări de amendare a Convenției de la New York. Vezi amănunte asupra întregii problematice la: Alina Mioara Cobuz-Bacnaru, *Arbitrajul ad-hoc, conform Regulilor Comisiei Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional*, Ed. Universul Juridic București, 2010, în special p. 434-446.

Exemplul cel mai cunoscut al folosirii Regulilor UNCITRAL ca bază a stabilirii regulilor de procedură pentru soluționarea unor litigii provenind din investiții în cadrul unui arbitraj ad-hoc este Tribunalul Iran – SUA (*Iran – U.S. Claims Tribunal*). Este un tribunal internațional, stabilit la Haga, în 1981, în temeiul unei Convenții între Iran și SUA, pentru a putea fi adresate de către naționaliile celor două state cererile ce privesc Revoluția iraniană din 1979. Acest Tribunal este primul tribunal de după Cel De-al Doilea Război Mondial care a avut un număr important de cazuri legate de investițiile străine. Deciziile adoptate au contribuit substanțial la jurisprudența internațională cu privire la răspunderea statelor pentru daunele aduse străinilor⁵. Totuși, jurisprudența acestui Tribunal a fost citată extensiv de către tribunale în legătură cu soluționarea diferendelor în baza tratatelor privind investițiile⁶.

Din cauza confidențialității, nu se cunoaște cu precizie numărul diferendelor soluționate având ca aplicare Regulile de procedură arbitrale UNCITRAL. Secretariatul UNCITRAL⁷ estimează, pe baza Rapoartelor de practică arbitrală și a frecvenței cu care Regulile UNCITRAL sunt stipulate în contracte și în tratate bilaterale, că, anual, arbitrajele ad-hoc sunt cel puțin de ordinul sutelor.

„Din cauza confidențialității” au apărut noi modificări în ceea ce privește transparența în arbitrajul investițiilor străine. În ciuda faptului că UNCITRAL a adoptat noi reguli cu privire la transparență, există încă preocupări că o bună parte din sistemul actual este lipsit de transparență și nu dispune de drept de apel.

Regulile privind transparența au fost adoptate prin Rezoluția Adunării Generale nr. 68/109 din 16 decembrie 2013, devenind aplicabile de la 1 aprilie 2014. Regulile UNCITRAL privind transparența în arbitrajul investițional cuprind *un set de norme procedurale care sunt menite să asigure transparență și accesibilitate pentru public, de la debutul procedurilor arbitrale până la finalizarea acestora*. Acestea sunt concentrate în 8 articole care reglementează specific: domeniul aplicabilității (în cazul în care aplicabilitatea privind regulile de transparență intervine ca urmare a includerii lor într-un tratat investițional, părțile în litigiu nu pot deroga de la ele, decât în cazul în care tratatul de investiții le permite acest lucru), publicarea informațiilor la începutul procedurilor arbitrale, publicarea documentelor, intervenția terțului (*amicus curiae*), observațiile prezentate de o parte la tratat, care nu este parte în dispută, audierile și depozitarul informațiilor publicate. Regulile privind transparența sunt aplicabile:

- disputelor ce au la baza tratatele încheiate la sau după 1 aprilie 2014, atunci când părțile la tratatul în cauză sau părțile aflate în dispută, sunt de acord cu aplicarea lor;
- disputelor ce au la bază clauza arbitrală din tratatele încheiate înainte de 1 aprilie 2014, dacă părțile la diferend sunt de acord sau dacă părțile la un tratat, atât statul reclamantului, cât și statul pârâtului s-au înțeles, la un moment ulterior datei de 1 aprilie 2014, asupra punerii în aplicare a acestora;

⁵ Până la 11 iulie 2007, Tribunalul a pronunțat sentințe definitive, decizii sau încheieri în 3936 de cazuri. Tribunalul este închis pentru alte noi cereri de către persoane fizice din 19 ianuarie 1982. În total, a primit aproximativ 4700 cereri private din SUA. Tribunalul a dispus plăți de către Iran către resortisanți ai SUA în valoare totală de 2,5 miliarde de dolari. Aproape toate cererile private au fost soluționate, dar mai multe plângeri interguvernamentale sunt încă în fața tribunalului.

⁶ A se vedea: C. Gipson & C. Drahozal, *Iran – United States, Claims Tribunal Precedent in Investor – State Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, nr. 23, 2006, p. 521 și urm.

⁷ Pentru detalii, a se vedea pagina oficială de internet a UNCITRAL: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>

- disputelor dintre investitor și stat ce au la bază alte norme decât Regulile UNCITRAL de arbitraj, precum și în cadrul procedurilor arbitrale ad-hoc.

Revenind la problematica transparenței arbitrajului investițiilor internaționale *ca atribut al interesului public*, trebuie precizat că în conformitate cu Regulile UNCITRAL privind transparența, se impun a fi făcute publice informații și documente din cadrul procedurilor arbitrale, sub rezerva anumitor garanții de protejare a informațiilor confidențiale. Modul în care a fost înțeles acest concept de *garanție a protejării informațiilor confidențiale* va fi cu siguranță dezvoltat în articole ulterioare acestei prezentări. Astfel, Regulile prevăd publicarea numelui părților litigante, a sectorului economic implicat și a tratatului de investiții în baza căruia se declanșează procedura arbitrală, precum și publicarea notificării declanșării arbitrajului, a răspunsului la notificarea declanșării arbitrajului, a formulării capetelor de cerere, întâmpinarea și orice alte declarații sau memorii scrise ale oricăreia dintre părți; un tabel conținând extrasele documentelor menționate mai sus, rapoartele experților și declarațiile martorilor, dacă un astfel de tabel a fost pregătit pentru dezbateri, însă nu extrasele propriu-zise; orice memorii scrise ale părților la tratat, care nu sunt parte la dispută și ale terților, transcrierea audierilor, acolo unde sunt disponibile; precum și ordine, decizii și alte hotărâri ale tribunalului arbitral. Audierile vor fi publice, sub rezerva anumitor garanții de protecție a informațiilor confidențiale sau integritatea procesului de arbitraj. Cu respectarea anumitor criterii stabilite în Regulile UNCITRAL de transparență, un terț (*amicus curiae*) sau o parte la tratat care nu este parte în diferend, poate interveni în cadrul procedurii arbitrale.

3. Publicitatea referitoare la diferende. Transparența

În mai multe sisteme de arbitraj, existența unui diferend, documentele și pledoariile, adeseori chiar și deciziile nu sunt publice. Este consecința faptului că sistemul de soluționare a diferendelor între investitori și state este fundamentat pe arbitrajul comercial internațional, care a fost înființat pentru a se permite soluționarea litigiilor internaționale în materie de comerț între părțile private și care conțin motive de drept foarte străine de orice problemă de politică guvernamentală. În timp ce confidențialitatea este garantată, în ceea ce privește diferendele cu caracter privat nu se poate spune același lucru, când tribunalele arbitrale decid în probleme care fac obiectul unor preocupări publice și pot surveni în legătură cu prescripțiile impuse de statul gazdă în legătură cu un proiect de investiție foarte important.

Sunt continue eforturile pentru remedierea acestei situații pentru a se face mai cunoscute și mai transparente diferendele între investitori și state. După cum se știe, ICSID⁸ publică pe web o listă a cazurilor trecute și în curs⁹ iar părțile participante la procedurile ce țin de ICSID au întotdeauna dreptul de a face public în mod unilateral indemnizațiile și alte decizii adoptate în ceea ce le privește, mai puțin în cazul în care există între părți un acord contrar¹⁰. Secretariatul ICSID este autorizat să publice extrase semnificative ale hotărârilor,

⁸ Centrul Internațional pentru Soluționarea Diferendelor referitoare la Investiții (ICSID).

⁹ Vezi <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>.

¹⁰ Încă de la început și practica jurisprudențială a ALENA (Acordul de liber schimb nord-american) s-a bucurat de deplină transparență, potrivit dispozițiilor capitolului 11. Astfel, se prevede că minutele ședințelor vor fi publice. Conform declarației interpretative a Comisiei pentru liberul schimb al ALENA din 30 iulie 2001, site-ul web al ALENA permite în mod curent accesul la notificările arbitrale, la reclamații și cereri reconvenționale, la memorii, la deciziile de procedură și la deciziile și sentințele arbitrale de fond. A se vedea <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Inter-en.aso>, pentru amănunte vezi: *Etude 2005*, p. 23-24

Începând din 1984, dacă părțile nu se pun de acord să facă publică o sentință arbitrală. Modificările de procedură ale ICSID, având în vedere regulile de arbitraj, au permis publicarea importanțelor extrase ale argumentației juridice formulate de tribunale. În același context, se pot cita culegerile jurisprudenței ICSID publicate de Universitatea Cambridge. În cadrul ICSID, de exemplu, Centrul are posibilitatea să publice sentința dar această posibilitate este lasată la aprecierea, la consimțământul părților (art. 48 alin. (5) din Convenție). Se respectă astfel principiul de bază ce guvernează întreaga procedură arbitrală ce se desfășoară sub jurisdicția Centrului, și anume confidențialitatea. Dacă părțile litigante sunt de acord Secretarul General este îndreptățit să publice sentința.

În afara multiplelor considerente ce s-ar putea formula în legătură cu publicarea sau nepublicarea sentințelor arbitrale adoptate, personal, consider că este de preferat o publicitate a acestor sentințe, ca orice jurisprudență bogată perfect articulată și stimulativă cât privește configurația diferendelor și posibila lor soluționare, spre a fi promovată și nu neapărat pentru considerente ce au tangență cu prestigiul activității curților/centrelor de arbitraj.

4. Noi începuturi prin reformarea sistemului de arbitraj în domeniul investițiilor internaționale. Ajustarea sistemelor existente, inclusiv ajustarea sistemului existent în România

Enumerativ, principalele mecanisme de soluționare a disputelor în domeniul investițiilor străine sunt: **la nivel regional**, grupările de state, constituite cel mai adesea în comunități economice regionale și recunoscând importanța investițiilor și constituirii pentru acestea a unui climat stabil, au negociat, elaborat și adoptat tratate în scopul armonizării legislațiilor economice proprii, dar și în scopul creării unui cadru jurisdicțional comun în materia soluționării pe cale pașnică a diferendelor. Exemple semnificative sunt constituite de: *Curtea Comună de Justiție și Arbitraj din cadrul Organizației pentru Armonizarea Dreptului Afacerilor în Africa – OHADA, Convenția comună privind investițiile între statele membre ale Uniunii Vamale și Economice a Africii Centrale – UDEAC, Acordul unic privind investițiile de capital arab în Statele Arabe și Centrul Internațional pentru Soluționarea Diferendelor referitoare la Investiții (ICSID), pe lângă acestea funcționează și organisme internaționale implicate în soluționarea diferendelor cu caracter investițional precum: Camera de Comerț Internațional de la Paris (ICC), Institutul de arbitraj din Stockholm, Curtea de Arbitraj Internațional de la Londra ¹¹(LCIA), și alte instituții reprezentative în soluționarea arbitrajelor investițiilor internaționale: Vienna International Arbitral Centre¹² (VIAC), Centrul de Arbitraj Internațional din Hong Kong¹³ (HKIAC), Centrul*

¹¹ Regulile de arbitraj din 1998 au fost revizuite semnificativ și înlocuite în 2014 prin adoptarea unui set nou de reguli, în scopul alinierii lor la tendințele actuale în materie și pentru a se reduce timpul și costurile arbitrajului, precum și să impună o anumită conduită părților și reprezentanților lor, printr-o procedură echidistantă și eficientizată. Noile reguli cuprind mențiuni referitoare la celeritatea soluționării cauzelor, la constituirea și funcționarea tribunalului arbitral, inclusiv constituirea sa de urgență, iar ca element de noutate, în premieră este reglementată instituția arbitrului unic de urgență, care are competențe provizorii, pâna la constituirea tribunalului arbitral. Această posibilitate este reglementată și în regulile de arbitraj ale Camerei Internaționale de Comerț (ICC, 2012) sau ale Centrului de Arbitraj Internațional de la Hong Kong (HKIAC, 2013).

¹² Reguli noi de arbitraj au fost adoptate în 8 mai 2013 și au fost astfel revizuite semnificativ Regulile anterioare din 2006. Sunt membru înscris în lista de arbitri VIAC din 2013, calitate în care am consiliat părțile în dosare de arbitraj investițional internațional.

*Regional Cairo pentru Arbitraj Comercial Internațional*¹⁴ (CRCICA), dar și *Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României*, aceasta fiind organismul cel mai utilizat la nivel național în soluționarea arbitrajelor internaționale într-un cadru instituționalizat¹⁵. O soluție posibilă pentru dezvoltarea acestei Curți, ar putea fi data de înființarea în cadrul său, a unei secții speciale pentru soluționarea arbitrajelor în domeniul investițiilor internaționale sau, înființarea unui organism de arbitraj internațional autonom, specializat exclusiv în arbitrajele investițiilor internaționale. Trebuie precizat că în prezent, Curtea se bazează pe o politică de consolidare a confidențialității¹⁶ arbitrajului, confidențialitate preferată de părțile ce apelează la această formă de soluționare a disputelor.

5. Noul Cod de procedură Civilă și rolul său în contextul reglementărilor privind transparența arbitrajului în domeniul investițiilor internaționale

Arbitrajul comercial internațional, în orice stat s-ar practica, se bazează în general, pe două sisteme naționale de drept pentru eficiența sa: *lex arbitri* și legea locului de executare.

¹³ Începând cu 1 noiembrie 2013, au intrat în vigoare noile Reguli de arbitraj care cuprind îmbunătățiri ale procedurii în materie de conexare a cererilor de arbitraj, de procedură accelerată și cu privire la măsurile provizorii.

¹⁴ Actualul Regulament de Arbitraj CRCICA se bazează pe noile reglementări UNCITRAL revizuite, cu modificări minore care provin în principal din rolul Centrului ca instituție de arbitraj și ca autoritate de desemnare. Regulile au intrat în vigoare la 1 martie 2011 și se aplică procedurilor arbitrale care au început după această dată.

¹⁵ De remarcat că această Curte de arbitraj își desfășoară activitatea într-o instituție de interes public: Camera de Comerț și Industrie a României, activându-se astfel art. 616 NCPC, fapt ce conduce spre publicitatea anumitor aspecte referitoare la un anumit tip de arbitraj: *(1) Arbitrajul instituționalizat este acea formă de jurisdicție arbitrală care se constituie și funcționează în mod permanent pe lângă o organizație sau instituție internă ori internațională sau ca organizație neguvernamentală de interes public de sine stătătoare, în condițiile legii, pe baza unui regulament propriu aplicabil în cazul tuturor litigiilor supuse ei spre soluționare potrivit unei convenții arbitrale. Activitatea arbitrajului instituționalizat nu are caracter economic și nu urmărește obținerea de profit. (2) În reglementarea și desfășurarea activității jurisdicționale, arbitrajul instituționalizat este autonom în raport cu instituția care l-a înființat. Aceasta va stabili măsurile necesare pentru garantarea autonomiei.*

¹⁶ Regulamentului privind organizarea și funcționarea Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă CCIR (ROF) reglementează confidențialitatea în art. 16: *Curtea de Arbitraj, tribunalul arbitral, precum și personalul Camerei de Comerț și Industrie a României au obligația să asigure confidențialitatea arbitrajului, potrivit Regulilor de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj. Și Regulile de procedură arbitrală (RPA) prevăd în art. 7 intitulat Principiile procedurii arbitrale: (3) Dosarul litigiului este confidențial. Nicio persoană, în afara celor implicate în desfășurarea litigiului respectiv, nu are acces la dosar fără acordul scris al părților (4) Curtea de Arbitraj, tribunalul arbitral, precum și personalul Camerei de Comerț și Industrie a României au obligația să asigure confidențialitatea arbitrajului, neavând dreptul de a publica sau a divulga datele de care iau cunoștință în îndeplinirea atribuțiilor ce le revin, fără a avea încuviințarea părților. (5) Hotărârile arbitrale pot fi publicate integral numai cu acordul părților. Ele pot fi însă publicate parțial ori în rezumat sau comentate sub aspectul problemelor de drept ivite, în reviste, lucrări ori culegeri de practică arbitrală, fără a se da numele sau denumirea părților ori date care ar putea prejudicia interesele lor. (6) Președintele Curții de Arbitraj poate autoriza, de la caz la caz, cercetarea dosarelor în scopuri științifice sau de documentare după rămânerea definitivă a hotărârilor arbitrale. Regulile PA prevăd chiar o sancțiune de revocare a arbitrilor ce încalcă obligația de confidențialitate în art. 19 intitulat Revocarea arbitrilor și supraarbitrului: c) nu respectă caracterul confidențial al arbitrajului, publicând sau divulgând în mod voit date de care a luat cunoștință în calitate de arbitri, fără a avea autorizația părților. Conform RPA, chiar prin declarația de acceptare reglementată de art. 16 arbitrul își asumă din start obligația de confidențialitate. Aceeași răspundere este prevăzută de Noul Cod de procedură civilă român în secțiunea special dedicată arbitrajului, în art. 565 punctul c), sub condiția cauzării unui prejudiciu.*

Prevederile clare și suficiente existente la un moment dat în codurile de procedură civilă, aduc în mod incontestabil, un plus de disciplină în procedurile pe care le reglementează dar și de control a unor limite de legalitate impuse de statul respectiv. Chiar dacă în contextul internațional actual, sistemul preconizat de arbitraj al investițiilor internaționale este unul mixt, cu tendințe de funcționare de tip *stand-alone*, oarecum independent¹⁷ de legile naționale de arbitraj și fără interferențe cu instanțele naționale, se impun totuși reglementări specifice atât în tratatele de referință, cât și în legislația în vigoare la nivel național.

Codul de Procedură Civilă – Noul Cod de Procedură Civilă, denumit în continuare Codul, a fost republicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 247 din 10 aprilie 2015, în temeiul art. XIV din Legea nr. 138 din 2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134 din 2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 753 din 16 octombrie 2014, dându-se textelor o nouă numerotare. Printre obiectivele¹⁸ elaborării Codului, s-au numărat atât modernizarea reglementării raporturilor juridice civile, cât și reglementarea unitară și detaliată a drepturilor persoanelor și apărării acestora și a materiei obligațiilor în concordanță cu tendințele europene în domeniul contractelor.

Cu referire la arbitraj, Codul prevede în articolul 541.2 că *părțile pot stabili reguli de procedura derogatorii de la dreptul comun*, însă numai în condițiile în care *regulile respective nu sunt contrare ordinii publice și dispozițiilor imperative ale legii*. Aceste dispoziții se completează cu cele cuprinse în art. 544.2¹⁹ din același Cod. Totuși, Codul nu conține în realitate nicio prevedere referitoare la limitele publicității (trasparenței) arbitrajului. Din acest unghi, ar trebui să se ia în considerare o reevaluare a prevederilor cuprinse în Cod, mai ales din perspectiva protejării statului român parte într-un arbitraj al investițiilor internațional, independent de locul arbitrajului. Analizând problematica transparenței în acest tip de arbitraj, se poate observa că există două categorii principale de părți: stat-stat și stat-investitor, ultima categorie fiind întâlnită foarte des. În cazul unui arbitraj stat-investitor supus transparenței, partea care este expusă în totalitate este statul. Ca lege

¹⁷ Sistemul devine însă interdependent atunci când se trece, spre exemplu, la executarea hotărârilor arbitrale.

¹⁸ Aceste deziderate sunt incluse, de altfel, în expunerea de motive ce a stat la baza proiectului acestui act normativ, punctul 1.1. prezentând foarte clar că: „Noul Cod de procedură civilă reprezintă continuarea firească a reformei sistemului judiciar românesc, o consecință rațională a intrării în vigoare a noului Cod civil. Reglementarea procesual-civilă creează cadrul de valorificare pe calea justiției a noilor norme de drept material, stabilind organele, formele și mijloacele procedurale necesare aplicării acestora. Reforma de substanță adusă dreptului material și interdependența organică dintre norma substanțială și cea procedurală au făcut necesară crearea unui instrument juridic adecvat în materie procedurală – noul Cod de procedură civilă – care să dea eficiență acestei reforme, introducând standarde ce corespund exigențelor unei instituții moderne, rapide, apropiate de justițiabil.”

¹⁹ Articolul 544 Organizarea arbitrajului de către părți: (1) Arbitrajul se organizează și se desfășoară potrivit convenției arbitrale, încheiată conform dispozițiilor titlului II din prezenta carte. (2) Sub rezerva respectării ordinii publice și a bunelor moravuri, precum și a dispozițiilor imperative ale legii, părțile pot stabili prin convenția arbitrală sau prin act scris încheiat ulterior, cel mai târziu odată cu constituirea tribunalului arbitral, fie direct, fie prin referire la o anumită reglementare având ca obiect arbitrajul, normele privind constituirea tribunalului arbitral, numirea, revocarea și înlocuirea arbitrilor, termenul și locul arbitrajului, normele de procedură pe care tribunalul arbitral trebuie să le urmeze în judecarea litigiului, inclusiv eventuale proceduri prealabile de soluționare a litigiului, repartizarea între părți a cheltuielilor arbitrale și, în general, orice alte norme privind buna desfășurare a arbitrajului. (3) În lipsa regulilor prevăzute la alin. (2), tribunalul arbitral va putea stabili procedura de urmat așa cum va socoti mai potrivit. (4) Dacă nici tribunalul arbitral nu a stabilit aceste norme, se vor aplica dispozițiile ce urmează.

ferendă, reglementarea (fie aceasta și principială) unei proceduri prearbitrale speciale în Cod, diferite radical de mediere, pentru arbitrajul investițiilor internaționale, ar crea premisele implementării ulterioare atât pentru o instanță statală în domeniul arbitrajului investițiilor internaționale, cât și pentru a conferi posibilitatea părților interesate de soluționarea diferendelor pe această cale, să identifice cea mai bună soluție mai înainte de învestirea unui tribunal arbitral. Diferendul investițional din perspectiva investitorului, are din start anumite limite mai pronunțate ale transparenței, mai ales datorită unor elemente precum: publicitatea obligatorie a situațiilor sale financiare, publicitatea referitoare la modul în care își desfășoară anumite activități economico-financiare, numărul de angajați, sediile și punctele de lucru, proprietățile imobiliare supuse în orice situație publicității imobiliare, cifra de afaceri, portofoliul, numărul de părți sociale/acțiuni, obiectul de activitate, datele publice despre asociații și administratorii acestora etc).

Tribunalele de arbitraj care activează și în domeniul investițiilor internaționale, au reguli de arbitraj proprii totuși, alegerea unui set de reguli nu exclude completarea acestora cu codurile de procedură civilă ca *lex loci* sau *lex forum*, în special în situația apariției unui conflict de legi sau de competență²⁰. Incontestabil, codurile de procedură civilă ale statelor în care există tribunale specializate în investiții internaționale, ocupă un loc important²¹ în cadrul instrumentării acestor tipuri de arbitraje. Părțile implicate într-o procedură de arbitraj aleg regulile aplicabile procedurii, dar legea care reglementează procedura este *lex arbitri* iar regulile de procedură vor fi aplicabile numai în măsura în care *lex arbitri* nu este obligatorie. Alegerea locului arbitrajului, de obicei, se întâmplă să fie alegerea indirectă a *lex arbitri*²². Revenind la importanța dispozițiilor codificării la nivel național, observăm că principii de ordin imperativ sunt cuprinse și în Cod iar participanții dintr-un arbitraj în care se aplică alte reguli, sunt obligați să respecte chiar și parțial, în limitele *lex specialis*, principiile fundamentale ale procesului civil. Numai prin respectarea acestor principii ce se bucura de un caracter imperativ, o decizie arbitrală poate fi pusă în executare de către autoritățile statului competent, abilitate să realizeze acest fapt. Caracterul imperativ, obligatoriu al normei juridice nu este o simplă recomandare, astfel că respectarea sa trebuie să fie garantată, la nevoie, cu ajutorul forței de constrângere a statului. Este cazul

²⁰ Spre exemplu, Convenția europeană de arbitraj comercial internațional, încheiată la Geneva la 21 aprilie 1961, prevede în art. 6 intitulat: *Competență judiciară 1. Excepția întemeiată pe existența unei convenții de arbitraj și prezentată în fața instanței judecătorești sesizate de către una dintre părți la convenția de arbitraj, trebuie să fie ridicată de către pârīt, sub pedeapsa decăderii, înainte sau în momentul prezentării apărărilor sale asupra fondului, după cum legea instanței sesizate consideră excepția de necompetență ca o chestiune de procedură sau de fond. 2. Când vor trebui să se pronunțe asupra existenței sau valabilității unei convenții de arbitraj, tribunalele Statelor Contractante vor hotărî, în ceea ce privește capacitatea părților, potrivit legii care este aplicabilă, iar în ceea ce privește celelalte probleme: a) conform legii căreia părțile au supus convenția de arbitraj; b) în lipsa unei indicații în această privință, conform legii țării unde sentința trebuie să fie pronunțată; c) în lipsa indicațiilor asupra legii la care părțile au supus convenția și dacă, în momentul în care problema este supusă unei instanțe judecătorești, nu este posibil să se prevadă care este țara în care se va da sentința, conform legii competente în virtutea normelor conflictuale ale tribunalului sesizat. Judecătorul sesizat poate să nu recunoască convenția de arbitraj dacă, după legea forului, litigiul nu este susceptibil de arbitraj.*

²¹ În cadrul LCIA (London Court, Regulie de arbitraj aplicabile de la 01.10.2014 prevăd în Annex to the LCIA Rules, General Guidelines for the Parties' Legal Representatives (Articles 18.5 and 18.6 of the LCIA Rules), Paragraph 1: *Nor shall these guidelines derogate from any mandatory laws, rules of law, professional rules or codes of conduct if and to the extent that any are shown to apply to a legal representative appearing in the arbitration*

²² Kaufmann-Kohler, H., *Globalization of Arbitration Procedure*, (2003) Vand. J. Transnat'l L., vol. 36 No.4, p. 1313 și p. 1319.

dispozițiilor prevăzute în Regulile de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă CCIR, unde sunt trimiteri la Codul de procedură civilă atunci când se reglementează de fapt elemente de referință procedurală la principiile fundamentale procesuale²³. Pentru a deveni obligatorie norma de drept se bucură de garanția statală. Ea se aplică în toate raporturile sociale din momentul intrării sale în vigoare și până la ieșirea din vigoare, în mod continuu și necondiționat. Așadar, Codul ar trebui să impună și din punctul de vedere al temei lucrării abordate, o anumită conduită tuturor participanților și să stabilească excepția respectării dispozițiilor imperative ale legii. Regula este ca normele speciale (în acest caz regulile de arbitraj altele decât cele prevăzute de Cod) derogă de la normele generale, iar normele de excepție sunt de strictă interpretare. Respectarea principiilor fundamentale ale procesului civil²⁴ este oare imperativă și reprezintă o excepție de strictă interpretare în cazul arbitrajului? Spre exemplu, Regulile de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României conferă valoare acestor principii și chiar altor dispoziții cuprinse în Cod, precum regulilor de citare a părților (a se vedea art. 36.6 din Reguli) ori în materia executării sentinței arbitrale (a se vedea art. 74.3 din Reguli: *Sentința arbitrală constituie titlu executoriu și se execută silit, potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă.*) sau cu privire la desființarea sentinței arbitrale, sens în care art. 75 din Reguli dispune: *Sentința arbitrală poate fi desființată numai prin acțiune în anulare, pentru motivele prevăzute de art. 608 Cod procedură civilă.* În finalul Regulilor, se subliniază în art. 86 importanța Codului și rolul său în aplicarea Regulilor de procedură arbitrală astfel: *Prezentele Reguli se completează cu dispozițiile de drept comun din Codul de procedură civilă, în măsura în care acestea sunt compatibile cu arbitrajul și cu natura litigiilor.* Așadar, Codul ar trebui să fie în deplină compatibilitate cu arbitrajul dar și cu natura litigiilor.

Se știe că există un număr însemnat de acorduri în domeniul investițiilor iar contractele semnate între investitori și state sunt numeroase. Toate acestea sunt negociate. În multe acorduri, părțile au libertatea să își aleagă tribunalul de arbitraj. Marea majoritate a acordurilor bilaterale în materie de investiții, precum și câteva acorduri regionale și alte instrumente conțin dispoziții referitoare la soluționarea diferendelor între investitori și state. Abordarea cea mai întâlnită a litigiilor în cazul acordurilor internaționale de investiții constă în declarația că părțile trebuie să caute o soluționare pe cale amiabilă, negociată. Dacă negocierile amiabile nu permit soluționarea diferendului, etapa următoare în general prescrisă este arbitrajul internațional, fie printr-o procedură specială, fie prin recurgerea la o instanță oficială de arbitraj. Desigur că un proces eficace de soluționare a diferendelor contribuie la un climat favorabil investiției în statul gazdă. *Jurisprudența recentă a*

²³ Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, potrivit Regulilor de procedură arbitrală proprii, soluționează în drept sau în echitate litigii internaționale, în baza convenției arbitrale încheiate de părțile în contract. Curtea de Arbitraj soluționează și litigii interne. Art. 39 din aceste reguli dispune: (1) *În cursul arbitrajului, măsurile asigurătorii și măsurile provizorii, ca și constatarea anumitor împrejurări de fapt pot fi încuviințate de tribunalul arbitral, prin încheiere, în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă.* (2) *În caz de împotrivire, executarea acestor măsuri se solicită instanței judecătorești competente, în conformitate cu dispozițiile privind executarea silită din Codul de procedură civilă.*

²⁴ Art. 20.a) din Regulile de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, consolidează chiar unul dintre aceste principii fundamentale, dispunând că: (1) *Arbitrii sunt incompatibili de a soluționa un litigiu determinat pentru următoarele motive, care pun la îndoială independența și imparțialitatea lor: a) se află în una dintre situațiile de incompatibilitate pe care Codul de procedură civilă le prevede pentru judecători;*

tribunalelor de investiții de arbitraj (sub competența BIT) și Curtea Europeană (în cadrul CEDO) demonstrează că dreptul internațional public poate oferi o armă de neprețuit atât în protejarea acordurilor de arbitraj comercial, cât și pentru sentințele arbitrale comerciale pronunțate de instanțele naționale sau de instanțe ale statelor cu care investitorii interferează²⁵.

În concluzie, toate argumentele expuse anterior, conduc spre o recomandare ce poate fi lansată cu privire la evoluția reglementărilor noului Cod, în sensul că de la data intrării sale în vigoare și până astăzi, tendințele dreptului internațional și ale dreptului european²⁶ în materie de arbitraj s-au aflat în continuă efervescență, și avem în vedere aici transparența în arbitrajul internațional (în special în domeniul arbitrajului investițiilor internaționale) sau reglementări cuprinzătoare referitoare la suportarea²⁷ taxelor și costurilor ocazionate de arbitrajul investițiilor internaționale în mod particular, ori alte obligații care ar fi putut impune participanților din arbitraj o conduită care să nu lase loc unor eventuale interpretări, indiferent de numărul curților de arbitraj internaționale existente sau în curs de apariție inclusiv pe teritoriul României. Valoarea unor astfel de reglementări nu poate fi ignorată, fiind semnificativă în eficientizarea justiției dar și în aprecierea corespunzătoare a utilizării normativului legal intern.

²⁵ Stephen Fietta, James Upcher în *Public International Law, Investment Treaties and Commercial Arbitration: an emerging system of complementarity?*, Arbitration International Journal (2013) 29 (2): 187-222 First published online: 1 June 2013, Published by Kluwer Law International & London Court of International Arbitration, p. 187.

²⁶ Trebuie menționate printre aceste tendințe și propunerile de înființare a unui tribunal multilateral pentru investiții internaționale, ceea ce afirmă o perioadă de realizare de 10-15 ani, precum și toate propunerile lansate în cadrul parteneriatul transatlantic pentru comerț și investiții (TTIP), în curs de negociere între Comisia Europeană și SUA, inclusiv o chestiune controversată: mecanismul de rezolvare a disputelor între investitorii străini și state: ISDS.

²⁷ Un exemplu elocvent este cuprins în Regulamentul (UE) nr. 912/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014 de instituire a unui cadru pentru gestionarea răspunderii financiare legate de instanțele de soluționare a litigiilor între investitori și stat, stabilite prin acordurile internaționale la care Uniunea Europeană este parte.

INSTRUMENTE SOFT LAW PRIVIND CONFLICTELE DE INTERESE ÎN ARBITRAJUL INTERNAȚIONAL

*Cristina Ioana FLORESCU**

Abstract:

Issues of conflicts of interest increasingly challenge international arbitration. The growth of international business and the manner in which it is conducted, including interlocking corporate relationships and larger international law firms, have caused more disclosures and have created more difficult conflict of interest issues to determine.

Even though laws and arbitration rules provide some standards, there is a lack of detail in their guidance and of uniformity in their application. It is in the interest of everyone in the international arbitration community that international arbitration proceedings not be hindered by these growing conflicts of interest issues.

Even though laws and arbitration rules provide some standards, there is a lack of detail in their orientation and uniformity. It is in the interest of everyone in the international arbitration community that procedures are not frustrated by these growing conflicts of interest.

The need of codification uniformity appears more obvious than ever and in the paper are given guidelines on conflicts of interest and trends in order to meet arbitration users' requirements.

Over time, there were circumstances that led to unethical behavior of arbitrators, but also more cases of groundless challenges, used by parties only for guerrilla tactical reasons. This is why the generally accepted standards of ethical conduct and avoidance of conflicts of interest for arbitrators' and parties' guidance are necessary to ensure the efficiency and flexibility of the case, while fairness and integrity is also preserved. This lens is necessary, hoping to help maintaining of high standards and continuous confidence in the arbitral process.

Keywords: arbitration, conflicts of interest, guidelines

Rezumat:

Tendința reală a arbitrajului în zilele noastre este de creștere a corectitudinii, transparenței și responsabilității dar și promovarea totodată a diversității în selecția și numirea arbitrilor. Problemele de conflicte de interese au devenit o provocare din ce în ce mai serioasă pentru arbitrajul internațional.

Creșterea numărului de afaceri și modul în care aceasta se desfășoară pe plan internațional, inclusiv centralizarea relațiilor corporative și a marilor firme internaționale de avocatură, au cauzat necesitatea impunerii mai multor dezvăluiri de informații de către arbitrii și în general de către participanții la procesul arbitral și au determinat crearea unor conflicte de interese mai dificil de soluționat.

Chiar dacă legile și regulile de arbitraj oferă unele standarde, există lipsa de detaliu în orientarea lor și de uniformitate a acestora. Este în interesul tuturor celor din comunitatea

* Lect. univ. dr., Universitatea „Spiru Haret”, Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative, București; Avocat Baroul București; Arbitru (CACCIR, VIAC, Moldova); crisflorescu@gmail.com.

internațională de arbitraj ca procedurile să nu fie împiedicate de aceste conflicte de interese în creștere.

Necesitatea uniformizării codificării apare mai pregnantă decât oricând și în lucrare sunt prezentate ghidurile privind conflictele de interese și unele tendințe în materie pentru a veni în întâmpinarea cerințelor utilizatorilor de arbitraj.

De-a lungul timpului, au fost circumstanțe care au generat un comportament lipsit de etică al arbitrilor, dar și mai multe cazuri de recuzare neîntemeiate, folosite de părți numai din motive tactice de gherilă. Acesta este motivul pentru care standarde general acceptate de conduită etică și evitare a conflictelor de interese pentru îndrumarea arbitrilor și a părților în litigii sunt necesare pentru a asigura eficiența și flexibilitatea cazului, în timp ce echitatea și integritatea este de asemenea păstrată. Acest obiectiv este necesar, în speranța de a contribui la menținerea unor standarde ridicate și a încrederii continue în procesul arbitral.

Cuvinte-cheie: arbitraj, conflict de interese, ghiduri

1. Conflictele de interese, consecință a expansiunii și modernizării arbitrajului

Datorită dezvoltării sale avântate din ultimele decenii, arbitrajul comercial internațional a devenit unul dintre cele mai certe, categorice și preferate alternative de soluționare a litigiilor privind comunitatea de afaceri, printr-o administrare specială a justiției, fără a se înlocui însă procedura în fața instanțelor statale.

În vederea protejării, administrării și conducerii eficiente a procedurii arbitrale, toți participanții la procesul arbitral sunt implicați în evitarea conflictelor de interese,¹ actorii-cheie fiind desigur arbitrii ce formează tribunalul arbitral și reprezentanții părților/avocații (consilierii). Aceștia sunt actori cu rol și funcții importante pentru a descuraja toate tacticile de gherilă importate în prezent din procedura în fața instanțelor judecătorești în arbitrajul modernizat.² Problematika conflictului de interese interesează mai ales prin prisma obligației arbitrilor de a fi independenți și imparțiali, care poate avea consecințe și în ceea ce privește reputația instituțiilor care organizează arbitrajul și față de hotărârea arbitrală ce urmează a fi pronunțată.

Expansiunea arbitrajului a antrenat o creștere semnificativă în număr a arbitrilor și o amplificare corespunzătoare a tradițiilor culturale și juridice între ei, părți și ceilalți participanți la procedura arbitrală. Referitor la această redimensionare, se poate constata cu ușurință cum firmele de avocatură și corporațiile, grupurile de companii și ale entităților s-au mărit, dezvoltându-și o structură mai complexă și diferită, avansând astfel probleme actuale și mai sensibile cu privire la conflictul de interese și sensul său. Această amplificare, complexitatea și diversificarea crescând au cultivat provocări noi privind vechiul consens între arbitrii și părți despre ceea ce este bine sau nu în ceea ce privește conduita participanților la arbitraj.³

¹ De obicei conflictele de interese se nasc între persoana numită sau aleasă ca arbitru într-un litigiu și părțile aflate în acel litigiu.

² C. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford and New York: Oxford University Press, 2014; G. Horvath & S. Wilske, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013.

³ C. Rogers, J. Jeng, *The Ethics of International Arbitrators*, The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 3rd edition, New York: Juris, 2014, p. 175-206.

Pe parcursul ultimilor 20 de ani⁴, au fost produse diverse codificări ale dreptului internațional ce au contribuit la creșterea efectului de reglementare a arbitrajului internațional în noi domenii de afaceri, economic, social, cultural și chiar politic. Corolar al tendințelor și provocărilor moderne din ultima perioadă mai ales în cadrul lumii afacerilor, arbitrajul internațional a cunoscut o amploare a litigiilor și a disputelor de nivel înalt. Aceste proceduri mai complicate și mai complexe au ajuns să implice o multitudine de participanți la procesul arbitral, precum arbitri, instituții arbitrale, părți, reprezentanții lor legali și contractuali, consilieri, experți, martori etc.

Luând în considerare că un participant la procedura arbitrală poate fi arbitru într-un caz și avocat, expert sau martor într-un altul, conflicte de interese pot apărea, mai ales și din alternanța acestor actori între diferitele funcții (roluri). Conflictele de interese se ivesc așadar atunci când potențialele numiri și obligația de dezvăluire se încrucișează, având în vedere numărul, variația și interschimbabilitatea rolurilor actorilor la un proces arbitral.

Prof. Emmanuel Gaillard în Freshfield Lecture la 26 noiembrie 2014⁵, se referă, de asemenea, la roluri și funcții diferite ale jucătorilor în arbitraj și modul în care acestea stabilesc anumite idei subconștiente în desfășurarea procedurilor arbitrale care determină ca balanța să fie mai înclinată de o parte decât de cealaltă.

Un alt proeminent arbitru, David W. Rivkin, în Annual Seoul Lecture 2014, la 9 decembrie 2014, cu titlul *Etica în arbitrajul internațional*⁶, a menționat că eficiența și etica sunt subiectele cele mai importante, recent ultima fiind pe larg dezbătută dar fără succes semnificativ pentru a găsi răspunsuri relevante. El a plecat de la observația că „mulți au perceput ca fiind un declin în comportamentul etic al avocatului, în susținerea cazurilor clienților lui”. Desigur, părțile se plâng tot mai mult despre judicializarea excesivă, dar chiar avocații lor sunt cei care importă în arbitraj caracteristici judiciare similare judecătorești în fața instanțelor judecătorești și astfel încearcă să câștige cu orice preț pentru clienții lor. Se pare nedrept ca părțile și avocații să se plângă cu privire la eficiență în raport de timp și costuri și, în același timp, să provoace chiar ele întârzieri, aplicând tactici de gherilă („guerilla tactics”⁷). Ca urmare, comunitatea arbitrală se vede nevoită să pună mai multă presiune asupra arbitrilor pentru ca aceștia să exercite un rol mai pro-activ, iar instituțiile să emită și să aplice o procedură mai strictă și formală.

În consecință, etica în arbitraj privind conflictele de interese și necesitatea standardizării acestora, în special în cea ce privește arbitrii și avocații, a devenit punctul central al discuțiilor și lucrărilor de specialitate. S-au emis astfel coduri din ce în ce mai exhaustive și cuprinzătoare, care au fost îmbunătățite și dezvoltate de reguli arbitrale, proceduri de selecție și recuzare de arbitri și eventual alți actori în arbitraj (a se vedea

⁴ A se vedea C. Rogers, *What if the Ghost of Christmas Present Visited the International Arbitration Community of 1995?*, publicat pe 26 decembrie 2015 pe http://kluwerarbitrationblog.com/2015/12/26/what-if-the-ghost-of-christmas-present-visited-the-international-arbitration-community-of-1995/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29.

⁵ A se vedea și Alison Ross, *Creatures of ritual?*, 2 decembrie 2014, disponibil pe http://www.shearman.com/~media/Files/Services/International-Arbitration/Articles/Creatures_of_ritual_Emmanuel_Gaillard112614_.pdf.

⁶ <http://www.debevoise.com/~media/files/insights/news/2014/davidrivkinseoularbitrationlecture.pdf>.

⁷ G. Horvath & S. Wilske, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013.

Ghidul IBA privind reprezentarea părților în arbitrajul internațional)⁸. Aceste ghiduri cu valoare de recomandare sunt standarde care se aplică în cazuri de recuzare, pentru a anula hotărârile finale, precum și de legi penale naționale aplicabile, cum ar fi cele ce interzic spălarea de bani și corupția.⁹

Constatăm cu uimire și reprobare că în principal arbitrilor li se cere să mențină eficiența desfășurării procedurii arbitrale, să aplice și implementeze măsurile necesare în acest sens, indiferent de cei ce sunt de-adevăratelea responsabili de perturbarea procedurii. Desigur, este cunoscut că arbitrii sunt cei chemați să pună în aplicare măsuri împotriva periclitării bunului mers al desfășurării eficace și eficiente a procedurii ce o conduc și, de asemenea, să păstreze controlul și poliția procesului arbitral, dar considerăm că responsabilitatea ar trebui să fie suportată și de către alți actori în arbitraj, cum ar fi părțile și reprezentanții acestora (avocații). Pentru a se asigura respectarea comportamentului corect și etic, cele mai noi standarde emise în domeniu, denumite „soft law”, se referă la conflictele de interese legate de activitatea și misiunea arbitrilor – IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration¹⁰ – și abaterea reprezentanților părților (avocaților) și autoritatea arbitrilor de a le sancționa în cazurile când asemenea acțiuni devin necesare – IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. Consider că este mai natural ca odată ce probleme de conflicte de interese se ivesc, rigoarea necesară și potrivită să se impună asupra celor care le creează, nu tribunalul arbitral să fie grevat de responsabilități suplimentare, căci această abordare poate conduce la efecte negative, pe când eficiența este un subiect atât de controversat și așteptat de întreaga lume a arbitrajului. Consider că nu este recomandabil, nici oportun sau eficient să fie sancționat arbitrul pentru ineficiența care este provocată de alți actori ai procesului arbitral.

2. Noi politici ICC privind evitarea conflictelor de interese si asigurarea transparenței

În linie cu aceste sancțiuni ce ar putea fi aplicate arbitrilor, acest an 2016 începe sub egida a două modificări importante propuse de Curtea de Arbitraj Internațional ICC de la Paris¹¹. Pentru arbitrajele care vor începe după 01 ianuarie 2016, ICC intenționează să publice pe site-ul său numele arbitrilor în cazurile ICC, naționalitatea lor, precum și dacă numirea a fost făcută de către Curte sau de către părți și care este arbitrul președinte al tribunalului. În plus, ICC a anunțat că va reduce taxele plătite tribunalelor arbitrale care nu reușesc să prezinte un proiect de hotărâre arbitrală în termen de trei luni de la ultima audiere pe fond sau de la ultima prezentare post-audiere pe fond (două luni în cazul unui arbitru unic).

⁸ IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, adoptat în 2013, http://www.google.ro/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiStoX-5KbLahXqJZoKHYJfBIAQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ibanet.org%2FDocument%2FDefault.aspx%3FDocumentId%3D6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F&usg=AFQjCNGapAFX_Svb7UzJpx0EX_XySwp5zQ.

⁹ C. Rogers, J. Jeng, *op. cit.*, p. 178.

¹⁰ IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, adoptat în 2004 și revizuit în 2014, <http://www.google.ro/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjksPmg56bLahXjJ5oKHSb6AvCQFggxMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.ibanet.org%2FDocument%2FDefault.aspx%3FDocumentId%3D2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918&usg=AFQjCNFevNZgKiVw0CZPEmhTtW0tnS2QLA>.

¹¹ <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>.

Față de problematica conflictelor de interese, inovarea ICC vine cu un avertisment important, în sensul că ICC va permite părților să renunțe la dezvăluirea arbitrului pentru a respecta „așteptările acestora la intimitate”. Este un motiv interesant, deoarece ICC, de asemenea, spune că nicio referință de caz (numărul intern de înregistrare a cazului) sau informații de identificare a părților nu vor fi publicate cu informațiile privind arbitrii.

Concluzionând, această inițiativă ar putea distinge ICC de toate celelalte instituții arbitrale în fața părților, dar numai în cazul în care părțile nu vor contracara ele însele punerea în aplicare a acestor măsuri, prin convenirea altfel în cadrul convențiilor arbitrale sau ulterior în regulile de procedură alese a fi aplicate.

Conform noilor direcții ale ICC, arbitrilor care întârzie cu redactarea hotărârilor arbitrale li se pot reduce taxele de la 5% la 20% sau mai mult, în funcție de durata întârzierii lor. Odată cu modificările din regulile arbitrale ICC de la 01 ianuarie 2012 erau deja introduse articolele 22, 27 care încurajează și solicită mai susținut eficiența managementului desfășurării procedurii și mai ales articolul 37 alin. (2), în temeiul căruia Curtea poate determina creșterea sau scăderea onorariile arbitrilor conform aplicării scalei relevante, dacă se consideră necesar, datorită circumstanțelor mai deosebite ale cazului. Astfel că onorariile arbitrilor pot scădea corespunzător dacă există întârzieri nejustificate.

Potrivit regulilor arbitrale ICC, proiectele de hotărâri arbitrale sunt supuse controlului ICC. Cei care cunosc politica și regulile ICC s-au lovit de standardele înalte ale Curții de a nu se înlătura să trimită înapoi la arbitri proiectele de hotărâre – uneori de mai multe ori – în scopul de a remedia defectele percepute sau de a face îmbunătățiri în calitatea de ansamblu a acestora (deși de multe ori pot apărea exagerări și chiar interferențe nedorite asupra deciziilor tribunalului arbitral). Este de remarcat însă că cele trei (sau două) luni de care se face aici vorbire nu sunt cele în care părțile trebuie să se aștepte să primească hotărârea, ci este numai timpul scurs pentru redactarea proiectului de hotărâre de către arbitri pentru a fi supus ulterior controlului ICC. Numai după ce acesta se va finaliza, ceea ce poate dura între o lună și chiar 3, 4 luni, se definitivează forma finală a hotărârii astfel cum este agreată de Curtea ICC și după ce tribunalul arbitral o semnează, datează și trimite originalele corespunzătoare Curții, aceasta o distribuie, comunicând câte un original părților și arbitrilor.

Transparența este și ea la rândul ei un subiect în tendințe și dezbătut de specialiști, căutându-se formule de îmbunătățire conform cerințelor utilizatorilor de arbitraj de înlăturare a potențialelor conflictelor de interese. În acest sens, ICC propune o altă modificare importantă, se pare că demult așteptată și anume publicarea motivelor care au stat la baza acceptării sau nu a unei recuzări, care până acum se păstrau secrete. În cadrul procedurii de recuzare a unui arbitru se ține cont de principiile unui proces echitabil, părțile, arbitrul afectat și ceilalți arbitri, după caz fiind invitați să comenteze în scris cu privire la recuzare. Cu toate acestea, motivarea deciziilor Curții ICC cu privire la fondul problemei, luate de obicei lunar în sesiune plenară, non-publice, nu sunt comunicate – iar deciziile sale sunt finale (Regulile arbitrale ICC 2012, articolul 14 alin. (3), fostul articol 7 alin. (4)).

În general, cele mai multe instituții arbitrale nu oferă părților decizii motivate cu privire la recuzarea arbitrilor, întemeiate pe o pretinsă lipsă de independență sau imparțialitate. Rezultatul deciziei este dat fără nicio explicație. Cu toate acestea, London Court of International Arbitration (LCIA) a raportat în 2011 o publicație informativă cu câteva

rezumate ale motivărilor deciziilor de recuzare ale arbitrilor.¹² În plus, ICSID publică, de asemenea, un număr de decizii motivate cu privire la contestarea arbitrilor. Valoarea acestor decizii publicate sunt învățămintele ce pot fi extrase, deoarece pot ajuta părțile implicate în cazuri viitoare să evalueze dacă circumstanțele particulare sunt susceptibile să ducă la posibila descalificare a unui arbitru. Acest lucru poate ajuta părțile în luarea deciziei de a alege să desemneze un anumit arbitru, precum și dacă să conteste un arbitru desemnat de cealaltă parte. Totodată, deciziile motivate pot ajuta arbitrii să decidă dacă să accepte sau nu numirile. În cazul în care părțile decid să accepte o numire, deciziile pot oferi unele indicații cu privire la informațiile pe care le va prezenta. Astfel, accesul la aceste decizii poate oferi o transparență cu privire la modul în care funcționează procesul și cât de eficient este.

Pentru a remedia această problemă a transparenței privind motivarea deciziilor de recuzare a arbitrilor, Curtea ICC a anunțat la 08 octombrie 2015, că, cu efect imediat și la cererea părților unui arbitraj, aceasta poate comunica motivele pentru deciziile sale cu privire la:

(a) recuzări și înlocuirea arbitrilor în conformitate cu articolele 14 și 15 alineatul (2) din Regulile arbitrale ICC 2012;

(b) competența de *prima facie* în conformitate cu articolul 6 alineatul (4) din Regulile ICC; și

(c) consolidarea procedurilor de arbitraj prevăzute la articolul 10 din Regulile ICC.

Noua politică a Curții ICC este cuprinsă în Nota către părți și tribunalele arbitrale privind desfășurarea arbitrajului conform prevederilor Regulilor ICC 2012 din data de 1 octombrie 2015,¹³ dar care a fost deja modificată și actualizată la 22 februarie 2016. Nota precizează că părțile trebuie să solicite motivele înainte de luarea de către ICC a deciziilor sale, iar comunicarea motivelor poate duce la o creștere a cheltuielilor administrative, de obicei, nu mai mare de 5.000 USD.

Apetitul în creștere pentru transparență a fost recunoscut de asemenea în sondajul recent publicat „2015 International Arbitration Survey undertaken by the School of International Arbitration, Queen Mary University of London”.¹⁴ Participanții la acest sondaj au exprimat îngrijorări cu privire la lipsa de transparență în luarea deciziilor la nivel instituțional privind recuzările arbitrilor și au sugerat că aceasta ar fi o zonă de îmbunătățire potențială pentru instituțiile arbitrale.

¹² Abstracts of LCIA Court decisions on arbitrator challenges between 1996 and 2010, Journal of International Arbitration, vol. 27, No. 3, 2011 (Special Edition: Arbitrator Challenges). Aceste rezumate de cazuri de recuzare a arbitrilor sunt un memento important al tipurilor de conduită flagrante ale arbitrilor, deși rare, care pot păta renumele sistemului dacă nu sunt corectate cu promptitudine. În același timp, aceste rezumate, luminează până unde pot părțile să întindă coarda uneori pentru a lansa recuzări de cele mai multe ori din motive tactice și care sunt în mod vădit nefondate.

Dintre cele 28 de rezumate publicate, șase cazuri au fost considerate ca fiind suficient de problematice pentru a satisface standardul LCIA de recuzare, care implică circumstanțe care dau naștere unor „îndoeli justificate” cu privire la imparțialitatea și independența unui arbitru. Dintre aceste șase provocări acceptate, trei au implicat un comportament necorespunzător al arbitrului și trei au implicat conflicte de relație.

¹³ Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the 2012 ICC Rules of Arbitration paras. 20-22, http://www.iccdri.com/itemContent.aspx?XSL=arbSingle.xsl&XML=\PRACTICE_NOTES\SNFC_0016.xml&CONTENTTYPE=PRACTICE_NOTES&TOC=ItoCPracticeNotesAll.xml&TITLE=Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the 2012 ICC Rules of Arbitration.

¹⁴ 2015 International Arbitration Survey undertaken by the School of International Arbitration, Queen Mary University of London, p. 22, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

Acest sondaj este un bun barometru de altfel cu privire la întreaga percepție a comunității arbitrale referitor la îmbunătățirea, modernizarea și inovarea în arbitrajul internațional. Sondajul urmărește să compenseze lipsurile prin reexaminarea eficacității percepțiilor asupra inovațiilor din trecut și testarea viabilității evoluțiilor viitoare. Sunt realizate considerații extrem de pertinente asupra celor mai semnificative și fierbinți subiecte în arbitraj.

În ceea ce privește ghidurile și liniile directe emise de diverse instituții în materie, percepția generală s-a dovedit pozitivă, cum că ar exista o cantitate adecvată de reglementări (deși 26% au considerat că este excesivă reglementarea). Cele mai apreciate și utilizate ghiduri sunt IBA Rules on Taking of Evidence, IBA Guidelines on Conflicts of Interest, UNCITRAL Notes on Organizing Arbitration Proceedings, IBA Guidelines on Party Representation, ICC In-House Guide of Effective Management of Arbitration.

3. Standardizarea normelor privind conflictele de interese în arbitraj

Discuția privind conflictele de interese se pare că s-a orientat mai degrabă asupra problemelor de etică ale avocaților, în timp ce codurile de conduită pentru arbitri se observă că se concentrează în principal pe problemele de imparțialitate și independență. Arbitrii sunt obligați să facă dezvăluiri și să își îndeplinească obligațiile lor celor mai importante: acceptarea misiunii, disponibilitate, independență, imparțialitate, neutralitate și divulgarea conflictelor de interese. În acest sens există unele linii directe (ghiduri fără valoare normativă, precum cele amintite mai sus) emise de organizații internaționale care intenționează să reglementeze conflictele de interese care pot apărea mai ales atunci când se iau decizii cu privire la numirea potențialilor arbitri și dezvăluirile acestora de informații relevante.

Codul profesional de conduită cel mai proeminent și influent, the American Bar Association/American Arbitration Association's Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (AAA Code of Ethics) pentru arbitri în litigiile comerciale, adoptat inițial în 1977 și revizuit în 2004, „recunoaște diferențele fundamentale dintre arbitri și judecători”. Cei care au redactat Codul consideră că este de preferat ca toți arbitrii să fie neutri și să respecte aceleași standarde etice (în special în arbitrajele internaționale). Codul prevede că toți arbitrii trebuie să dezvăluie „orice interes cunoscut financiar sau personal direct ori indirect în rezultatul arbitrajului”, și „orice relații existente sau anterioare financiare, de afaceri, profesionale sau personale cunoscute, care ar putea afecta în mod rezonabil imparțialitatea sau lipsa de independență în ochii oricăroră dintre părți.” Codul prevede, de asemenea, în Canon II (B), că arbitrii au o datorie pe tot parcursul desfășurării arbitrajului pentru a „face eforturi rezonabile de a se informa cu privire la orice interese sau relații” care ar putea face obiectul dezvăluirii potențialelor conflicte de interese”.¹⁵

Alte astfel de codificări mai renumite sunt Arbitrators Ethics Guidelines provided by JAMS – The Resolution Experts (US), Guidelines of Good Practice and Code of Ethical Conduct of Arbitrators emise de The Chartered Institute of Arbitrators in London (CIArb), care prevăd de asemenea The CIArb Practice Guideline: Interviewing Prospective Arbitrators, Guidelines for Arbitrators Conducting Complex Arbitrations emise de International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR). Cu toate acestea, cele mai renumite și utilizate sunt codificările International Bar Association (IBA), în materia eticii și a conflictelor de interese fiind adoptate Ghidul IBA privind conflictele de interese din

¹⁵ C.N. Brower, The Ethics of Arbitration, *Berkeley Journal International Law Publicist* vol. 5, 2010, p. 8. http://bjil.typepad.com/brower_final.pdf.

arbitrajul internațional (adoptate în 2004 și revizuite în 2014) și Ghidul IBA privind reprezentarea părților în arbitrajul internațional (adoptate în 2013).

În ceea ce privește Ghidul IBA privind conflictele de interese, părțile și avocații acestora le iau în considerare în mod frecvent în evaluarea imparțialității și independenței arbitrilor, iar instanțele și instituțiile arbitrale le consultă adesea în considerarea recuzării arbitrilor. Scopul Ghidului IBA privind conflictele de interese se proclamă în favoarea suportului părților, avocaților, arbitrilor și instituțiilor arbitrale cu privire la aceste chestiuni relevante precum imparțialitatea și independența și alte obligații de etică arbitrală, inclusiv dezvăluirea, comunicarea, seriozitatea și confidențialitatea. Modificările importante din 2014 abordează creșterea cerințelor declarării oricăror potențiale conflicte de interese în avans de către arbitri; finanțarea de către terți; importanța crescândă a secretarului tribunalului arbitral în arbitraj; precum și posibilitatea ca un arbitru și avocatul/consilierul uneia dintre părți să lucreze în cadrul acelorași organizații profesionale.

Ghidul IBA privind reprezentarea părților pune accentul pe probleme de conduită ale avocaților și reprezentarea părților în arbitrajul internațional care sunt supuse diverselor reguli și norme contradictorii. Ghidul se angajează să determine dacă aceste norme și practici diferite ar putea submina corectitudinea fundamentală și integritatea procedurilor arbitrale internaționale și dacă ghidurile internaționale privind reprezentarea părților în arbitraj internațional pot ajuta părțile, avocații și arbitrii (aceasta este declarația din însuși preambulul Ghidului).

Aceste ghiduri, percepute ca linii directoare care tratează o anumită problemă, sunt instrumente legislative neobligatorii, care oferă direcții de reglementare, nu sunt norme juridice și nu prevalează asupra legislațiilor interne aplicabile sau asupra regulilor de procedură arbitrală alese de părți. Numai acceptarea lor de către părți pentru a fi menționate în cursul procedurii lor asigură aplicarea lor. De obicei, tribunalul însuși propune o astfel de referință la asemenea ghiduri în timpul elaborării principalelor documente în arbitraj, cum ar fi Terms of Reference (Act de Misiune), ordine de procedură (cum ar fi Procedural Order no. 1) sau altele. Larga răspândire și acceptare a ghidurilor IBA a jucat un rol decisiv în uniformizarea arbitrajului la nivel mondial.¹⁶

Diferitele surse ale obligațiilor de independență și imparțialitate ale arbitrilor precum și ale celorlalți participanți la arbitraj se aplică în diferite etape ale procedurii și totodată de către entități diferite pentru scopuri diferite.¹⁷ Acestea ar putea fi coduri etice (cum sunt cele menționate mai sus), norme de arbitraj instituțional aplicate de instituția respectivă, care organizează arbitrajul, legile naționale – de obicei aplicate de către instanțele naționale în arbitraj intern în cazul în care normele de arbitraj aplicabile nu menționează nimic în sensul respectiv, convențiile internaționale, cum ar fi Convenția de la New York privind recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine (articolele V(1) (d), V(1) (b), V(2) (b) – cele mai frecvente motive fiind însă încălcarea ordinii publice a jurisdicției de executare). Există, de asemenea asociații ale barourilor naționale pentru avocați care pot fi emitente de obligații etice pentru avocați și se pot astfel invoca răspunderea profesională sau malpraxisul.

Codul de procedură civilă român, intrat în vigoare în 2013, constată în articolul 562 normele privind conflictele de interese, care sunt importate și inspirate din liniile directoare

¹⁶ J.C. Fernández Rozas, *Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators*, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid: La Ley, 2010, p. 413-449. http://eprints.ucm.es/11931/1/CLEARER_ETHICS_GUIDELINES_FOR_ARBITRATORS.pdf.

¹⁷ Rogers & Jeng, *op. cit.*, p. 178.

IBA privind conflictele de interese într-un mod succint și concis, pentru a acoperi cât mai mult posibil din eventualele situații descrise în ghidurile de inspirație. Prevederile încearcă să capteze complicațiile juridice și practice care pot apărea în lumea contemporană a comerțului internațional și în diverse alte domenii în care este utilizat arbitrajul, fiind analizate pentru aceasta legislația internă și politicile comerciale din mai multe jurisdicții importante.

De asemenea, articolul 20 din Regulile de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României prevăd incompatibilitatea arbitrilor într-un mod similar cu articolul 562 de mai sus, cu câteva completări utile.

Aceste dispoziții se completează cu cele referitoare la răspunderea arbitrilor din articolul 565 Cod de procedură civilă, ce consolidează cerințele pentru un comportament adecvat și respectarea bunei-credințe de către arbitri și de către toți participanții la procedura arbitrală.

4. Concluzie

Instituțiilor arbitrale se pare că le revine misiunea de a se asigura o suficientă codificare (standardizare) care să abordeze toate problemele potențial legate de conflictele de interese în arbitrajul internațional. Prea multă reglementare nici nu este oportună, nici recomandabilă, dar din practică și datorită faptului că arbitrajul a devenit o mare afacere (în special pentru avocați) a apărut în ultimul timp necesitatea de a crește măsurile și a găsi sancțiunile potrivite împotriva tacticilor de gherilă care pun în pericol integritatea și corectitudinea procedurilor arbitrale și totodată de a asigura cerințele publice pentru transparență prin combaterea și evitarea oricăror probleme de conflicte de interese. Având în vedere că subiectul eticii progresează consecvent și astfel devin indispensabile interpretările și clarificările, este necesară o liberalizare a întregii reglementări/codificări în scopul de a găsi cele mai bune soluții.

Disfuncționalitățile din ultima perioadă au apărut și datorită evoluției și dezvoltării în genere a societății pe multiple paliere, dar acestea nu sunt motive de sufocare a flexibilității și rigidizării arbitrajului, impunându-l ca o procedură strictă, când el tocmai a debutat și s-a dezvoltat ca o procedură alternativă caracterizată tocmai de lipsa de formalism, inovare, posibilitate de adaptare la circumstanțele particulare ale fiecărui caz dedus arbitrajului.

EXPERTIZA TEHNICĂ JUDICIARĂ ÎN DOMENIUL IT ȘI NOILE CODURI

*Cristina-Maria DABU**

Abstract:

In the context of the of informational society in which we are living, the judicial technical expertise n the filed of IT&C is becoming increasingly requested in the court cases.

According to civil and criminal procedure codes, both in the civil and in criminal law it is enshrined the principle that who makes a statement in the court has the obligation to prove the performed assertion by means of evidence.

The object of the judicial technical expertise in the field of IT is connected to that of evidence, the meaning of the judicial technical expertise activity being to contribute to establish the circumstances, facts and causes that have led to the occurrence of a particular legal relationship between the parties in the process.

There are situations in which the subject of of judicial technical expertise may be be interdisciplinary.

A more rigorous application of articles 335. 442. respectively 47 from the New Code of Civil Procedure could reduce the court cases duration.

Keywords: *Judicial Technical Expertise, New Civil Procedure Code, New Criminal Procedure Code, IT&C, Informational Society, Law*

Rezumat:

Obiectul expertizei tehnice judiciare în domeniul IT este legat de cel al probațiunii, rostul activității de expertiză tehnică judiciară fiind acela de a contribui la stabilirea împrejurărilor, faptelor și a cauzelor care au condus la apariția unui anumit raport juridic între părțile aflate în proces

În contextul societății informaționale în care trăim, expertiza tehnică judiciară în domeniul IT&C devine din ce în ce mai solicitată în dosarele aflate pe rolurile instanțelor de judecată.

Sunt situații în care obiectul expertizei tehnice judiciare poate să fie interdisciplinar.

O aplicare mai riguroasă a art 335 și 332, respectiv 47 din Noul Cod de Procedura Civilă ar putea contribui la reducerea duratei proceselor

Cuvinte-cheie: *Expertiza Tehnică Judiciară, Noul Cod de Procedura Civilă, Noul Cod de Procedura Penală, IT&C, Societate Informațională, Drept*

Introducere

În contextul societății informaționale în care trăim, expertiza tehnică judiciară în domeniul IT&C devine din ce în ce mai solicitată în dosarele aflate pe rolurile instanțelor de judecată.

* Dr. ing. Inginerie Industrială, Jurist, Expert tehnic judiciar informatică-calculatoare, Membru titular al Comitetului Roman pentru Istoria și Filosofia Științei și Tehnicii din Academia Română, Director General IBMC International SRL; e-mail: cmdabu@yahoo.com

Conform codurilor de procedură civilă și penală, atât în procesul civil, cât și în cel penal este consacrat principiul potrivit caruia partea care face o afirmație în instanță are obligația să dovedească prin mijloace de proba afirmația făcută.

În materie civilă, conform art 249, Noul Cod de Procedură Civilă, <<cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege.>>¹

Un asemenea caz anume prevăzut de lege îl constituie litigiile de muncă, în cadrul cărora sarcina probei revine angajatorului care, în cazul în care se ajunge în instanță, este obligat să facă dovada temeiniciei și legalității deciziilor emise sau a măsurilor luate.

În materie penală, conform art 99 Noul Cod de Procedură Penală,

(1) În acțiunea penală sarcina probei aparține în principal procurorului, iar în acțiunea civilă, părții civile ori, după caz, procurorului care exercită acțiunea civilă în cazul în care persoana vătămată este lipsită de capacitate de exercițiu sau are capacitate de exercițiu restrânsă.

(2) Suspectul sau inculpatul beneficiază de prezumția de nevinovăție, nefiind obligat să își dovedească nevinovăția, și are dreptul de a nu contribui la propria acuzare.

(3) În procesul penal, persoana vătămată, suspectul și părțile au dreptul de a propune organelor judiciare administrarea de probe.²

Particularitati privind expertiza tehnică judiciară IT

Obiectul expertizei tehnice judiciare în domeniul IT este legat de cel al probațiunii, rostul activității de expertiză tehnică judiciară fiind acela de a contribui la stabilirea împrejurărilor, faptelor și a cauzelor care au condus la apariția unui anumit raport juridic între părțile aflate în proces, așa cum prevede art 250 din Noul Cod de Procedura Civilă <<dovada unui act juridic sau a unui fapt se poate face prin înscrisuri, martori, prezumții, mărturisirea uneia dintre părți, făcută din proprie inițiativă sau obținută la interogatoriu, prin expertiză, prin mijloacele materiale de probă, prin cercetarea la fața locului sau prin orice alte mijloace prevăzute de lege.>>³

Expertiza tehnică judiciară în domeniul IT reprezintă un important mijloc de probă și constă în efectuarea de analize, testări, investigații, urmate de emiterea de concluzii pe baza rezultatelor obținute, asupra unui sistem software, a unui sistem informatic, asupra unui sistem de calcul sau a unor componente ale unui sistem de calcul, sau asupra unor fisiere. Pot fi și situații în care în cadrul expertizei tehnice judiciare în domeniul IT se analizează și înscrisuri, analiza înscrisurilor fiind complementară analizei sistemelor informatice sau a aplicațiilor software, și nicidecum un substituit al analizei unui sistem informatic, pentru simplul fapt că nu îți poți da seama de modul de funcționare a unui sistem informatic sau asupra modului în care s-a operat asupra sistemului informatic doar analizând o serie de înscrisuri.

Sunt situații în care obiectul expertizei tehnice judiciare poate să fie interdisciplinar. Un exemplu în acest sens îl constituie expertiza tehnică judiciară privind proprietatea intelectuală asupra aplicațiilor informatice (Dosar 56784/3/2011, Tribunalul București).

O particularitate a activității de expertiză tehnică judiciară în domeniul IT, spre deosebire de alte domenii de expertiză judiciară, este acela că domeniul IT se caracterizează pe de-o parte printr-un ritm foarte alert de dezvoltare iar pe de altă parte printr-o extindere

¹ Noul Cod de Procedura Civilă, Ed. Universul Juridic, București, 2013

² Noul Cod de Procedura Penală, și Legea pentru punerea în aplicare, Ed. C.H. Beck, București, 2014

³ Noul Cod de Procedura Civilă, Ed. Universul Juridic, București, 2013

în toate celelalte domenii ale vieții. Să ne gândim în acest sens la faptul că aproape orice obiect din jurul nostru pe care îl utilizăm conține în structura sa și o componentă IT (automobilul, telefonul, mașina de spălat, cuptorul cu microunde etc.).

Un alt aspect care trebuie avut în vedere, direct legat de evoluția foarte rapidă din domeniul IT&C este acela că expertizând un sistem informatic, în cele mai multe situații la câțiva ani distanța după producerea raportului juridic ajuns în instanță, este dificil, sau uneori chiar imposibil să simulezi situația exactă care era în urmă cu 1-2-3-5 ani: internetul evoluează, atât ca viteză de transfer cât și ca tehnologie, sistemele de calcul evoluează ca tehnologie, sistemele de operare se schimbă, iar aplicațiile software, de multe ori, au versiuni noi față de versiunea existentă la momentul generării situației conflictuale.

Acest lucru nu înseamnă că rezultatele expertizei nu pot fi concludente pentru rezultatul procesului, ci se referă strict la faptul că este aproape imposibil să reconstruiesti câțiva ani mai târziu contextul tehnic de la momentul conflictului. Este o realitate științifică. Pentru fiecare caz în parte se poate evalua impactul pe care evoluția tehnologică l-a avut asupra sistemului informatic expertizat.

Analiza unor elemente de procedură cu impact în expertiza tehnică judiciară în domeniul IT

În cele ce urmează vom analiza câteva aspecte legate de două articole din Noul Cod de Procedură Civilă ce reglementează activitatea de expertiză tehnică judiciară și anume: art. 332 – Recuzarea expertului și art. 335 – Efectuarea expertizei la fața locului, întrucât, din activitatea de expert tehnic judiciar desemnat de instanța, desfășurată până în prezent în aproximativ 10-12 dosare, am constatat că în jurul acestor două articole se generează anumite situații în cadrul expertizelor, cu impact asupra desfășurării proceselor.

Art. 332. – Recuzarea expertului

Conform articolului 332:

- (1) Experții pot fi recuzați pentru aceleași motive ca și judecătorii.
- (2) Recuzarea trebuie să fie cerută în termen de 5 zile de la numirea expertului, dacă motivul ei există la aceasta dată; în celelalte cazuri termenul va curge de la data când s-a ivit motivul de recuzare.
- (3) Recuzările se judecă cu citarea părților și a expertului.⁴

Art. 47 – Cererea de recuzare. Condiții

(1) Cererea de recuzare se poate face verbal în ședință sau în scris pentru fiecare judecător în parte, arătându-se cazul de incompatibilitate și probele de care partea înțelege să se folosească.

(2) Este inadmisibilă cererea în care se invocă alte motive decât cele prevăzute la art. 41 și 42.

(3) Sunt, de asemenea, inadmisibile cererea de recuzare privitoare la alți judecători decât cei prevăzuți la art. 46, precum și cererea îndreptată împotriva aceluiași judecător pentru același motiv de incompatibilitate.

(4) Nerespectarea condițiilor prezentului articol atrage inadmisibilitatea cererii de recuzare. În acest caz, inadmisibilitatea se constată chiar de completul în fața căruia s-a formulat cererea de recuzare, cu participarea judecătorului recuzat.

⁴ *Idem*

Iar la articolele 41 și 42 avem o listă lungă cu situații în care judecătorul, și prin similitudine, expertul, poate deveni incompatibil:

Art. 41 – incompatibilitatea judecătorilor

(1) Judecătorul care a pronunțat o încheiere interlocutorie sau o hotărâre prin care s-a soluționat cauza nu poate judeca aceeași pricină în apel, recurs, contestație în anulare sau revizuire și nici după trimiterea spre rejudecare.

(2) De asemenea, nu poate lua parte la judecată cel care a fost martor, expert, arbitru, procuror, avocat, asistent judiciar, magistrat-asistent sau mediator în aceeași cauză.⁵

Art. 42 – Alte cazuri de incompatibilitate absolută

(1) Judecătorul este, de asemenea, incompatibil de a judeca în următoarele situații:

1. când și-a exprimat anterior părerea cu privire la soluție în cauza pe care a fost desemnat să o judece. Punerea în discuția părților, din oficiu, a unor chestiuni de fapt sau de drept, potrivit art. 14 alin. (4) și (5), nu îl face pe judecător incompatibil;

2. când există împrejurări care fac justificată temerea că el, soțul său, ascendenții ori descendenții lor sau afinii lor, după caz, au un interes în legătură cu pricina care se judecă;

3. când este soț, rudă sau afin până la gradul al patrulea inclusiv cu avocatul ori reprezentantul unei părți sau dacă este căsătorit cu fratele ori cu sora soțului uneia dintre aceste persoane;

4. când soțul sau fostul său soț este rudă ori afin până la gradul al patrulea inclusiv cu vreuna dintre părți;

5. dacă el, soțul sau rudele lor până la gradul al patrulea inclusiv ori afinii lor, după caz, sunt părți într-un proces care se judecă la instanța la care una dintre părți este judecător;

6. dacă între el, soțul său ori rudele lor până la gradul al patrulea inclusiv sau afinii lor, după caz, și una dintre părți a existat un proces penal cu cel mult 5 ani înainte de a fi desemnat să judece pricina. În cazul plângerilor penale formulate de părți în cursul procesului, judecătorul devine incompatibil numai în situația punerii în mișcare a acțiunii penale împotriva sa;

7. dacă este tutore sau curator al uneia dintre părți;

8. dacă el, soțul său, ascendenții ori descendenții lor au primit daruri sau promisiuni de daruri ori alte avantaje de la una dintre părți;

9. dacă el, soțul său ori una dintre rudele lor până la gradul al patrulea inclusiv sau afinii lor, după caz, se află în relații de dușmănie cu una dintre părți, soțul ori rudele acesteia până la gradul al patrulea inclusiv;

10. dacă, atunci când este investit cu soluționarea unei căi de atac, soțul sau o rudă a sa până la gradul al patrulea inclusiv a participat, ca judecător sau procuror, la judecarea aceleiași pricini înaintea altei instanțe;

11. dacă este soț sau rudă până la gradul al patrulea inclusiv sau afin, după caz, cu un alt membru al completului de judecată;

12. dacă soțul, o rudă ori un afin al său până la gradul al patrulea inclusiv a reprezentat sau asistat partea în aceeași pricină înaintea altei instanțe;

13. atunci când există alte elemente care nasc în mod întemeiat îndoieli cu privire la imparțialitatea sa.

(2) Dispozițiile alin. (1) privitoare la soț se aplică și în cazul concubinilor.⁶

⁵ *Idem*

⁶ *Idem*

În practică am constatat o încercare a ceva ce am numi <<cerere de recuzare abuzivă>>, și anume cereri de recuzare formulate ori pentru motive ce nu aveau absolut nicio legătură cu procesul sau activitatea de expertiză tehnică judiciară, așa cum este descrisă în Codurile de Procedură Civilă și/sau Penală, și nici cu art 41, 42 din Noul Cod de Procedura Civilă, iar a doua categorie cereri de recuzare conținând o înlănțuire de neadevăruri.

Ca exemple în acest sens se pot da dosarele 4530/275/2014 Judecătoria Panciu, dosarul 2347/197/2014 Judecătoria Brașov și dosarul 10731/303/2013 Tribunalul București.

Cererea de recuzare din dosarul 2347/197/2014 Judecătoria Brașov are 8 pagini și 38 de puncte (motive de recuzare).

Dacă se analizează cererile de recuzare din dosarele 2347/197/2014 Judecătoria Brașov și 10731/303/2013 Tribunalul București, se constată faptul că se încearcă să se invoce sub diverse forme <<antepunerea expertului>> art 42, alin. 1, fără a se ține cont de două aspecte:

a) Expertul, cel puțin în cazul meu, are în spate o experiență de peste 20 de ani în domeniul IT, atât ca dezvoltator software, cât și ca tester, analist de business și manager de proiect IT, ca urmare își da seama destul de repede de unele lucruri și discută o serie de aspecte tehnice fără ca acestea să reprezinte antepunere

b) În formularea <<cererii de recuzare>> nu se ține cont de partea a doua a art 42 alin. 1 din Noul Cod de Procedura Civilă <<Punerea în discuția părților, din oficiu, a unor chestiuni de fapt sau de drept, potrivit art. 14 alin. (4) și (5), nu îl face pe judecător incompatibil>>⁷ prin similitudine, punerea în discuție a unor chestiuni de fapt ce vizează obiectul expertizei sau principii tehnice generale în domeniul IT nu îl fac pe expert incompatibil, precum nici punerea în discuție a unor chestiuni de fapt din dosar în legătură cu obiectul expertizei nu îl fac pe expert incompatibil și nu însemnă antepunere.

În două dintre cele 3 dosare menționate mai sus, cererile de recuzare au fost în final respinse, a treia este în discuție, fiind depusă abia în februarie 2016.

Este dreptul părții să depună cerere de recuzare a expertului. Nu contestăm acest drept legitim al oricăreia dintre părți.

Problema acestor <<cereri de recuzare abuzive>> este aceea că automat întârzie derularea procesului

Dacă facem un calcul simplu al termenelor obținem:

1. termenul la care se analizează de către instanță cererea depusă,
2. termenul la care se prezintă expertul spre a fi ascultat,
3. termenul în care se judecă efectiv cererea de recuzare.

Dintr-o dată sunt practic 3 termene pierdute pentru o asemenea cerere nefondată, trei termene însumând în total o perioadă de 3-6 luni.

De exemplu, cererea de recuzare în dosarul 2347/197/2014 Judecătoria Brașov a fost depusă în data de 7 septembrie 2015, iar soluționarea prin respingere a fost la sfârșitul lui decembrie 2015. Practic au fost pierdute 4 luni doar cu soluționarea cererii de recuzare.

⁷ Idem

După un asemenea moment până se reconvoacă părțile pentru a continua expertiza, mai ales în cazul în care procesul este în alta localitate decât localitatea de reședință a expertului, și expertul este desemnat în mai multe dosare în același timp, înseamnă alte 1-2 termene.

Art 335 – Efectuarea expertizei la fața locului

Articolul 335 este un articol care intervine aproape de fiecare dată în cazul expertizelor tehnice judiciare în domeniul IT, deoarece, de obicei expertiza se face asupra unui sistem informatic aparținând uneia dintre părți, adică se desfășoară <<la fața locului>>, la sediul/punctul de lucru al părții respective, și apar o serie de probleme.

Articolul 335 prevede:

(1) Dacă pentru expertiza este nevoie de o lucrare la fața locului sau sunt necesare explicațiile părților, ea nu poate fi făcută decât după citarea părților prin scrisoare recomandată cu conținut declarat și confirmare de primire, în care li se vor indica ziua, ora și locul unde se va face lucrarea. Cităția, sub sancțiunea nulității, trebuie comunicată părții cu cel puțin 5 zile înainte termenului de efectuare a lucrării. Confirmarea de primire va fi alăturată raportului de expertiză.

(2) Părțile sunt obligate să dea expertului orice lămuriri în legătură cu obiectul lucrării.

(3) În cazul în care una dintre părți opune rezistență sau împiedică în orice alt mod efectuarea lucrării, instanța va putea socoti ca dovedite afirmațiile făcute de partea adversă cu privire la împrejurarea de fapt ce face obiectul lucrării, în contextul administrării tuturor celorlalte probe.

(4) Cheltuielile efectuate cu expertiza până la data refuzului vor fi suportate de partea care s-a opus efectuării expertizei.

(5) În mod excepțional, când aflarea adevărului în cauză este indisolubil legată de efectuarea probei cu expertiza tehnică, instanța va autoriza folosirea forței publice în scopul efectuării expertizei, prin încheiere executorie pronunțată în camera de consiliu, după ascultarea părților.⁸

În cadrul expertizei la fața locului în domeniul IT două au fost problemele de care m-am lovit:

1. Erișarea avocatului în expert tehnic IT, chiar dacă nu are absolut deloc cunoștințe în domeniu, și mai ales cunoștințe la nivel de specialist

2. Încercarea mascată a avocatului uneia dintre părți de a bloca expertiza

Se pot analiza în acest sens dosarele 2347/197/2014 Judecătoria Brașov și 10731/303/2013 Tribunalul București. Încercarea mascată de a bloca expertiza, se completează, bineînțeles cu <<cerere abuzivă de recuzare a expertului>>.

Ceea ce am constatat este însă faptul că nu s-a aplicat niciodată alin. 3 al art. 335, care prevede faptul că <<în cazul în care una dintre părți opune rezistență sau împiedică în orice alt mod efectuarea lucrării, instanța va putea socoti ca dovedite afirmațiile făcute de partea adversă cu privire la împrejurarea de fapt ce face obiectul lucrării, în contextul administrării tuturor celorlalte probe>>.⁹

⁸ *Idem*

⁹ *Idem*

Dacă s-ar aplica acest aliniat, s-ar scurta destul de mult durata proceselor în care intervin asemenea fenomene și s-ar descuraja aceste comportamente.

Concluzii

În cadrul desfășurării expertizelor tehnice judiciare în domeniul IT, încercarea reprezentanților părților de a obține o poziție de avantaj una față de cealaltă în vederea câștigării procesului conduce în unele situații la apariția unor situații care produc întârzieri în derularea proceselor: încercări de blocare a expertizei sau cereri de recuzare nefondate însă formulate în asemenea manieră încât necesită termene pentru analiză și judecare, în loc să fie respinse din start.

Procentul de apariție al comportamentelor menționate anterior (atât legate de art 332, cât și de art 335) până în prezent a fost de aproximativ 25% din numărul de dosare în care s-a dispus efectuarea unei expertize tehnice judiciare în domeniul IT.

Deși este dificil de analizat pe ansamblu, fiecare situație fiind caracterizată de particularități proprii, suntem de părere că o aplicare mai riguroasă a art 335 și 332, respectiv 47 din Noul Cod de Procedura Civilă ar putea contribui la eliminarea macar în parte a acestor fenomene

Bibliografie:

1. Noul Cod de Procedură civilă, Ed. Universul Juridic, București 2013
2. Noul Cod de procedură penală și Legea pentru punerea în aplicare, Ed. C.H. Beck, București 2014

SECȚIUNEA
DREPT PUBLIC I – GENERAL

FIINȚA UMANĂ ÎN NOUL COD CIVIL DIN PERSPECTIVA FILOSOFIEI DREPTULUI

Ion CRAIOVAN*

Abstract:

My paper covers some considerations and a bill-ferenda, drawn from the analysis and evaluation from the perspective of philosophy of law, art. 61 (2) of the new Civil Code, within high impact 'interest and good human being shall prevail over the sole interest of society or science „. This demarch is inherent benchmarks in terms of juridical human understanding and the aims of law, individual-society-law relationships in contemporary time.

Keywords: man, human being, civil code, society, contemporary, finalities of law

Rezumat:

Prezentul articol cuprinde câteva considerații, cât și o propunere de lege-ferenda, desprinse în urma analizei și evaluării din perspectiva filosofiei dreptului a art. 61 alin. (2) din noul cod civil, cu alură de normă-principiu, de mare impact” interesul și binele ființei umane trebuie să primeze asupra interesului unic al societății sau al științei”. Aces demers are ca repere inerente înțelegerea ființei umane din perspectiva juridicității, a finalităților dreptului, a relației individ-societate-drept în contemporaneitate.

Cuvinte-cheie: om, ființă umană, cod civil, societate, contemporaneitate, finalitățile dreptului

I. Câteva interogații, precizări terminologice și de limbaj juridic

1. Demersul teoretic preconizat vizează interogații ca: Terminologia adoptată de noul cod civil în Cartea I – Despre persoane (art. 25-257) în special în titlul I – Dispoziții Generale (art. 25-33) cu privire la ipostazele juridice ale omului este adecvată în toate cazurile? Termenul de ”ființă umană”, încărcat de semnificații multiple, care obligă la modul inherent la o anumită viziune și concepție asupra umanului, cu consecințe implicite asupra interpretării și aplicărilor prevederilor noului cod, a fost folosit în cunoștință de cauză sau a fost considerat doar ca un sinonim pentru individ uman, persoană fizică, om? Ce concluzii se pot desprinde în urma analizei și evaluării din perspectiva filosofiei dreptului a art. 61 alin. (2) din noul cod civil, cu alură de normă-principiu, de mare impact” interesul și binele ființei umane trebuie să primeze asupra interesului unic al societății sau al științei”?

Considerațiile care urmează antrenează cuvinte care desemnează aspecte specifice, dar uneori, din perspective diferite, și relații de identitate sau interferențe. Ne referim la familia de cuvinte care cooptează termeni cu semnificații cardinale – care nu epuizează întreg înțelesul lor-, precum: individ uman-entitate a speciei umane; persoană umană-unitate a unor trăsături definitorii ca rațiunea, limbajul, actor purtător de roluri pe scena socialității; personalitate umană-pregnanța individuală, specifică, inconfundabilă, a unor indivizi umani în plan social; ființa umană – entitate umană care ființează – se naște, trăiește și moare fiind o verigă în lanțul generațiilor/devine pe anumite coordonate specifice și se confruntă cu

* Cercetător științific onorific al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

problema sensului vieții; omul – categorie, expresie generică a particulei umanului; ș.a. În plan juridic sunt invocați în fizionomii specifice termeni ca: subiect de drept-individul uman care are și exercită drepturi și obligații juridice; persoană fizică-singularitate a individului uman în contrast cu un grup/colectiv de indivizi; persoană juridică-colectiv de oameni care îndeplinește anumite condiții legale; omul-purtător de drepturi inerente; cetățeanul – în ipostaza sa socială ca om al cetății ș.a.

2. Noul Cod civil folosește o terminologie susceptibilă criticii și amendamentelor.¹ Cercetările în materie de semiologie, comunicare, lingvistică relevă că terminologia nu este o simplă problemă numai de exprimare precisă, sau de expresivitate, ci de gândire structurală-gândirea este noțională, cât și de contribuție specific a limbajului-limbajul este împreună cu gândirea și orice limbaj conține deja o preinterpretare. În acest sens câteva teze² par a fi utile demersului nostru:

- Rațiunea însăși este constituită lingvistic.
- Limbajul este organul care dă formă gândului. Limbajul însuși are contribuții în ceea ce privește categorizarea.
- Activitatea intelectuală și limbajul sunt un singur lucru și inseparabile.
- Semnificația nu este ceva atribuit exprimărilor noastre de către limbaj, ci este o activitate de interpretare, o activitate parțial sedimentată, parțial o activitate ce trebuie produsă din nou de către o comunitate lingvistică.

3. Încercarea de a analiza și evalua art. 61 alin. (2) care invocă o triadă fundamentală: ființă umană-societate-știință, consacrând normativ juridic primatul „interesului și binelui ființei umane”, în raport cu „interesul unic al societății și științei”, nu poate fi făcută, în afara unui risc major al opțiunilor personale, aleatorului, arbitrarului fără o teorie referențială din perspectiva dreptului asupra ființei umane, a relațiilor sale fundamentale cu societatea și știința.

Aceasta nu este infailibilă, este greu de configurat, rămâne relativă, supusă controversei, rămânând deschisă, dar în măsura în care apelează la disciplinar, interdisciplinar, transdisciplinar, valorificând experiența perenă a ființei umane, a cunoașterii sociale în genere, poate oferi repere redutabile, de neignorat, fără riscul trunchierii, al unilateralității și deformării semnificațiilor pe teren juridic. În acest sens, încercăm să invocăm, în cele ce urmează măcar un nucleu ilustrativ în privința conceperii omului, a ființei umane.

II. Coordonate teoretice ale înțelegerii ființei umane din perspectiva juridicității

1. Omul,³ în sens general, ființă dotată cu viață și conștiință, cu personalitate moral-intelectuală și cu existență istorico-politică. În sens filosofic restrâns, omul este ființa și conștiința unei relații orientate în dublu sens: relația de la sine la sine (autorelație) și de la sine la altul (heterorelație). Atât în perspectiva ontologică, dar și în perspectiva gnoseologico-intențională, se vorbește despre un raport în care identitatea și alteritatea își schimbă rolurile. Alteritatea nu este numai constituită de către un alt subiect care există în raportul ființei (ontologică și istorico-existențială) și în relația de cunoaștere, altul este

¹ Neculaescu, S., *Noul cod civil între tradiție și modernitate în privința terminologiei juridice normative*, <https://sacheneaculaescudotcom.wordpress.com>

² *Enciclopedie de filosofie și științe umane*, Ed. All Educațional, București, 2004, p. 594-601

³ Ibidem, p. 343-370.

identitatea însăși a eului. Omul ființă bio-psiho-socio-culturală-cosmică. O spirală complexă, reversibilă, interferentă, deschisă, cu zone insondabile. Între identitate și alteritate se configurează și juridicitatea ca spațiu socio-uman generat de norme imperative, susceptibile de constrângere publică.

Nenumăratele fațete de abordare ale ființei umane nu pot fi ignorate în spațiul teoretic și practic al juridicității. Astăzi, s-a apreciat, omul este problematic, nu mai știe ce este – și el este conștient de acest lucru (M. Scheler), dar nu poate ignora, fără consecințe nefaste, istoria sa, cuceririle gândirii sale despre sine. O simplă enumerare ilustrativă, secvențială ar putea reține că Omul este: „măsură a tuturor lucrurilor” (Protagoras); „animal dotat cu rațiune” și „animal politic” (Aristotel); „un lucru care gândește, adică un spirit, un intelect, o rațiune” (Descartes); „faber ipsius fortunae” – creator al propriului destin – (Renaștere); „scop în sine, niciodată mijloc” (Kant); „fenomen cauzal al Voinței – esența metafizică a lumii capabil să ajungă supraom, în virtutea voinței sale de putere, dincolo de orice sistem de valori” (Schopenhauer); „omul este subiectul concret, individualizat, care trăiește pe deplin, acționează în istorie, este ființa supremă pentru omul însuși” (Marx); „individ cu intelect dar care este un instrument al Sinelui” (Nietzsche); „esența sa ca ființă este sensul” (M. Heidegger).... Desigur că, Omul va rămâne, și va deveni, mereu, cu zonele sale de necunoscut, cu alte zone de necunoscut.

2. Istoria reflecției umane relevă coordonate și legități ale umanului, cu impact inerent și major asupra lumii juridice. O concepție despre om – identitatea și sensul omului într-o societate dată – fiind paradigma majoră a dreptului. În orice societate, procesul de umanizare presupune a oferi sens și formă celor 3 limite, cu privire la care dreptul are un rol important, făcând astfel ca membrii săi să acceadă la rațiune⁴. (A. Supiot) 1. Nașterea – a-i conferi sens, înseamnă să înțelegem că ne înscriem în lanțul generațiilor cu care suntem tributari vieții. 2. Sex – să înțelegem că nu reprezentăm decât jumătate din umanitate și că avem nevoie de celălalt. 3. Să admitem învățătura morții – că lumea ne va supraviețui – iar prin aceasta înțelegem însăși ideea de normă. Antropologia juridică studiază soluțiile juridice de principiu privind ambivalența celor 3 atribute ale umanității (A. Supiot): 1. Individualitatea – unic dar asemănător tuturor celorlalți.-unic/identific, prin protecția juridică a persoanei umane dar și prin consacrarea, în societățile democratice a egalității persoanelor în fața legii. 2. Ca subiect este suveran dar și tributar legii comune.-suveran/supus, dreptul consacrând „libertatea organizată” (N. Titulescu) 3. Ca persoană el este nu doar „spirit,” dar și „materie”, spirit/încarnat, dreptul protejând, în societățile democratice, atât demnitatea persoanei, valorile culturale cât și un standard minimal de civilizație. Legile antropologice derivate din structura de bază tipică a omului (H. Plessner), indică de asemenea, pe terenul juridicității constrângeri și direcții de acțiune: 1. Legea artificialității naturalului – climatul omului fiind o natură umanizată, o simbioză natură-cultură, o realitate (socială) construită, inclusiv realitatea juridică. 2. Legea nemijlocirii mediate – tot ceea ce este exterior omului este accesibil prin intermediul simbolurilor, dreptul fiind alături de artă, știință, religie, o mare configurație simbolică, ceea ce evocă, cel puțin, inerența interpretării. 3. Legea locului utopic – omul tinde mereu spre absolut, deși el are experiența că acesta nu poate fi atins niciodată pe deplin.

⁴ Supiot, A., *Homo juridicus. Eșeu despre funcția antropologică a omului*, Ed. Rosetti Educațional, trans. C. T. Burgă, D. Raț, București, 2011, p. 37-88

III. Finalitățile dreptului, individul și societatea

În materia finalităților dreptului sunt relevante diverse clasificări propuse în literatura juridică. Astfel, P. Roubier consideră că se pot distinge trei mari categorii⁵:

- doctrinele care pun dreptul în serviciul individului, pe linia filosofiei nominaliste, Bentham, Hobbes ș.a., perspectivă din care persoana umană constituie pentru drept finalitatea supremă;

- doctrinele care consideră că societatea este valoarea supremă (Hegel, A. Comte, Durkeim etc.), în particular statul ca centru al vieții sociale, dreptul având misiunea de a organiza societatea, de a apăra coeziunea socială;

- doctrinele dreptului transpersonal care susțin că atât individul, cât și societatea, prin urmare și dreptul, trebuie să fie în slujba civilizației, a progresului acesteia⁶. P. Roubier propune ca valori ce ghidează dreptul, securitatea juridică care comandă o serie de consecințe avantajoase în societate (autoritate, pace, ordine), justiția ca valoare esențială a bunei ordini, a raporturilor umane, cu calitățile sale proprii de egalitate și de generalitate, progresul social (bunăstarea, abundența, cultura).

Autorul belgian J. Dabin arată că deoarece dreptul este consubstanțial ideii de societate, finalitatea regulii de drept nu va fi decât finalitatea societății însăși – binele comun. Și cum binele comun în cazul societății – stat este binele comun public, finalitatea regulii de drept este binele public. Subiectul imediat destinat și beneficiar al binelui public este binele în general, fără referire la particularitățile indivizilor, ale categoriilor sociale și ale comunităților particulare, având în vedere generațiile actuale și generațiile viitoare.

Un alt autor contemporan, C. Atias, releva că: „paradigma majoră de care răspunde știința dreptului este desigur o concepție despre om”⁷.

Se poate remarca faptul că, teoriile care susțin că dreptul este în serviciul individului au marele merit de a fi pus și în materie juridică persoana umană pe primul plan, subliniind drepturile inerente ale fiecăruia, faptul că statul și societatea trebuie să fie în interesul individului uman. Din această perspectivă, dreptul apare ca un mijloc care determină raporturile obligatorii de coexistență și de cooperare ale oamenilor, asigurând o ordine minimă care să permită armonia libertăților. Pe de altă parte, aceste teorii pot fi vulnerabile în ceea ce privește indiferența față de interesul general, neglijarea relațiilor sociale ce unesc oamenii și statutului specific al omului de ființă socială.

Doctrinele care susțin că societatea însăși este finalitatea supremă pentru drept, pun pe primul plan viața în comunitate și dezvoltarea grupurilor umane, considerând că dreptul are ca scop să ajute „grupurile umane să se protejeze contra amestecului care ar putea afecta condițiile vitale de dezvoltare”⁸.

În această concepție, dreptul trebuie fondat pe autoritate, puterea socială distribuie și repartizează avantajele între membrii societății. Se ascund aici, așa cum s-a remarcat în literatura juridică, pericolele etatismului, ale abuzului din partea puterilor publice, tendința de dirijare excesivă a vieții individului.

Doctrinele dreptului transpersonal încearcă o poziție intermediară de conservare, atât a avantajelor independenței persoanelor, cât și a coeziunii grupului pentru a evita egoismul individului, dar și spiritul de dominație⁹. În această optică, scopul dreptului este de a

⁵ Roubier, P., *Théorie générale du droit*, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1946, p. 187 și urm.

⁶ Ibid, *op. cit.*, p. 268.

⁷ Atias, C., *Epistemologie juridique*, P. U. F., Paris 1985, p. 164.

⁸ Ibidem, p. 202.

⁹ Ibidem, p. 225.

contribui la dezvoltarea civilizației, el prezentându-se ca un drept de coordonare între persoane care au un statut juridic egal și mecanismele sale sunt atunci ale justiției comutative, sau ca un drept de subordonare când reglementează relațiile ierarhice din interiorul grupului și atunci operează justiția distributivă¹⁰.

Credem că, plecând numai de la conjugarea diverselor perspective propuse, reținându-se poziția centrală a persoanei umane, în materia finalităților dreptului, dar evitându-se ca jocul inegalităților și necorelarea libertăților individului să ducă la anarhie, protejându-se socialitatea, viața socială, blocând însă posibilitatea abuzului și tiraniei din partea statului, cultivându-se civilizația și cultura, dar nu ca scop în sine, ci pentru omul concret, se poate ajunge la înțelegerea contemporană a rațiunii de a fi a dreptului, a sensului evoluției sale, în raport cu ființa umană

IV. Configurarea ființei umane în noul cod civil. Privire specială asupra art. 61 alin. (2)

Configurarea ființei umane în noul cod civil este complexă, valorifică și exprimă standardele europene și internaționale în materia drepturilor omului¹¹.

În privința textului art. 61 alin. (2) „Interesul și binele ființei umane trebuie să primeze asupra interesului unic al societății sau al științei” remarcăm faptul că, formularea sa naște interogații și controverse, interpretări ad litteram extrem de vulnerabile și solidare precum:

Orice interes și bine al ființei umane este protejat juridic și primează în societate? De ce este conceput în relații de rivalitate ființa umană cu orice interes unic al societății și științei? Care ar fi interesul unic al societății și științei? Dacă interesul unic al societății și științei ar fi supraviețuirea speciei umane, în demnitate, în ce ar consta prioritatea interesului ființei umane? În dreptul fără limite la autodistrugere? Interesul și binele ființei umane trebuie să fie înțelegerea ființei umane, inclusiv din punct de vedere juridic, care are ca reper suprem ruperea individului de societate, proslăvirea individualismului fără limite, triumful individului contra lui însuși, în măsura în care el este în mod inerent și ființă socială? Cum trebuie privită relația dintre drept și știință? Dacă formularea este la nivel de principiu și generalitate n-ar fi trebuit invocate relații cardinale cu obligațiile juridice, solidaritatea socială, responsabilitatea morală și răspunderea juridică pentru prezent și viitor?

Un remarcabil răspuns generic s-ar putea desprinde din viziunea autorului A. Supiot¹² care invocă și sintetizează o bogată literatură de specialitate în privința filosofiei drepturilor omului, a relației individ și societate în contemporaneitate, a finalităților dreptului desprinzând argumentat, o serie de repere cardinale. În acest sens, evocăm:

- Rostul uman al dreptului, structurează societatea, funcția sa definitorie fiind de referent al stabilității al supraviețuirii omului, a susținerii perenității condiției umane, nu doar utilitate economică.

- Dreptul reunește infinitudinea universului nostru mental cu finitudinea experienței noastre fizice și de aceea, îndeplinește o funcție antropologică de instituire a rațiunii. Dreptul și justiția nu trebuie să permită reificarea ființei umane, ca subiect de cont, animal sau himeră.

- Trebuie să gândim și să trăim egalitatea fără a nega diferențele.

- Ordinea juridică sprijinită pe sacralitatea omului se impune absolut și atemporal.

¹⁰ *Ibidem*, p. 242.

¹¹ *Cartea I – Despre persoane, Titlul II, Cap. 2, art. 58-77.*

¹² Supiot, A., *op. cit.*, p. 89-138

• Dreptul îndeplinește un rol de interdicție – este un Cuvânt care se impune tuturor și se interpune între fiecare om și reprezentarea sa asupra lumii. Are o funcție antropologică care conferă un sens comun vieții umane – și care stopează riscul de a ne pierde în delirul individual. Nu poți gândi drepturile individuale în afara corelării cu libertatea colectivă. Prin Drept se instituie un sens comun care depășește și se impune omului, ca verigă în lanț uman!

• Omul se naște Creditor al unui sens al acestei vieți.
 • Sentimentul de atotputere al omului poate deveni o amenințare la adresa omului iar dreptul are funcția de a ne proteja de această amenințare!

• Umanitatea trebuie să se înțeleagă asupra unor valori care o unesc!

În lumina acestor considerații, propunem-de lege ferenda – următorul text pentru art. 61 alin. (2): „interesul *legitim* și binele ființei umane, în acord cu valorile unei societăți democratice și responsabilitatea pentru generațiile prezente și viitoare, primează în societate”.

V. În loc de concluzii: despre *homo juridicus* în contemporaneitate

1. Soluția adoptată de noul cod civil și exprimată în art. 61 alin. (2), nu reprezintă o inovație de concepție în privința abordării relației drept-individ-societate, în genere a drepturilor omului. Ea urmează, cu multă obediență, din păcate, credem, o tendință puternică, doctrinară și instituțională în privința abordării drepturilor omului în societatea contemporană, a unui individualism exacerbat, al luptei individului împotriva lui însuși, vizând sistematic înțelegerea mecanică a ființei umane, disoluția sa în raport cu valorile umane, triumful biologismului ș.a. Nu puține voci de mare autoritate filosofică, științifică, morală, la care se adaugă reputeate organizații internaționale, analizează acest fenomen – unele interogații și răspunsuri sunt vechi de când lumea (a se vedea-Quid prodest? – Zeului puterii și banului) și prezintă în fața publicului larg argumente dintre cele mai redutabile în privința relației drept-umanitate, a faptului că nobila și fundamentală cauză a drepturilor omului – în raport cu aspirațiile omenirii, nu trebuie să devină apologetică și manipulatorie. În acest sens, evocăm, pe larg, analize și concluzii, în termenii autorului A. Supiot, pe care le considerăm exemplare¹³:

■ Dreptul obiectiv și dreptul subiectiv sunt două fațete ale aceleiași medalii.

■ Drepturile individuale sunt totuși drepturi minore în raport cu un drept major – cadru comun și recunoscut de toți – în acest cadru *figura de referință ar fi omul – identitatea și sensul omului într-o societate dată*. Altfel drepturile omului exacerbate ar fi un război paradoxal, al indivizilor contra societății, care le-a dat naștere și le permite la modul inerent – existența individuală. Uneori, întreaga umanitate este privită, prin intermediul analizei economice – desigur atât de necesară, dar nu ca o formulă supraordonatoare a umanității – ca o colecție de indivizi dispunând de aceleași drepturi, care intră în competiție sub protecția unei legi unice – legea pieței, presupus universală – adică legea luptei contra tuturor.

■ A nu desconsidera omul până la starea de lucru, nebunia colectivă se însoțește cu negarea sensului existenței umane.

■ Trebuie întâi să ne raportăm la spirit, pentru a ne considera corpul ca un lucru.

■ Principiul egalității a creat o tensiune între ipostazele fundamentale ale oamenilor – asemănători și unici. Dacă toți suntem titulari de drepturi inalienabile și sacre, atunci

¹³ *Idem*

oamenii sunt substituibili și cuantificabili. Această cuantificare a prevalat, ca de pildă în concepția pur aritmetică a principiului majoritar. S-a creat, o nouă și primejdioasă imagine a normei – arbitrariului presupus al normelor juridice care pretind a se fonda pe o apreciere calitativă a persoanelor și lucrurilor, se tinde să se opună certitudinea normelor tehnice, fondate pe cuantificarea acestora.

■ Rezultă o concepție ucigătoare a umanității – a înlocui cu dogmele unei științe fetișizate toate convingerile fondatoare ale ființei umane. Credința în demnitatea umană este azvârlită în sfera privată din vecinătatea religiilor pentru a lăsa în sfera publică doar realismul luptei pentru viață. Iar pe baza lui ne angajăm să fondăm ordinea economică, socială, juridică. *Pierderea încrederii în categoriile fondatoare ale umanității implică faptul că, cunoașterea omului este numai problema științei și Dreptul trebuie să i se supună!*

■ *Critica paradigmei „economismului”* – lupta împotriva tuturor, motor al istoriei – sub forma competiției democratice generalizată în toate domeniile, *a biologismului* – ca cel din urmă locul cunoașterii omului, *a societății concepută ca un morman de indivizi* care urmăresc un interes personal, *a libertății ca un drept inalienabil la nebunie a tezei că, toți care nu vor reuși vor fi considerați singurii vinovați de nereușita lor și vor forma o subumanitate lipsită de capacitatea de a se bucura de binefacerile libertății fără limite, joacă astăzi un rol fundamental în raport cu responsabilitatea individului în fața generațiilor fundamentale, în fața istoriei.* Iar în această luptă dreptul nu este un instrument lipsit de sens, supus adevărilor științei și progresului invincibil al tehnicii, el are funcția de umanizare a tehnicii. *De protejare a omului în fața fanteziilor sale maladive, de autopotere și crimă.*

■ Azi globalizarea și localizarea sunt cele două fețe inseparabile ale strategiei economice mondiale iar dreptul internațional al concurenței – prezumat ca interesul comun al diferitelor națiuni se impune statelor – și devine un drept constituțional planetar, iar instituțiile comerciale internaționale au rolul pentru state de Terț care garantează schimburile. Dar dreptul concurenței nu este suficient în fondarea ordinii juridice pentru că ignoră soarta oamenilor!

■ *Reflecția asupra valorilor comune ale umanității, asupra drepturilor omului trebuie să evite fundamentalismele, închiderea gândirii în litera unui text. Drepturile omului trebuie să permită o religie a umanității, abordarea diferită a valorilor într-o lume globalizată.* Pentru a ieși din dilema absolutismului, trebuie să avem în vedere relativismul valorilor, o hermeneutică deschisă tuturor civilizațiilor, o resursă comună a umanității.

2. Așa cum releva pregnant autorul V. Stănescu, criza morală a societății globale care a creat o prăpastie între materiei spirit, civilizație și cultură, știință și conștiință, gândire și acțiune, om și univers, impune „...regândirea lumii în care trăim; să-i asigurăm omului oriunde s-ar afla un trai decent; să-i redăm conștiința, demnitatea și valorile, rațiunea și afectul, iubirea și compasiunea, generozitatea și emoția, dialogul cu sine, capacitatea de a iubi și de a visa”¹⁴. *Trebuie să restituim Omul omului, prin redarea conștiinței de sine, a demnității sale, prin respectul Naturii, a Divinului Sursă, a Divinității din Noi care trebuie să fie Demiurgul istoriei noastre*¹⁵. În această Operă de anvergură *Dreptul este – fără îndoială –, implicat profund.*

¹⁴ Stănescu, V., *Globalizarea spre o nouă treaptă de civilizație*, Ed. Eikon, Cluj Napoca, 2009, p. 497

¹⁵ *Ibidem*, p. 475-482

ALEGEREA PROCEDEELOR DE CONCEPTUALIZARE ȘI A LIMBAJULUI NORMEI JURIDICE – CERINȚĂ ESENȚIALĂ ÎN ELABORAREA ACTELOR JURIDICE NORMATIVE

Mihai BĂDESCU*

Abstract:

The normative juridical document is the main source of law in the Roman-German juridical system. This is the result of the constructive activity sustained by the normative bodies, which have, according to the law, normative competence. In the elaboration of the juridical rules, the legislative bodies should conform to rules and norms of elaboration so that the result of their activity generates judiciary elaborated normative documents, which, once in force, produce the effects intended by the lawmaker. Among such requirements for law-making there is the selection of conceptualization procedures and of the juridical norm language. This requirement concerns, first and foremost, the construction of the norm, that is, the inclusion in it of the structured elements, and second, it concerns the style and the juridical language. As a consequence, the juridical norm is going to be this way constituted that its intimate organization elements (hypothesis, disposition, sanction) represent a logical string of constitutive elements.

The style of the normative document represents the totality of formulae and modalities situated at the foundation of the editing of the normative documents. They are specific to the normative style: the concision, the sobriety, the clarity, the precision, the coherence. The use of the terms, the assurance of the normative unity and the observing of the grammar rules imposed by the legislative technique are also incident in the production of legislative texts.

Keywords: *juridical norm, juridical language, juridical technology, juridical vocabulary, normative document, legislative technology, law-making principles*

Rezumat:

Actul juridic normativ este principalul izvor de drept în sistemul juridic romano-germanic. El este rezultatul activității constructive desfășurate de organele specializate care au, potrivit legii, competență normativă. În elaborarea regulilor juridice, organele legiuitoare trebuie să se conformeze anumitor reguli și tehnici de elaborare, astfel încât, rezultatul activității lor să se concretizeze în acte normative judicious elaborate, care, odată intrate în vigoare să producă efectele juridice dorite de către legiutor. Printre astfel de cerințe ale legiferării se numără și alegerea procedeeleor de conceptualizare și a limbajului normei juridice. Această cerință privește, în primul rând, construcția normei, adică cuprinderea în ea a elementelor structurale, iar în al doilea rând, privește stilul și limbajul juridic. În consecință, norma juridică va fi astfel construită încât elementele sale de organizare internă (ipoteză, dispoziție, sancțiune), să reprezinte o înșiruire logică de elemente componente.

Stilul actului normativ reprezintă totalitatea artificilor și modalităților care stau la baza redactării actelor normative. Sunt specifice stilului normativ: concizia, sobrietatea, claritatea, precizia, coerența. Sunt incidente de asemenea: modul de utilizare a termenilor, asigurarea

* Prof. univ. dr., Universitatea „Titu Maiorescu” București, e-mail: badescu.vmihai@gmail.com

unității terminologice a textelor redactate, respectarea regulilor de gramatică impuse de tehnica legislativă.

Cuvinte-cheie: normă juridică, limbaj juridic, terminologie juridică, vocabular juridic, act normativ, tehnică legislativă, principii ale legiferării

1. Elaborarea actelor normative este un proces de mare complexitate, în care trebuie luați în calcul factori politici, economici, morali, sociali, istorici, naționali și internaționali, conștiința juridică și tendințele de evoluție ale societății, specificitatea normativității juridice etc. Acest proces, care trebuie să tindă la întruchiparea raționalității și normalității dreptului, reclamă respectarea unor principii (cerințe) în respectiva activitate de elaborare normativă, principii, precum: *fundamentarea științifică a activității de elaborare, asigurarea unui raport firesc între dinamica și statica dreptului, corelarea sistemului actelor normative, accesibilitatea și economia de mijloace în elaborarea normativă*. Respectarea acestui ultim principiu este condiționată de: *alegerea formei exterioare a reglementării, alegerea modalității reglementării juridice, alegerea procedelor de conceptualizare și a limbajului normei*.

2. La rândul său, această din urmă cerință, se circumscrie atât **construcției normei**, adică a cuprinderii în normă a elementelor structurale, cât și **stilului și limbajului juridic**.

În privința **construcției normei juridice**, aceasta va fi construită, astfel încât elementele sale de organizare internă (ipoteză, dispoziție, sancțiune) să reprezinte o înșiruire logică de elemente componente: este logic ca mai întâi legiuitorul să precizeze condițiile, situațiile, împrejurările în care urmează să se aplice o conduită uniformă, o conduită tip – este vorba aici de *ipoteză*; tot logic (normal, firesc) este ca apoi, în condițiile date, legiuitorul să-ți ceară un anumit comportament (onerativ, prohibitiv sau permisiv) – *dispoziția*, ca în final, urmare a comportamentului avut în dispreț (cu încălcarea) dispoziției, să se aplice *sancțiunea* – ce urmărește pedepsirea celui ce s-a făcut vinovat de încălcarea dispoziției normei juridice.

De bună seamă, nu toate normele juridice au o asemenea structură trihotomică.

Unor norme juridice le pot lipsi fie ipoteza, fie sancțiunea. În toate situațiile însă, este de dorit, pentru o corectă înțelegere și ulterior, respectare a textului normativ, ca normele juridice să fie construite în directă relație cu necesitatea exprimării realității sociale, în conformitate cu aceasta.

3. Procesul de redactare a actului normativ este o parte componentă a procesului de creare a dreptului. În cadrul acestui proces, operațiunea de elaborare a actului normativ este consecutivă demersului de stabilire a conceptelor juridice și, mai ales, a regulilor de drept. În această fază este necesar a fi găsite **cuvântul și formularea adecvată**, care să facă posibilă exprimarea regulilor de drept. „*Cuvântul și formula de combinare a cuvintelor formează instrumentele necesare pentru comunicarea noțiunilor, normelor și raționamentelor juridice.*”¹

Există un **limbaj specific dreptului**, un mod special de exprimare a gândirii și a realității juridice, care se abate de la vorbirea curentă și care împrumută elemente

¹ Pe larg, a se vedea, François Génys, *Science et technique en droit privé positif*, Première Partie, Recueil Sirey, Paris, 1922.

exterioare acesteia? – se întreabă, în mod just, J.L. Bergel.² Și tot el dă un răspuns pozitiv acestei întrebări: există un asemenea limbaj specific care pune în evidență existența unei terminologii juridice, a unui vocabular juridic, precum și a altor instrumente care fac posibilă exprimarea și comunicarea normei de drept.³

Terminologia juridică definește ansamblul cuvintelor tehnice întrebuințate pentru a se realiza o riguroasă și corectă exprimare a conceptelor juridice; **fiecare concept trebuie să fie reflectat printr-un termen adecvat**. În virtutea terminologiei juridice și a semanticii⁴ juridice, un **cuvânt utilizat** în domeniul juridic **are întotdeauna o anumită semnificație**. Ca regulă, cuvintele utilizate de terminologia juridică sunt preluate din vocabularul comun, însă, prin încărcarea lor cu o semnificație juridică se diferențiază de sensul comun și devin elemente de sine stătătoare ale terminologiei juridice. Nașterea terminologiei juridice este astfel, rezultatul unui proces de modificare a sensului comun al cuvintelor printr-o reconversie semantică juridică.⁵

Principalele *forme de manifestare* a terminologiei juridice, rezidă în:⁶

- *aparitia de noi termeni* – de regulă împrumutați sau calchiați – pentru a desemna instituții juridice recent introduse în legislația românească, termeni precum: Avocatul Poporului, ONG (organizație non-guvernamentală), crimă organizată, acord stand by, ordonanță, ordonanță de urgență, contract de leasing, asigurare de malpraxis etc.;
- introducerea în legislația românească a unor termeni sau *sintagme*, cu referire exclusiv la legislația străină: contract de know-how, inamovibilitate etc.;
- *lărgirea sensului* unor termeni juridici consemnați în dicționare de specialitate. De exemplu, termenul *piraterie*, restrâns inițial la pirateria aeriană și maritimă, și-a extins sfera de aplicabilitate în domeniul informaticii și al audio-vizualului;
- *restrângerea sensului*, de exemplu, în cazul formulei *restitutio in integrum*, utilizată în prezent, pentru a desemna cu precădere, repunerea în posesie a persoanelor depozitate în mod abuziv.

Abordarea interdisciplinară a limbajului juridic a dus la conturarea a două noi domenii de cercetare: *lingvistica juridică și semiotica juridică*.

*Lingvistica juridică sau jurilingvistica*⁷ – inițiată în spațiul francofon de **Gérard Cornu, Jean-Claude Gémard și Louis Jolicoeur** – își atribuie ca obiect de studiu, limbajul juridic sub cele două aspecte care îl definesc: *terminologia juridică și discursul juridic*.

Preocupat de acest nou domeniu de cercetare, **Barbu Berceanu** apreciază că această disciplină are ca obiect „*activitatea lingvistică în domeniul dreptului, având în vedere cuvintele cu semnificație juridică, specifice vieții juridice*”⁸, fiind precis delimitată de „*activitatea dreptului în domeniul lingvistic, drept care atribuie cuvintelor o valoare juridică*”

² Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, 3e édition, Dalloz, Paris, 1999, p. 222.

³ Ibidem, p. 223 (cit. de Ioan Vida *Legistica formală (Introducere în tehnica și procedura legislativă)*, ed. a III-a, Ed. Lumina Lex, București, 2006, p. 76).

⁴ Potrivit DEX, *semantic* = ramură a lingvisticii care se ocupă cu studierea sensurilor cuvintelor și a evoluției acestor sensuri.

⁵ Ioan Vida, *op. cit.*, p. 76.

⁶ A se vedea, pe larg, Mihai Grigore, *Tehnica normativă*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 173 și urm.

⁷ Termenul *jurilingvistică* (fr., *jurilinguistique*) a fost creat după modelul unor termeni precum: etnolingvistică, psiholingvistică, sociolingvistică (vezi, Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, 3-ème édition, Montchrestien, Paris, 2005, p. 13).

⁸ Barbu Berceanu, *Dreptul și limba. Știința dreptului și lingvistica. Succinte considerații teoretice și aplicative*, în SCJ, nr. 3/1981, p. 247-266.

independent de domeniul în care se aplică”. În sfera de preocupări a lingvisticii juridice ar intra, așadar, studierea terminologiei juridice – „atât cea folosită de public, cât și cea de utilitate mai restrânsă, a specialiștilor și practicienilor dreptului [...] în vederea alegerii termenilor cei mai economici și mai adecvați (ca apartenență semantică și ca posibilități flexionare) și a găsirii celei mai științifice definiții”, lingvisticii juridice revenindu-i și sarcina elaborării dicționarelor juridice.⁹

În lucrările sale, **François Terré**¹⁰ aduce în discuție *lingvistica juridică, semiologia juridică și semantica juridică*, ca noi domenii de cercetare științifică juridică. În context, se arată că dezvoltarea lingvisticii juridice s-a orientat, în mod firesc, spre reflecțiile legate de semantică, *semantica* fiind o parte a lingvisticii care are în aria de preocupare, vocabularul și semnificația cuvintelor. Ea reprezintă un studiu istoric al sensului cuvintelor, privit în variațiile sale.¹¹

Pentru **Ferdinand de Saussure**, considerat fondator al *semiologiei*, aceasta reprezintă o parte a psihologiei sociale, ea fiind „o știință care studiază viața semnelor în cadrul vieții sociale”; el definește semnul doar prin două entități: *semnificantul* și *semnificatul*.¹²

Apariția *semiologiei juridice* este determinată de cercetarea rolului semnului în viața juridică. În doctrină se arată că *semiotica juridică* constă în studiul raporturilor dintre drept, logică și limbaj.¹³

Vocabularul juridic reprezintă fondul principal de cuvinte al unei limbi care este utilizat în domeniul juridic. În cadrul acestuia pot fi distinse trei componente principale:

- *termenii juridici* (proprii) – în care caz, cuvintele au valoare tehnică juridică prin ele însele (de ex.: tutelă, curatelă, contract etc.);
- *cuvinte și noțiuni provenite din limbajul curent* (cum ar fi naștere, moarte, filiație) și care au căpătat sens juridic prin urmările pe care le pot avea în materie de drept (începutul sau încetarea personalității, deschiderea unei succesiuni etc.);
- *cuvinte provenite din alte discipline științifice* (economie politică, medicină, morală, științe exacte etc.), cuvinte precum: investiție, opinie publică, planificare, stupefiante, morbiditate etc.¹⁴

Vocabularul juridic îndeplinește funcția de a răspunde unor exigențe legate de calitatea normei juridice și de comunicarea acesteia sub aspectul asigurării calității normei juridice, aceasta, în calitatea ei de regulă de conduită, asigurată în realizarea sa prin coerciția statală, pentru a-și atinge scopul trebuie să aibă anumite trăsături esențiale, în rândul cărora intră *unitatea, ordinea, precizia și claritatea*. De aceea, norma juridică trebuie exprimată în cuvinte clare și precise, cu un sens bine determinat.¹⁵

Dacă norma juridică va fi exprimată în *cuvinte echivoce, insuficient definite sau neclare*, ea ar deveni *incertă*; legiuitorul care a creat-o nu poate avea garanția că toți cei cărora li se adresează vor înțelege același lucru; mai mult, cei care o aplică vor fi tentați să-i confere

⁹ *Idem.*

¹⁰ François Terré, *Introduction générale au droit*, 6-ème édition, Dalloz, Paris, 2003.

¹¹ *Ibidem*, p. 367.

¹² Ferdinand de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Payot, Paris, 1995, p. 52 (cit. de Mihai Grigore, *op. cit.*, p. 172).

¹³ Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique. Eléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, R. Pichon et R. Durand – Auzias, Paris, 1965, p. 35.

¹⁴ Jean-Louis Bergel, *op. cit.*, p. 224.

¹⁵ Ioan Vida, *op. cit.*, p. 77 și urm.

sensuri proprii, ceea ce o va îndepărta de voința, chiar și imperfectă a legiuitorului.¹⁶ Altfel spus, atunci când se redactează norma juridică este necesar ca vocabularul juridic să fie utilizat astfel încât faptele ce urmează a fi reglementate juridic să fie traduse în limbaj juridic pentru a se putea apoi căuta soluția juridică aplicabilă unei stări de fapt și invers.¹⁷

Stilul actului normativ reprezintă totalitatea artificiilor și modalităților care stau la baza elaborării (redactării) actelor normative. În literatura de specialitate se vorbește de un *stil legislativ*, prin care se înțelege „*ansamblul de caracteristici ale formei textelor legislative ... acesta nu este identic peste tot. Stilul din Europa continentală dă expresie mai mult principiilor și caută claritatea, conciziunea și simplitatea ...*”¹⁸

Prof. V.D. Zlătescu consideră că „*nu există un singur stil legislativ, general valabil, ci că există de fapt, o pluralitate de stiluri. Vom întâlni astfel, un stil specific dreptului civil, comercial, internațional privat – cu anumite particularități în actele normative care privesc relații de muncă și de protecție socială, un alt stil în dreptul penal, și în fine, altul în dreptul administrativ.*”¹⁹

Într-o altă opinie²⁰ este important ca *stilul să fie legat de operă*, înțelegând prin aceasta că stilul este propriu actului normativ, fie că el se numește lege, ordonanță ori hotărâre a guvernului.

Această idee este susținută și de faptul că arareori legiuitorul recurge la acte normative pure, specifice unei singure ramuri de drept. În cele mai multe cazuri, în același act normativ vom regăsi norme specifice mai multor ramuri de drept, ceea ce desigur, nu duce la ștergerea deosebirilor firești dintre acestea.

În opinia lui I. Mrejeru, *stilul concis* – strâns legat de principiul economiei de mijloace – „*presupune nu numai exprimări în puține cuvinte, ci și evitarea anumitor idei sau reluarea lor în noi variante prin care să se adauge ceva ce nu este semnificativ.*”²¹

Stilul concis, pe lângă evitarea enunțurilor redundante, presupune utilizarea termenilor cu grad mare de abstractizare pentru a se acoperi printr-un număr cât mai redus de cuvinte o arie cât mai largă de fenomene ce urmează să cadă sub incidența viitoarei reglementări juridice.

Concizia constă în optimizarea informației necesare pentru a exprima intenția normativă. Textul normativ trebuie să cuprindă întreaga informație necesară, dar nu mai multă informație decât este necesar. „*Regula de aur* – arată S. Popescu și V. Țândăreanu – *este să se plaseze maximum de încărcătură normativă pe un suport gol, să se spună în cât mai puține cuvinte cât mai mult posibil.*”²² Concizia textului presupune nu numai exprimări în puține cuvinte, ci și evitarea repetării anumitor idei sau reluarea lor în noi variante prin care să se adauge ceva ne semnificativ.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Jean-Louis Bergel, *op. cit.*, p. 225.

¹⁸ Joseph Voyame, *Méthodes et techniques législatives*, Institut de hautes études en administration publique, Lausanne, 1991, p. 87-88.

¹⁹ Victor Dan Zlătescu, *Introducere în logica formală. Tehnica legislativă*, Ed. Oscar Print, București, 1996, p. 66.

²⁰ Ioan Vida, *op. cit.*, p. 78.

²¹ Ilarie Mrejeru, *op. cit.*, p. 102.

²² Sorin Popescu, Victoria Țândăreanu, *Probleme actuale ale tehnicii legislative*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 106.

Sobrietatea – ca trăsătură a actului normativ – poate fi definită ca o „*elegantă reținută, neostentativă a limbajului; evitarea unor prețiozități, fără a cădea într-o locvacitate inconsistentă, fără substanță și semnificație*”²³

Sobrietatea stilului normativ îndeamnă la ocolirea unor expresii și cuvinte nepotrivite ca sonoritate, a unor expresii argotice, chiar dacă ele au fost deja acceptate în limbajul comun. *Eliminarea* din construcția frazelor a *epitetelor, comparațiilor, personificărilor, hiperbolelor și metaforelor* tot de sobrietatea stilului normativ ține.

Aceste mijloace de exprimare artistică își au rostul în operele literare și nu fac obiectul stilului normativ. Cuvintele se exprimă în sensul lor propriu, pe cât posibil în varianta cea mai răspândită.

Claritatea și precizia stilului normativ se realizează prin utilizarea adecvată a cuvintelor în raport cu semnificația lor obișnuită și, mai ales, în modul de aranjare a acestora în propoziții și fraze, cu respectarea strictă a regulilor gramaticale.²⁴

Claritatea nu depinde numai de modalitatea în care un mesaj este emis, dar și de capacitatea destinatarului de a-l primi. Claritatea este o chestiune care se pune cu mare acuitate în ceea ce privește mesajul legislativ, deoarece cel care-l emite nu este sigur de cooperarea destinatarilor.²⁵ Cei cărora li se adresează vor exploata toate slăbiciunile textului pentru a se sustrage de la normele impuse și vor căuta să interpreteze drepturile normate într-o manieră excesivă, extinzându-le. Pentru acest motiv, cei care elaborează actele normative le revăd de câteva ori și le trec prin mai multe filtre pentru a preciza mai exact gândirea și pentru a evita ca ea să fie deformată.²⁶

Precizia textului normativ presupune ca acesta să fie lămuritor, să nu se creeze dubii în activitatea de aplicare. O proastă organizare a legii poate fi o sursă de ambiguitate și poate să împiedice o bună înțelegere.²⁷

Stilul normativ este legat indisolubil și de *forma prescriptivă sau prescriptiv-dispozitivă* a redactării textelor normative. Normelor juridice, prin natura lor de reguli de conduită, le este străin stilul descriptiv, narativ, care să cuprindă un șir de enunțuri menite să descrie sau să explice un anumit fapt sau fenomen social. Ele cer să se precizeze că, în anumite împrejurări, persoana este datoră să aibă o anumită conduită, altfel, în caz contrar urmează să i se aplice o sancțiune.²⁸

Textul normativ trebuie să fie coerent. Toate frazele unui act normativ sunt unite între ele prin legături multiple și uneori greu de descifrat. Interpretarea sistematică pornește de la ideea că textele au o coerență internă și externă, iar legistica formală vizează optimizarea acestei coerențe. Fiecare frază trebuie să fie concepută în raport cu alte fraze ale unui text normativ (coerență internă), dar și în raport cu conceptele și noțiunile aparținând ansamblului ordinii juridice.²⁹

Coerența unui text se realizează în funcție de o serie de factori cum ar fi corelarea materială a soluțiilor alese pentru a rezolva o problemă, modalitatea în care gândirea normativă se traduce în texte juridice, organizarea logică a textului normativ etc.³⁰

²³ Ibidem.

²⁴ Ioan Vida, *op. cit.*, p. 79.

²⁵ Sorin Popescu, Victoria Țândăreanu, *op. cit.*, p. 107.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ Ioan Vida, *op. cit.*, p. 79.

²⁹ Sorin Popescu, Victoria Țândăreanu, *op. cit.*, p. 107.

³⁰ *Idem.*

În prezent, numeroși factori contribuie la diminuarea coerenței textelor. Printre aceștia amintim:

- pregătirea în grabă a textelor, din cauza necesității de a răspunde rapid problemelor presante ridicate de societate;
- înmulțirea numărului actelor normative;
- suprapunerea textelor normative emanând de la entități juridice diferite (de ex.: un tratat care cuprinde norme din dreptul european și care se suprapune dreptului național);
- situația determinată de faptul că dreptul împrumută noțiuni din alte domenii (știință, economie, psihiatrie, cultură) ori că în dreptul național se introduc în mod abrupt concepte și instituții juridice provenite dintr-un alt sistem de drept, fără a se face adaptările și corecturile ce se impun.³¹

O altă caracteristică a stilului normativ este legată de *modul de utilizare a termenilor în redactarea textelor normative*. Regula de bază ce trebuie respectată în acest demers o constituie utilizarea limbajului comun, a termenilor uzuali din limbajul cotidian³². Pe bună dreptate, Emil Nicolcioiu, observă că norma juridică nu are un singur destinatar, pe specialistul în drept, ci pe toți cei ce sunt ținuti să o respecte.³³

Pe cale de consecință, limbajul juridic folosit trebuie să fie *simplic* și *precis*. Dar norma nu trebuie să fie sec – dispozitivă, ci să dezvăluie motivația ei socială, rațiunea legiuitorului. A adăuga, bineînțeles cu măsură, unele explicații la termenul de specialitate, înseamnă o utilă amplificare a textului, pentru a-l face mai inteligibil. „Astăzi – scrie E. Nicolcioiu – norma juridică nu mai privește o viață relativ simplă, pe care normele dreptului roman o puteau reglementa fără a fi necesare explicații. În prezent, în condițiile revoluției tehnico-științifice, care influențează conținutul normei juridice, dar și stilul ei, legea nu poate să nu folosească termeni tehnici, al căror înțeles trebuie să-l determine precis, să-l definească în mod științific.”³⁴

Regula – potrivit căreia se impune utilizarea unui limbaj comun – nu poate fi însă, peste tot, respectată. Drept urmare, legiuitorul, în lipsa unor alte mijloace de exprimare, recurge la terminologia juridică, la neologisme ori la termeni de specialitate.

Utilizarea terminologiei juridice este utilă legiuitorului pentru asigurarea unității terminologice a actului normativ și pentru a da conceptelor și normelor juridice o formă cât mai fidelă. Astfel, în redactarea actelor normative termenii juridici consacrați nu pot fi înlocuiți de cuvinte apropiate ca sens din limbajul comun³⁵.

În ultima perioadă, tot mai des, legiuitorul este obligat să recurgă la *neologisme*, multe dintre acestea împrumutate, în special, din limba engleză. Ca regulă generală, *utilizarea neologismelor nu este de dorit*, întrucât afectează în mod profund înțelegerea sensului și semnificația textului normativ, cu consecințe grave asupra respectării dispozițiilor sale³⁶.

³¹ *Idem*.

³² Potrivit lui Ihering – cunoscut jurist german al sfârșitului de secol XIX, „legiuitorul trebuie să gândească precum un filosof și să se exprime ca un țăran”.

³³ Emil Nicolcioiu, *Considerații pe marginea științei legiferării și tehnicii legislative*, în RRD, nr. 6/1972, p. 41 și urm.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Spre exemplu, acolo unde trebuie să utilizăm termeni precum *persoană fizică*, *persoană juridică*, *contract*, *gaj*, *ipotecă*, *nulitate*, *contravenție*, nu vom recurge la alți termeni, deoarece s-ar produce o dublare a noțiunilor utilizate în conținutul dreptului, cu efecte negative asupra respectării, interpretării și aplicării corecte a normelor juridice (Ioan Vida, *op. cit.*, p. 80).

³⁶ Legea nr. 24/2000, republicată interzice – în art. 36 alin. (2) – folosirea neologismelor, dacă există un sinonim de largă răspândire în limba română. Cu toate acestea „în cazurile în care se impune folosirea unor termeni și expresii străine, se va alătura, după caz, corespondentul lor în limba română.”

Transpunerea textelor legislative dintr-o limbă în alta pune probleme teoretice și practice deosebit de complexe, întrucât presupune din partea traducătorului specializat („jurilingvist”) o abordare comparativă interdisciplinară – juridică și lingvistică – a celor două sisteme legislative.

Traducerea poate fi realizată „în litera legii” (rămânând fidelă textului din limba – sursă și implicit, intenția legiuitorului) sau „în spiritul legii” (în funcție de destinatar și de contextul social-cultural în care va fi receptată).³⁷

Date fiind dificultățile și „riscurile” traducerii, în decursul ultimului deceniu s-au experimentat noi modalități de redactare legislativă, considerate mai adecvate în statele cu caracter federal și mai multe limbi naționale (Elveția, Canada):

- *redactarea bilingvă* – elaborarea a două versiuni consecutive, urmată de revizuirea făcută de o autoritate unică;

- *redactarea paralelă* – cele două versiuni ale proiectului legislativ sunt concepute simultan, dar separat în cele două limbi;

- *coredactarea*³⁸ – redactare monolingvă a proiectului legislativ, realizată de doi juriști în cele două limbi, urmată de controlul reciproc al celor două versiuni și de verificarea finală făcută de către o comisie de juriști și lingviști reprezentând ambele limbi.³⁹

O altă cerință a stilului normativ o constituie *asigurarea unității terminologice* a textelor redactate. În consecință, într-un act normativ utilizarea unei noțiuni sau a unui anumit termen trebuie realizată unitar de la un capăt la altul al textului elaborat. Pentru a se da satisfacție unei astfel de exigențe, în cuprinsul unui act normativ, un termen nu poate fi înlocuit cu altul, chiar dacă acesta este sinonimul primului. Utilizarea unor termeni diferiți pentru exprimarea uneia și aceleiași noțiuni duce la confuzii, la ambiguități și echivocuri care se opun determinării sensului unic al reglementării juridice.

În cazul utilizării unor termeni specifici *se poate recurge la abrevieri* ale unor denumiri sau termeni, dar numai după ce, la prima utilizare a acestora, a fost explicat conținutul abrevierii.⁴⁰

Când legiuitorul este obligat să utilizeze în cuprinsul unei legi noțiuni sau termeni care nu fac parte din limbajul curent sau cărora le conferă un alt sens decât cel consacrat, el este dator să definească acești termeni și să precizeze înțelesul în care ei sunt utilizați în cuprinsul actului normativ.⁴¹

Respectarea *regulilor de gramatică impuse de tehnica legislativă* reprezintă o importantă problemă circumscrisă analizei de față.

În procesul elaborării actelor normative, structura cea mai simplă a normei juridice este dată de formula *subiect – verb – complement*.⁴² Această schemă răspunde exigențelor de exprimare gramaticală a ipotezei, dispoziției și sancțiunii normei juridice.

³⁷ Jean-Louis Sourieux, Pierre Lerat, *Le langage du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1975, p. 336 (cit. de Mihai Grigore, *op. cit.*, p. 184).

³⁸ Utilizată cu succes în Canada (încă din 1978), adoptată ulterior în Elveția și Belgia, *coredactarea* este considerată astăzi cea mai avantajoasă soluție din perspectiva nevoii de armonizare a legislației naționale la nivel european (comunitar), fiind deja aplicată în domeniul unor directive comunitare (de exemplu, în materie contractuală).

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Ioan Vida, *op. cit.*, p. 81.

⁴¹ *Idem.*

⁴² Victor Dan Zlătescu, *op. cit.*, p. 68 și urm.

Subiectul ne indică participantul la relațiile sociale căruia norma juridică îi conferă un beneficiu sau îi impune o obligație. Determinarea exactă a subiectului este o preocupare esențială a celui care redactează un act normativ. Pentru normele juridice cu grad maxim de generalitate, subiectul propoziției normative îl constituie persoana. Sub denumirea de *persoană* se înțelege totalitatea subiectelor de drept, indiferent de poziția pe care o ocupă în societate⁴³.

În funcție de natura raporturilor sociale ce fac obiectul reglementării juridice, putem identifica subiecte de drept atât din clasa persoanelor fizice, precum cetățeni, străini, apatrizi, minori, majori etc., cât și din cea a persoanelor juridice (societăți comerciale, regii autonome, companii naționale, fundații, asociații etc.). În raporturile juridice de drept administrativ sau de drept constituțional, subiectele pot fi autoritățile/instituțiile publice, privite în exclusivitate ca subiecte de drept ale acestor ramuri, fie și ca persoane juridice participante la raporturile de drept civil sau comercial.

Față de aceste precizări preliminare, vom pune accentul pe respectarea următoarelor reguli în elaborarea normativă. Astfel:

- ținând seama de tipul de subiect de drept – obiect al reglementării juridice – **ne vom referi la acesta la modul singular și în formă articulată** (de exemplu: *minorul, făptuitorul, autorul, cetățeanul, străinul, apatridul* etc.);

- dacă regula generală este cea de mai sus, nu este exclusă și **referirea la subiectul de drept la plural**, mai ales în cazurile în care dispoziția normei juridice impune drepturi subiective și obligații juridice corelative pentru două sau mai multe subiecte de drept ce participă la o acțiune comună (de exemplu: *asociații, cetățenii, soții, alegătorii, parlamentarii, judecătorii* etc.);⁴⁴

- în unele situații, se poate recurge și la **exprimarea subiectului în forme nearticulate** sau la exprimarea prin diferite **pronume demonstrative și nehotărâte**, precum: *oricine, fiecare, acela, orice, aceea* etc., sau **pronume personale** (*el, ea, ei, ele*). De reținut: într-o construcție normativă, se recomandă **utilizarea limitată a pronumelor** pentru identificarea subiectelor de drept;

- **utilizarea subiectului multiplu** constituie o problemă distinctă în elaborarea normativă. În asemenea cazuri, este necesar ca fiecare element al subiectului multiplu să fie despărțit de celălalt prin virgulă, iar ultimul să fie legat de penultimul prin conjuncția „și”. Pe cale de consecință, **verbul** care urmează subiectului **va fi utilizat la plural**. În situația dată, conjuncția „și” este de natură să nege efectele normei juridice de acțiunea tuturor subiectelor de drept. În caz contrar, când comandamentul juridic se adresează doar unui subiect – din multitudinea subiecților de drept – **se va utiliza conjuncția „sau” și verbul la singular**;

- în privința **realizării acordului gramatical între substantiv și atributele adjectivale**, regula generală este aceea că, adjectivele legate direct de substantive trebuie să aibă genul, numărul și cazul substantivului (persoana fizică, serviciul logistic, persoana juridică etc.);

⁴³ Subiecte ale raporturilor juridice nu pot fi decât oamenii – fie în mod individual, fie grupați în forme organizate. *Subiectele individuale* de drept sunt reprezentate de către persoana fizică – cetățenii, străinii și apatrizii. *Subiectele colective* – statul, autoritățile publice, persoanele juridice – își află fundamentul în existența reală a formei colective de activitate (A se vedea, pe larg, Mihai Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Sitech, Craiova, 2009, p. 253 și urm.).

⁴⁴ Ioan Vida, *op. cit.*, p. 82 și urm.

• în cazul în care două substantive de același gen sau de gen diferit, în același caz, unul la singular și celălalt la plural ori amândouă la singular, pot fi urmate de un atribut adjectival, gândit ca o caracteristică a ambelor substantive (*o infracțiune și o contravenție săvârșită de un minor*), nu se poate stabili cu exactitate dacă atributul se referă atât la infracțiune, cât și la contravenție. Pentru evitarea unor asemenea redactări creatoare de ambiguități, se poate recurge la **utilizarea adjectivului la plural** (*săvârșite de un minor*), la **repetarea adjectivului** (*infracțiunea săvârșită de un minor și contravenția săvârșită de un minor*), ori la precizarea că **adjectivul privește în egală măsură cele două substantive** (*o infracțiune și o contravenție, ambele săvârșite de un minor*).⁴⁵

Verbul este cel de-al doilea element al formulei de redactare a textelor normative. În construcțiile normative, **verbele se utilizează la diateza activă, reflexivă sau pasivă și la timpul prezent și viitor**. Astfel:

■ **utilizarea diatezei active** se impune în virtutea faptului că verbele la această diateză exprimă o acțiune săvârșită de subiect care se răsfrânge în mod direct asupra unui obiect (verbe tranzitive). Întotdeauna, la diateza activă, verbul este urmat de un complement. Astfel, dacă verbul este „*fură*”, subiectul propoziției este persoana care săvârșește acțiunea. Când spunem: „*X fură un ou*”, acțiunea exprimată de verb se răsfrânge în mod direct asupra subiectului „*ou*”;⁴⁶

■ **la diateza reflexivă**, acțiunea exprimată de verb nu se răsfrânge în mod direct asupra unui obiect (verbe numite *intransitive*). În propoziția: „*Legea se propune pentru a fi votată Parlamentului*”, este utilizată **diateza reflexivă**, deoarece acțiunea exprimată de verbul intransitiv „*se propune*”, se răsfrânge în mod indirect asupra obiectului (Parlament);⁴⁷

■ **diateza pasivă** arată că acțiunea exprimată de un verb este săvârșită de altcineva și suferită de subiect. În propoziția: „*Legea este votată de Parlament*”, acțiunea este săvârșită de „Parlament” și este suferită de subiectul „legea” (subiect gramatical).⁴⁸

Prof. Ioan Vida – în lucrarea menționată – admite că „*utilizarea timpului prezent este preferabilă celorlalte timpuri, inclusiv viitorului, deoarece, în orice moment al aplicării legii, comandamentul juridic acționează la timpul prezent*”.⁴⁹ Totodată, suntem unanimi în a considera că, **în construcția normativă, comandamentul juridic nu poate fi exprimat prin folosirea imperfectului, perfectului simplu sau a mai mult ca perfectului**.

Specifică stilului normativ, exprimarea prescriptivă sau prescriptiv-dispozitivă este indisolubil legată de modul de utilizare a verbului în construcția frazei.⁵⁰ Astfel, regula este ca **verbele să se utilizeze la timpul prezent**, persoana a III-a – singular sau plural⁵¹. Nu de puține ori – pentru a se da expresie cerințelor formulării prescriptiv-dispozitive a textelor normative, **se utilizează verbe sau expresii verbale impersonale**, precum: „se interzice”, „se alege”, „se recomandă”, „trebuie”, „se obligă” etc.⁵²

⁴⁵ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 83-84.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ De exemplu: „sunt strict necesare”, „noțiunile se exprimă prin...”, „se abrogă ordonanța...”; „autoritățile publice trebuie să...”.

⁵² *Idem*.

În exprimarea normativă, **verbele pot fi folosite fie la forma afirmativă fie la cea negativă**. În cazul normelor juridice onerative, permissive sau supletive, se utilizează forma afirmativă. În cazul normelor prohibitive, în mod evident, forma utilizată a verbelor este cea negativă.

Complementul reprezintă ultima parte a formulei de redactare. Verbul tranzitiv cere un complement direct, iar cel intransitiv un complement indirect. În propoziția: „Parlamentarii au votat legea”, complementul direct este „legea”. În propoziția: „Președintele se adresează Parlamentului”, verbul „se adresează” este un verb intransitiv, iar „Parlamentului” este complement indirect.⁵³

În privința **limbajului juridic** merită reținute ca reguli, în loc de concluzii, următoarele:

- elaborarea actelor normative este puternic legată de specificitatea actului juridic;
- actele normative trebuie redactate într-un stil concis, sobru, clar și precis, care să excludă orice echivoc, cu respectarea strictă a regulilor gramaticale și de ortografie;
- termenii de specialitate vor fi utilizați numai dacă sunt consacrați în domeniul de activitate la care se referă reglementarea;
- redactarea textelor normative trebuie să se facă prin folosirea cuvintelor în înțelesul curent al limbii, cu evitarea neologismelor, a regionalismelor sau arhaismelor, a cuvintelor (expresiilor) nefuncționale; redactarea trebuie să fie subordonată dezideratului înțelegerii cu ușurință a textului de către destinatarii acestuia;
- în limbajul normativ aceleași noțiuni se exprimă numai prin aceiași termeni; dacă o noțiune sau un termen nu este consacrat sau poate avea înțelesuri diferite, semnificația acestuia în context se stabilește prin actul normativ care le instituie, în cadrul dispozițiilor generale sau într-o anexă destinată lexicului respectiv și devine obligatoriu pentru actele normative din aceeași materie;
- exprimarea prin abrevieri a unor denumiri sau termeni se poate face numai prin explicitare în text, la prima folosire;
- textul normativ trebuie să aibă caracter dispozitiv, să prezinte norma instituită fără explicații sau justificări;
- în redactarea actului normativ, de regulă, verbele se utilizează la timpul prezent, forma afirmativă, pentru a se accentua caracterul imperativ al dispoziției respective;
- utilizarea unor explicații prin norme interpretative este permisă numai în măsura în care ele sunt strict necesare pentru înțelegerea textului; nu este permisă prezentarea unor explicații prin folosirea parantezelor.

Așadar, **limbajul juridic**, ca însuși dreptul, nu este în primul rând „o haină juridică”, un ambalaj exterior pentru deciziile autorității, ci **un limbaj cu efect de structură, un mod de reglementare** cu viața sa proprie și dinamica sa internă, un conținut la fel ca și o formă.⁵⁴

Așadar, după cum s-a putut constata din cele prezentate mai sus, este imperios necesar ca în opera de legiferare, legiuitorul să țină seama, alături de alte cerințe, și de regulile pe care le impune atât construcția normei juridice, cât și limbajul și stilul juridic folosite.

Numai astfel, respectând imperativele ce decurg din necesitatea elaborării unui act juridic normativ concis, clar, coerent, accesibil, vom putea fi în prezența unui produs legislativ a cărui aplicare (respectare) să devină posibilă și, mai mult, să armonizeze conduite umane în acord perfect cu voința legiuitorului, aceasta din urmă, la rândul ei,

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, Paris, 1985, p. 11 și urm.

racordată la interesele generale de evoluție, de dezvoltare a societății, de promovare și apărare a valorilor sociale.

Bibliografie:

1. Mihai, Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Sitech, Craiova, 2013;
2. Barbu, Berceanu, *Dreptul și limba. Știința dreptului și lingvistica. Succinte considerații teoretice și aplicative*, în SCJ, nr. 3/1981;
3. Jean-Louis, Bergel, *Théorie générale du droit*, 3e édition, Dalloz, Paris, 1999;
4. Laurent, Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, Paris, 1985;
5. Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, 3-ème édition, Montchrestien, Paris, 2005;
6. François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Première Partie, Recueil Sirey, Paris, 1922;
7. Mihai, Grigore, *Tehnica normativă*, Editura C.H. Beck, București, 2009;
8. Georges, Kalinowski, *Introduction à la logique juridique. Eléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, R. Pichon et R. Durand – Auzias, Paris, 1965;
9. Emil, Nicolcioiu, *Considerații pe marginea științei legiferării și tehnicii legislative*, în RRD, nr. 6/1972;
10. Nicolae, Popa, *Teoria generală a dreptului*, Editura C.H. Beck, București, 2012;
11. Sorin, Popescu, Victoria, Țândăreanu, *Probleme actuale ale tehnicii legislative*, Ed. Lumina Lex, București, 2003;
12. Ferdinand de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Payot, Paris, 1995;
13. Jean-Louis, Souriaux, Pierre, Lerat, *Le langage du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1975;
14. François, Terré, *Introduction générale au droit*, 6-ème édition, Dalloz, Paris, 2003;
15. Ioan, Vida, *Legistica formală (Introducere în tehnica și procedura legislativă)*, Ediția a III-a, Editura Lumina Lex, București, 2006;
16. Joseph, Voyame, *Méthodes et techniques législatives*, Institut de hautes études en administration publique, Lausanne, 1991;
17. Victor Dan, Zlătescu, *Introducere în legistica formală. Tehnica legislativă*, Editura Oscar Print, București, 1996;

CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND DREPTURILE REALE CORESPUNZĂTOARE PROPRIETĂȚII PUBLICE

Vasilica NEGRUȚ*

Abstract:

The general objective of the paper was established on a very current topic and of real interest. Using content analysis, through a descriptive documentary research, this study aims at identifying general issues relating to real rights corresponding to public property, after an analysis of provisions of the Civil Code. Unlike the jurisprudence in France, which is taking a firmer stand in terms of establishing the real rights on public domain, in Romania there are considered real rights corresponding to public property: the administration right, the right to lease and the right of use free of charge. The way they are built, exercised, terminated or they are defended in court, these real rights are reasons for which the public property assets „should be preserved and transmitted to future generations.”

Keywords: *the public property, the real right, the administration right, the right to lease, the right of use free of charge*

Rezumat:

Obiectivul general al lucrării s-a constituit pe o tematică extrem de actuală și de un real interes. Folosind analiza de conținut, printr-o cercetare documentară descriptivă, prezentul studiu își propune să identifice aspectele generale referitoare la drepturile reale corespunzătoare proprietății publice, după o analiză a prevederilor din Codul civil. Spre deosebire de jurisprudența din Franța, mult mai fermă în privința constituirii drepturilor reale pe domeniul public, în România sunt considerate drepturi reale corespunzătoare proprietății publice dreptul de administrare, dreptul de concesiune și dreptul de folosință cu titlu gratuit. Modul în care se constituie, se exercită, se sting ori se apără în justiție aceste drepturi reale, sunt rațiuni pentru care bunurile proprietate publică „trebuie păstrate și transmise generațiilor viitoare”.

Cuvinte-cheie: *proprietate publică, drept real, drept de administrare, drept de concesiune, drept de folosință cu titlu gratuit*

1. Introducere

Dreptul de proprietate publică are o deosebită importanță în dezvoltarea economică și socială a României, întrucât, pe de o parte, acest drept aparține unor subiecte de drept care organizează însăși viața socială dintr-un stat, iar pe de altă parte, poartă asupra unor bunuri care interesează întreaga societate¹.

Codul civil, în art. 858, definește proprietatea publică ca fiind „dreptul de proprietate ce aparține statului sau unei unități administrativ-teritoriale asupra bunurilor care, prin natura

* Prof. univ. dr., Universitatea „Danubius” din Galați; vasilicanegrut@univ-danubius.ro

¹ Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 180.

lor sau prin declarația legii sunt de uz ori de interes public, cu condiția să fie dobândite prin unul din modurile prevăzute de lege”.

Dincolo de disputele teoretice legate de includerea în Codul civil a prevederilor referitoare la proprietatea publică², în doctrina administrativă actuală se subliniază că „o antinomie între drept real principal asupra domeniului public și dezmembrământ al proprietății publice este o eroare”³. Prin urmare, fie se admite că nu se pot constitui drepturi reale pe domeniul public, fie se admite ideea contrară, acceptând anumite dezmembrăminte ale proprietății publice.

În literatura de specialitate⁴ se fac și alte precizări legate de posibilitatea constituirii drepturilor reale pe domeniul public, precizări ce privesc, printre altele, revocabilitatea drepturilor reale administrative, considerându-se că revocarea acestor drepturi nu este și nu poate fi discreționară, neputându-se exercita decât la schimbările de afectare.

În dreptul public francez, domeniul desemnează ansamblul bunurilor colectivităților publice, dominat de principiul inalienabilității, supus unei protecții speciale⁵. Codul general al proprietății persoanelor publice, intrat în vigoare la 1 iulie 2006, stabilește și excepții de la acest principiu. Una dintre sursele relativității principiului inalienabilității ține de legătura dintre noțiunile de inalienabilitate și afectare (pentru uz public sau pentru un serviciu public), în sensul că inalienabilitatea dispare când încetează afectarea⁶. Potrivit art. L. 2111-1 din Codul general al proprietății persoanelor publice, „fac parte din domeniul public bunurile care sunt afectate uzului direct al publicului sau unui serviciu public, sub condiția, în acest ultim caz, ca ele să facă obiectul unui amenajament special”⁷.

În doctrina juridică franceză se susține că proprietatea publică nu poate fi dezmembrată în favoarea altor subiecți de drept⁸, aceasta fiind cu adevărat garantată dacă rămâne în deplina proprietate a colectivităților locale⁹.

În această privință, jurisprudența franceză este fermă, în sensul că nu se pot constitui drepturi reale asupra domeniului public, întrucât s-ar încălca principiul inalienabilității. Ca efect indirect al inalienabilității, în doctrina franceză se menționează imprescriptibilitatea, interzicerea exproprierii domeniului public, precum și interzicerea dezmembrării proprietății publice¹⁰.

² Pentru detalii a se vedea: Dana Apostol Tofan, *Drept administrativ*, volumul II, Ediția 3, Ed. C. H. Beck, București, 2015, p. 235. Suntem de acord cu punctul de vedere exprimat în această lucrare, prin care se justifică importanța și complexitatea acestei instituții, tradițională pentru dreptul administrativ, aflată în divergență între civilisti și administrativiști, din cauza legislației inadecvate și a jurisprudenței contradictorii; Afrăsinie Madălina; colectiv, *Noul Cod Civil – comentarii, doctrină, jurisprudență*, Ed. Hamangiu, 2012.

³ Ovidiu Podaru, *Drept administrativ, vol. II, Dreptul administrativ al bunurilor*, Ed. Hamangiu, 2011, p. 49.

⁴ O. Podaru, *op cit.*, p. 48-60.

⁵ Odile de David Beauregard-Berthier, *Droit administratif des biens*, 5^e édition, Gualino éditeur, EJA. Paris, 2007, p. 115 și urm. Este vorba de obligația întreținerii domeniului public (art. 14 din Codul domeniului public fluvial, de exemplu), protecția domeniului public față de ocupanții fără titlu, protecția penală specială.

⁶ *Idem*.

⁷ *Ibidem*, p. 53. A se vedea și Alexandru-Sorin Ciobanu, *Drept administrativ. Activitatea administrației publice. Domeniul public*. Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 149 și urm., Ovidiu Podaru, *op. cit.*, p. 27.

⁸ Conform art. 136 alin. (2) din Constituția României, doar statul și unitățile administrativ teritoriale pot fi titulari de proprietate publică.

⁹ A. de Laubadère, Y Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 2, 11 éd., LGDJ, Paris, 1998, p. 126.

¹⁰ *Ibidem*, p. 111.

2. Drepturile reale corespunzătoare proprietății publice

După cum se menționează în literatura de specialitate, atributele dreptului de proprietate publică sunt exercitate în mod indirect, atât de către stat, cât și de către unitățile administrativ-teritoriale, prin constituirea unor drepturi reale specific dreptului de proprietate publică sau prin închiriere¹¹.

Codul civil stipulează în art. 866 că „drepturile reale corespunzătoare proprietății publice sunt dreptul de administrare, dreptul de concesiune și dreptul de folosință cu titlu gratuit.”

Dreptul de administrare este definit ca fiind „acel drept real principal derivat, constituit printr-un act administrativ de autoritate, asupra unor bunuri care aparțin statului sau unităților sale administrativ-teritoriale, având ca titulari regiile autonome, prefecturile, autoritățile publice și instituțiile publice, în virtutea căruia titularul dreptului de administrare poate exercita atributele posesiei, folosinței și, în anumite limite, atributul dispoziției, cu respectarea dreptului de proprietate al titularului acestui drept”¹².

Dreptul de administrare a bunurilor domeniului public aparține, în conformitate cu art. 868 din Codul civil, regiilor autonome sau, după caz, autorităților administrației publice centrale sau locale și altor instituții publice de interes național, județean ori local.

Potrivit legii, regiile autonome se află în subordinea unui minister de resort sau a unei autorități publice locale¹³, prin actul căreia a fost înființată și sub controlul căreia funcționează.

În conformitate cu art. 5 din Legea nr. 15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale, regia autonomă este proprietara bunurilor din patrimoniul său, iar în exercitarea dreptului de proprietate aceasta posedă, folosește și dispune, în mod autonom, de bunurile pe care le are în patrimoniu ori culege fructele, după caz, pentru realizarea scopului pentru care a fost creată. Formularea din Legea nr. 15/1990 „*regia autonomă este proprietara bunurilor din patrimoniul său*” are în vedere doar bunurile care au intrat în patrimoniul regiei cu titlu de proprietate, nu și bunurile care au intrat în patrimoniul acesteia cu titlu de administrare¹⁴. În cazul angajării răspunderii contractuale sau delictuale a regiei autonome, creditorii pot cere executarea silită numai asupra bunurilor din proprietatea regiei (art. 10 alin. (1) din Ordonanța Guvernului nr. 15/1993). De asemenea, se interzice regiilor autonome să constituie garanții de orice fel asupra bunurilor proprietate publică.

¹¹ Emanuel Albu, *Dreptul administrativ al bunurilor*, Ed. Fundației România de Măine, București, 2008, p. 138.

¹² Gheorghe Merlă, *Regimul juridic al proprietății publice*, Ed. Universitară Danubius, Galați, 2010, p. 190.

¹³ Denumite autorități publice tutelare, potrivit Ordonanței de urgență nr. 109/2011, privind guvernarea corporativă a întreprinderilor publice. Conform art. 2 alin. (2) din acest act normativ, sunt întreprinderi publice: regiile autonome înființate de stat sau de o unitate administrativ-teritorială; companiile și societățile naționale, societățile comerciale la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic, majoritar sau la care deține controlul; societățile comerciale la care una sau mai multe întreprinderi publice prevăzute dețin o participație majoritară sau o participație ce le asigură controlul. Prin guvernare corporativă se înțelege *ansamblul de reguli care guvernează sistemul de administrare și control în cadrul unei întreprinderi publice, raporturile dintre autoritatea publică tutelară și organele întreprinderii publice, între consiliul de administrație/de supraveghere, directori/directorat, acționari și alte persoane interesate* (art. 2 alin. (1) din Ordonanța de urgență nr. 109/2011).

¹⁴ Valeriu Stoica, *Drept civil. Drepturile reale și principale*, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 435.

Regimul juridic al bunurilor aflate în patrimoniul regiilor autonome decurge din prevederile Ordonanței Guvernului nr. 15/1993 privind unele măsuri pentru restructurarea activității regiilor autonome. Astfel, bunurile proprietate publică: se evidențiază în mod distinct în patrimoniul regiei; în situațiile în care, conform legii, în patrimoniul regiilor autonome, reflectat în bilanț, nu sunt cuprinse bunurile proprietate publică, evaluarea, evidențierea și dimensionarea acestora se face extracontabil, conform normelor metodologice aprobate de Guvern; dacă regiile autonome se reorganizează ca societăți comerciale, bunurile proprietate publică nu vor putea fi aduse ca aport la capitalul social al societății comerciale rezultate (art. 4 din Ordonanța Guvernului nr. 15/1993); administrarea, de către regia autonomă, a bunurilor proprietate publică se face cu diligența unui bun proprietar; bunurile proprietate publică aflate în administrarea regiei autonome pot fi concesionate, în condițiile legii, sau închiriate; închirierea acestor bunuri pe o perioada mai mare de un an se aprobă de ministerul de resort (art. 5).

Discuțiile legate de natura juridică a dreptului de administrare sunt numeroase. Dacă anterior intrării în vigoare a Codului civil în doctrină se aprecia că dreptul de administrare are aceleași caractere juridice ca și dreptul de proprietate publică, respectiv este inalienabil, insesizabil și imprescriptibil¹⁵, ulterior intrării în vigoare a Codului civil, unii autori au subliniat că „dreptul de administrare nu este-sau, cel puțin, nu ar trebui să fie-un drept real, chiar de natură administrativă, ci mai degrabă un mandat de drept public, administratorul exercitând, în numele și pentru titularul dreptului de proprietate publică prerogativele acesteia”¹⁶. În susținerea acestei teorii, autorul are în vedere prevederile art. 868 alin. (2) din Codul civil, respectiv „Titularul dreptului de administrare poate folosi bunul și dispune de bunul dat în administrare în condițiile stabilite de lege și, dacă este cazul, de actul de constituire”.

De asemenea, s-a susținut că dreptul de administrare este un drept real de natură administrativă, care nu dezmembrează dreptul de proprietate publică, deși este derivat din acesta. Prin urmare, dreptul de administrare nu este opozabil proprietarului, care-l poate revoca ori de câte ori interesul public o cere¹⁷. Constituirea unor drepturi reale întemeiate pe dreptul de proprietate publică nu presupune o încălcare a principiului inalienabilității, întrucât nu suntem în fața unor acte de înstrăinare, ci a unor „modalități speciale de punere în valoare și de exploatare a bunurilor domeniului public”.

În ce ne privește, considerăm că dreptul de administrare este un drept real, căruia i se aplică regimul juridic al dreptului de proprietate publică, fiind un drept inalienabil, imprescriptibil și insesizabil.

Trebuie precizat faptul că „apărarea în justiție a dreptului de administrare revine titularului dreptului (art. 870 din Codul civil).

Totodată, menționăm că „dreptul de administrare încetează odată cu încetarea dreptului de proprietate publică sau prin actul de revocare emis, în condițiile legii, dacă interesul public o impune, de organul care l-a constituit” (art. 869 din Codul civil).

În ceea ce privește instituțiile publice, acestea sunt structuri organizatorice prin care se prestează servicii publice pentru stat sau pentru societate¹⁸. Instituțiile publice sunt în

¹⁵ *Ibidem*, p. 146.

¹⁶ O. Podaru, *op. cit.*, p. 50 și urm.

¹⁷ Emil Bălan, *Dreptul administrativ al bunurilor*, Ed. C. H. Beck, București, 2007, p. 93; Emanuel Albu, *op. cit.*, p. 141; L. Pop, L. M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București 2008, p. 135-140;

¹⁸ Benonica Vasilescu, *Drept administrativ*, Curs universitar, Ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 211.

subordinea autorităților publice care le-au înființat și care *le-au dat în administrare sau în folosință bunurile necesare desfășurării activității lor*.

Punctele de vedere exprimate în literatura de specialitate în privința celorlalte drepturi reale constituite asupra proprietății publice, respectiv dreptul de concesiune și dreptul de folosință cu titlu gratuit, sunt unitare. Temeiul constituțional al concesiunii este dat de art. 136 alin. (4), iar reglementarea specială este instituită prin două acte normative distincte: Ordonanța de urgență nr. 54/2004 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică și Ordonanța de urgență nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractului de concesiune de servicii¹⁹.

Referiri la concesiune întâlnim și în alte acte normative: Legea nr. 15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale; Legea nr. 215/2001 privind administrația publică locală; Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, republicată; Legea nr. 84/1992 privind regimul zonelor libere; Legea minelor nr. 85/2003; Legea gazelor nr. 351/2004.

Concesiunea bunurilor și a serviciilor publice nu este un scop în sine, se susține în doctrină, ci o modalitate juridică creată de civilizația secolului al XIX-lea, dar în special a secolului trecut, pentru o mai bună punere în valoare a bunurilor publice ce urmează a fi transmise generațiilor viitoare.²⁰

Concesiunea bunurilor domeniului public reprezintă, prin raportare la dispozițiile constituționale și legale menționate, operațiunea juridică prin care statul sau unitățile administrativ teritoriale pun în valoare bunuri ale domeniului public ai căror titulari sunt, prin transmiterea acestora, pe o perioadă determinată în schimbul unei redevențe, în favoarea unor persoane particulare în condițiile contractului de concesiune²¹.

În doctrina civilistă²² dreptul de concesiune asupra bunurilor domeniului public este privit ca un drept real principal, inalienabil, insesizabil și imprescriptibil, constituit, cu titlu oneros, pe baza contractului de concesiune încheiat între autoritatea concedentă și o persoană fizică sau o persoană juridică de drept privat cu privire la un bun din domeniul public ca modalitate de exercitare a dreptului de proprietate publică și care oferă titularului său, în mod temporar, atributele posesiei, folosinței și dispoziției, cu respectarea obligațiilor prevăzute în actul de constituire, precum și a limitelor materiale și juridice.

Considerăm că analiza concesiunii trebuie făcută sub două aspecte: primul privește dreptul de concesiune ca un drept real constituit asupra unor bunuri proprietate publică; cel de al doilea are în vedere concesiunea ca modalitate de utilizare a domeniului public, prin intermediul contractului de concesiune.

Spre deosebire de darea în administrare sau darea în folosință gratuită, care se realizează prin acte administrative individuale, concesionarea bunurilor proprietate publică este o formă contractuală de exercitare²³.

¹⁹ Până la data de 18 aprilie 2016 statele membre ale Uniunii Europene trebuie să transpună în legislația națională directivele adoptate în acest domeniu în cursul anului 2014. O semnificație deosebită în domeniul concesiunilor are Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind atribuirea contractelor de concesiune. Pentru detalii, a se vedea AL.-S. Ciobanu, *op. cit.*

²⁰ Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, Ediția 4, Ed. C. H. Beck, București, 2005, p. 243.

²¹ Emilian Albu, *op. cit.*, p. 153.

²² Valeriu Stoica, *Drept civil. Drepturi reale principale*, ed. 2, Ed. C. H. Beck, București, 2013, p. 217 și urm.

²³ Eugen Chelaru, *Administrarea domeniului public și a domeniului privat*, ed. a II-a, Ed. C. H. Beck, București, 2008, p. 94.

Fiind un drept real, dreptul de concesiune va fi opozabil *erga omnes*, inclusiv față de concedent²⁴. Însă trebuie subliniat faptul că legea îi dă dreptul concedentului de a modifica unilateral unele din clauzele contractului de concesiune sau chiar să înceteze unilateral contractul, măsuri ce pot luate de concedent cu respectarea prevederilor art. 53 alin. (1)²⁵ și 57 alin. (1) lit. b)²⁶ din Ordonanța de urgență nr. 54/2006.

În doctrina administrativă²⁷ recentă sunt evidențiate următoarele caracteristici ale dreptului concesionarului: constă în prerogativa de exploatare, în interes public, dar și în beneficiul său, a unui bun proprietate publică; este obligatoriu de exercitat, sub sancțiunea pierderii sale (art. 871 alin. (1) din Codul civil); se constituie întotdeauna cu titlu oneros.

Pentru a asigura exploatarea bunului, concesionarul poate efectua orice acte materiale sau juridice necesare, însă, sub sancțiunea nulității absolute, concesionarul nu poate înstrăina și nici greva bunul dat în concesiune sau, după caz, bunurile destinate ori rezultate din realizarea concesiunii și care trebuie, potrivit legii sau actului constitutiv, să fie predate concedentului la încetarea, din orice motive, a concesiunii (art. 872 alin. (1) din Codul civil).

Se cuvine precizat faptul că fructele, precum și produsele bunului concesionat revin concesionarului (în limitele prevăzute de lege și în actul de constituire).

Codul civil stabilește în art. 872 alin. (3) că în toate cazurile, exercitarea dreptului de concesiune este supusă controlului din partea concedentului, în condițiile legii și ale contractului de concesiune.

În doctrina civilă recentă au fost evidențiate asemănările și deosebirile dreptului de concesiune a unor bunuri proprietate publică față de dreptul de administrare corespunzător proprietății publice²⁸. Astfel, ambele sunt drepturi reale care își au originea în dreptul de proprietate publică și constituie modalități specifice de exercitare a acestui drept. Totodată, se precizează că niciunul dintre cele două drepturi nu sunt dezmembrăminte ale dreptului de proprietate publică. În ceea ce privește deosebirile, dreptul de administrare poate aparține numai unor subiecte de drept public, menționate de art. 868 alin. (1) din Codul civil, pe când dreptul de concesiune poate aparține numai unor subiecte de drept privat. În al doilea rând, dreptul de administrare se naște numai pe calea unui act administrativ de autoritate emis de organul competent, pe când dreptul de concesiune se naște exclusiv pe baza unui contract încheiat între concedent și concesionar.

Dacă titularul dreptului de administrare poate să posedă, să folosească și, în anumite limite, să dispună de bunul primit, concesionarul are numai dreptul de a posedă bunul, de a-l folosi în scopul stabilit de către părți în contract și de a-i culege fructele.

Dreptul de administrare este un drept real, în principiu perpetuu și inalienabil, pe când dreptul de concesiune este un drept real, temporar și inalienabil.

²⁴ *Idem*. După cum s-a subliniat în doctrina civilă, dreptul de concesiune îi este opozabil concedentului, „ în limitele respectării clauzelor contractuale”. A se vedea Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 108.

²⁵ *Concedentul poate modifica unilateral partea reglementară a contractului de concesiune, cu notificarea prealabilă a concesionarului, din motive excepționale legate de interesul național sau local, după caz.*

²⁶ *Încetarea contractului de concesiune poate avea loc în cazul în care interesul național sau local o impune, prin denunțarea unilaterală de către concedent, cu plata unei despăgubiri juste și prealabile în sarcina acestuia, în caz de dezacord fiind competentă instanța de judecată.*

²⁷ O. Podaru, *op. cit.*, p. 57.

²⁸ Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, 2013, p. 191.

Dreptul de folosință cu titlu gratuit, așa cum rezultă din prevederile legii²⁹, se poate constitui doar în favoarea persoanelor juridice fără scop lucrativ, respectiv în favoarea instituțiilor de utilitate publică. Este vorba de asociațiile și fundațiile care sunt recunoscute că sunt de utilitate publică în condițiile stabilite de Ordonanța Guvernului nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații (Capitolul VI).

Se cuvine amintit faptul că dreptul de folosință cu titlu gratuit se naște prin acte ale autorităților publice, ca și în cazul dreptului de administrare, fiind un drept real (permite titularilor exercitarea unor prerogative asupra bunurilor primite), este un drept temporar, poartă asupra unor bunuri publică a statului sau a unităților administrativ teritoriale și are ca beneficiari numai persoane juridice fără scop lucrativ, conform legii³⁰.

În conformitate cu prevederile art. 871 alin. (1), *în lipsa unor dispoziții contrare în actul de constituire, titularul nu beneficiază de fructele civile ale bunului, iar dispozițiile privind constituirea și încetarea dreptului de administrare se aplică în mod corespunzător* (871 alin. (3)).

În doctrină au fost identificate următoarele caractere juridice ale dreptului de folosință cu titlu gratuit: este un drept real principal, derivat din dreptul de proprietate publică; este un drept *intuitu personae*, care poate avea ca titular numai anumite persoane juridice de utilitate publică; este netransmisibil; se constituie la cerere, prin act administrativ; este un drept cu titlu gratuit; este un drept temporar, fiind constituit pe o durată limitată; este un drept revocabil, prin act administrativ emis de autoritatea care l-a constituit³¹.

Concluzii

Instituție tradițională în dreptul administrativ, cu semnificație constituțională, proprietatea publică aparține exclusiv statului sau unităților administrativ teritoriale, sfera bunurilor fiind determinată pe baza criteriilor de domenialitate publică. Exercițarea proprietății publice se realizează prin constituirea unor drepturi reale specifice, enumerate de Codul civil în art. 866: dreptul de administrare; dreptul de concesiune; dreptul de folosință cu titlu gratuit. Modul în care se constituie, se exercită, se sting ori se apără în justiție aceste drepturi reale sunt rațiuni pentru care bunurile proprietate publică „trebuie păstrate și transmise generațiilor viitoare”, în vederea dezvoltării echilibrate a societății în ansamblu.

Bibliografie:

- Afrăsinie, Madălina, colectiv, *Noul Cod Civil – comentarii, doctrină, jurisprudență*, Editura Hamangiu, 2012
- Albu, Emanuel, *Dreptul administrativ al bunurilor*, Editura Fundației România de Măine, București, 2008
- Bălan, Emil, *Dreptul administrativ al bunurilor*, Editura C. H. Beck, București, 2007
- Bîrsan, Corneliu, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Editura Hamangiu, ediția a II-a, București, 2007
- Bîrsan, Corneliu, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 180

²⁹ Art. 124 din *Legea administrației publice locale nr. 215/2001*; Art. 874 alin. (1) din Codul civil.

³⁰ Corneliu Bîrsan, op. cit., 2013, p. 195; Gabriel Boroî, Carla Alexandrescu Anghelescu, Bogdan Nazat, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*. ed. a II-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 88.

³¹ E. Chelaru, op. cit., p. 108-109.

- Boroș, Gabriel, Alexandrescu Anghel, Carla, Nazat, Bogdan, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*. Ediția 2-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2013
- Chelaru, Eugen, *Administrarea domeniului public și a domeniului privat*, Ediția 2, Editura C. H. Beck, București, 2008
- Ciobanu, Alexandru-Sorin, *Drept administrativ. Activitatea administrației publice. Domeniul public*, Ed. Universul Juridic, București, 2015
- David Beauregard-Berthier, Odile de, *Droit administratif des biens*, 5e édition, Gualino éditeur, EJA. Paris, 2007
- Iorgovan, Antonie, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ed. a IV-a, Ed. All Beck, București, 2005
- Laubadère, André de, Goudemet, Yves, *Traité de droit administratif*, t. 2, 11 éd., LGDJ, Paris, 1998
- Merlă, Gheorghe, *Regimul juridic al proprietății publice*, Editura Universitară Danubius, Galați, 2010
- Podaru, Ovidiu, *Drept administrativ, vol. II, Dreptul administrativ al bunurilor*, Editura Hamangiu, 2011
- Pop, Liviu, Harosa, Liviu-Marius, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București 2008
- Stoica, Valeriu, *Drept civil. Drepturile reale și principale*, Editura Humanitas, București, 2004
- Stoica, Valeriu, *Drept civil. Drepturi reale principale*, ed. 2, Ed. C. H. Beck, București, 2013
- Tofan, Dana Apostol, *Drept administrativ*, volumul II, Ediția 3, Editura C. H. Beck, București, 2015
- Vasilescu, Benonica, *Drept administrativ*, Curs universitar, Ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2011

THE PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY – LEGAL PRESUMPTION OR FICTION?*

*Emilian CIONGARU***

Abstract:

In order to know what provides a legal rule, it is not enough its text to be accessible in a material meaning, that is only to be published to become accessible, but that legal standard has to be intelligible, in the sense of being legible in terms of clarity and precision and coherence of statements. Clarity of the legal rule also requires that the rules established by its provisions to acquire their full force in the context of the legal corpus of those rules that are called to govern, to be integrated, without making, under this purpose, any reference or appeal to too many provisions that are external or complementary to the text of that legal rule. The concept of legal construct – either legal presumption or fiction – is a logical and complex legal process that aims to provide a logic, synthetic and consistent configuration to legal solutions and that are the result of some logical operations based on the examination of a significant number of particular and general legal rules that have common ideas and therefore can be systematized around it. The constitutional law, a fundamental law for the other branches of law, may address the legal fiction or presumption? It is to this question that this paper aims to build a minimum response.

Keywords: legal security; legal fiction; legal presumption; legal construct; legal norm

Rezumat:

Pentru a cunoaște ce prevede o normă juridică, nu este suficient ca textul ei să fie accesibil în sens material adică să fie numai publicat pentru a deveni accesibilă dar trebuie ca norma juridică să fie inteligibilă, în sensul de a fi lizibilă, în ceea ce privește claritatea și precizia enunțurilor, cât și coerența lor. Claritatea normei juridice mai presupune și că, regulile stabilite prin dispozițiile ei să dobândească întreaga lor forță în contextul corpus-ului juridic al acelor reguli care sunt chemate reglementeze, să se integreze, fără a face, în acest scop, trimitere sau apelare la mult prea multe dispoziții exterioare sau complementare textului respectivei norme juridice. Conceptul de construct juridic – fie prezumție sau ficțiune juridică – reprezintă un procedeu juridic, logic și complex, care ca drept scop să ofere o configurare logică, sintetică și consistentă soluțiilor legale și care reprezintă rezultatul unor operații logice fundamentate pe baza examinării unui număr semnificativ norme juridice particulare și generale care au idei comune și din această cauză pot să fie sistematizate în jurul acesteia. Dreptul constituțional, drept fundamental pentru celelalte ramuri de drept, poate aborda ficțiunea sau prezumția juridică? La această întrebare își propune să construiască un minim răspuns prezenta lucrare.

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Conf. univ. dr., Universitatea Bioterra din București; Cercetător Științific Asociat, Academia Română – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”. E-mail: emil_ciongaru@yahoo.com.

Cuvinte-cheie: securitatea juridică; ficțiunea juridică; prezumția juridică; constructul juridic; norma juridică

Din faptul că dreptul este *construit* nu trebuie dedus că această construcție juridică ar putea fi edificată în mod arbitrar ca fiind o operă a rațiunii care apreciază faptele, relațiile și, în general, toate realitățile care interesează ordinea socială, securitatea raporturilor umane, binele public.

Pentru a putea intra în exercițiul practic al administrării justiției, știința legislației formulează mai întâi ideile, principiile călăuzitoare ale dreptului pozitiv¹. În acest fel, legiferarea cunoaște două mari momente: constatarea existenței situațiilor sociale ce reclamă reglementare juridică; desprinderea idealului juridic, care trebuie să se aplice acestor situații în funcție de conștiința juridică a societății.

Acest concept de *construct juridic* reprezintă un procedeu juridic, logic și complex, care ca drept scop să ofere o configurare logică, sintetică și consistentă soluțiilor legale și care reprezintă rezultatul unor operații logice fundamentate pe baza examinării unui număr semnificativ norme juridice particulare și generale care au idei comune și din această cauză pot să fie sistematizate în jurul acesteia. Scopul constructelor juridice este acela de a induce un element de coerență logică în complexul de reglementări juridice. Constructul juridic uzează de procedeul artificial al ficțiunii spre a oferi un principiu explicativ pentru variate reguli ce se pot grupa în jurul acestui principiu și pot conduce la realizarea finalităților urmărite de legiuitor.

Printre cele mai des folosite procedee de realizare a constructelor juridice sunt *prezumțiile și ficțiunile*.

Prezumția constă într-un procedeu² de tehnică legislativă utilizat vederea completării și conceptualizării³ dreptului prin care legiuitorul acceptă sau impune transformarea unei probabilități în certitudine prin care se tinde la stabilirea, pe baze științifice, a unei probabilități ce urmează să stea la baza unor reglementări legale, urmărindu-se deci o justă reflectare a ceea ce se întâmplă în majoritatea cazurilor. Esența prezumțiilor constă în transformarea unei probabilități⁴ într-o certitudine. În acest sens s-ar putea vorbi nu de o deformare a realității, ci de un artificiu. Acest artificiu are de obicei un rol economic și de stabilitate juridică.

Prezumțiile se clasifică în⁵:

- *prezumții relative* (juris tantum) care pot fi infirmate prin probă;
- *prezumții absolute* (juris et de jure) care nu pot fi răsturnate prin niciun mijloc de probă⁶
- *prezumții mixte*, care pot fi combătute în anumite condiții sau cu anumite probe.

De cele mai multe ori probabilitatea pe care se bazează prezumția este stabilită pe baze științifice sau pe evidențe factuale. De aici rezultă deosebirea dintre procedeul prezumției și

¹ Djuvara M. *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*. Ed. All Beck, București, 1999, p. 372.

² Mihai C.Gh. *Teoria dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 105.

³ Mateuț Gh., Mihailă A. *Logica juridică*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 238.

⁴ Hamangiu C., Rosetti-Bălănescu I., Băiconeanu Al. *Tratat de drept civil roman*, vol. II, Ed. All-Beck, București, 2002, p. 448.

⁵ Mihai Gh.C., *op. cit.*, p. 106.

⁶ Beleiu Gh., Nicolae M., Trușcă P., *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ediția a VII-a, Ed. Universul Juridic, București, 2003, p. 127 și urm.

cel al ficțiunii. În cazul prezumției se tinde la o justă reflectare a realității pe când în cazul ficțiunilor avem de-a face cu o deformare conștientă și voită a faptelor reale în scopul atingerii unor scopuri de politică legislativă. Deci în cazul în care avem de-a face cu o abatere deliberată de la realitate procedeul folosit este *ficțiunea*.

Esența *procedului ficțiunii* constă într-o artificială asimilare a unor lucruri care în realitate sunt diferite (uneori chiar contrare). Ficțiunea afirmă uneori drept reale lucruri ce nu există, neagă alteori lucruri ce există, asimilează lucruri sau situații considerându-le prezente înainte de a avea în realitate existență sau consideră că în realitate unele lucruri au apărut mai târziu decât au apărut în realitate. Din acest motiv acest procedeu este folosit doar în mod excepțional în scopul asigurării unor decizii juridice echitabile

Ficțiunea, ca reprezentare imaginară (nu are un corespondent în realitate) este (ca și prezumția) o modalitate prin care se creează o „realitate juridică” – ca realitate convențional acceptată: din perspectiva dreptului deci, ficțiunea juridică este un artificiu creat prin construcția legislativă prin care realitatea juridică exprimată și consacrată în textul normativ nu există în realitatea factuală⁷.

Un principiu fundamental al statului de drept⁸ este principiul de securitate juridică ce presupune faptul că persoanele, ca beneficiare ale dreptului, să fie în măsură, fără a face eforturi prea mari, să poată decide ce este permis și ce este interzis prin dreptul aplicabil. Pentru a se ajunge la acest rezultat, normele juridice adoptate trebuie să fie clare și inteligibile și să nu fie supuse, în timp, la schimbări prea frecvente și, mai ales, imprevizibile. Din puncte de vedere formal securitatea juridică este reprezentată de calitatea normelor juridice, iar din punct de vedere temporal este reprezentată de previzibilitatea normelor juridice.⁹

Principiul securității juridice mai este cunoscut și sub numele de *principiul certitudinii juridice* deoarece constă în incertitudinea ca aplicarea normelor juridice într-o anumită situație să fie previzibilă, norma juridică incidentă să fie ușor de stabilit, destinatarii ei să aibă siguranță că se aplică o prevedere legală corespunzătoare faptei și nu alta și că va fi interpretată în mod unitar iar o normă juridică ce nu a ajuns la cunoștința destinatarilor nu poate fi aplicată.

În ceea ce privește aspectul privind calitatea normei juridice, însăși din definiția ei¹⁰ de regulă de conduită, generală, impersonală și obligatorie pentru a cărei respectare statul își folosește forța de coerciție, se pot extrage o serie de trăsături în sensul că, norma juridică este făcută cu scopul de a impune o anumită conduită, de a interzice un anumit comportament sau de a sancționa comportamentul necorespunzător. Normele juridice nu trebuie elaborate pentru a crea iluzii sau a provoca ambiguități și decepții. Ele trebuie să aibă un rol normativ deoarece, lipsa acestui rol poate diminua rolul regulilor necesare și poate induce o serie de dubii și interpretări asupra efectului real urmărit prin prevederile din dispozițiile legii. Pentru a cunoaște ce prevede o normă juridică, nu este suficient ca textul ei să fie accesibil în sens material adică să fie numai publicat pentru a deveni accesibilă dar trebuie ca norma juridică să fie inteligibilă, în sensul de a fi lizibilă, în ceea ce privește claritatea și precizia enunțurilor, cât și coerența lor. Claritatea normei juridice mai

⁷ Deleanu I., *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 1.

⁸ Tutunaru M. *Legal rule in the rule of law*, in Journal of Law and Administrative Sciences, Universitara Publishing House, Special Issue/2015, Bucharest, p. 612.

⁹ Popescu S., Ciora Cr., Tândăreanu V., *Aspecte practice de tehnică și evidență legislativă*, Ed. Monitorul Oficial, București, 2008, p. 30.

¹⁰ Popa N. *Teoria generală a dreptului*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 123.

presupune și că, regulile stabilite prin dispozițiile ei să dobândească întreaga lor forță în contextul corpus-ului juridic al acelor reguli care sunt chemate reglementeze, să se integreze, fără a face, în acest scop, trimitere sau apelare la mult prea multe dispoziții exterioare sau complementare textului respectivei norme juridice.

Principiul securității juridice mai presupune și că dreptul existent trebuie să fie previzibil, cunoscut și înțeles¹¹ și că soluțiile juridice să rămână relativ stabile. Acest principiu este mai degrabă o creație a jurisprudenței CEDO nefiind consacrat de normele de drept constituțional în mod expres are rolul de fundament al statului de drept, stat care este apreciat, în mare măsură, în funcție de calitatea și claritatea legilor sale. Astfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat în jurisprudența sa, de exemplu în cauza *Marcks c. Belgiei*, 1979, importanța respectării principiului securității juridice, considerat ca fiind în mod necesar inerent atât dreptului Convenției, cât și dreptului comunitar. Cauza *Brumărescu c. României*, publicată în M. Of. nr. 414 din 31 august 2000, prin care CEDO a statuat că unul dintre elementele fundamentale ale preeminenței dreptului este principiul securității raporturilor juridice, care impune ca soluția dată în mod definitiv de către tribunale unui litigiu să nu fie repusă în discuție.

În perioada clasică, noțiunea de securitate juridică este consacrată de principiul neretroactivității legii, prevăzută de art. 2 din Codul civil Napoleonian de la 1804 care dispunea că: „Legea nu dispune decât pentru viitor; ea nu are niciun efect retroactiv”. Din momentul în care s-a observat însă că legea nu este în măsură să regleze toate situațiile apărute în practică, a fost invocat principiul securității juridice¹² care în practică, impune reguli de drept clare și precise în ceea ce privește absența retroactivității, cu excepția cazurilor mai favorabile, categorie unde nu intră dispozițiile de sancționare penală. Actuala Constituție a României din 2003, revizuită după Constituția României adoptată la data de 21 noiembrie 1991, prevede la articolul 15, alin. (2) că „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile.”

Conceptul de *securitate juridică*, ca interpretare doctrinară, pentru practicienii dreptului evocă noțiuni obișnuite de specialitate, precum retroactivitatea legilor, teoria aparenței dreptului, legalitatea incriminării și a pedepsei sau chiar obscuritatea textelor de lege¹³. În esență, acest principiu este caracterizat prin faptul că trebuie să asigure protecția persoanelor împotriva unui potențial pericol care poate veni chiar din partea dreptului, împotriva unei insecurități pe care o poate crea dreptul sau pe care acesta riscă s-o creeze¹⁴.

În acest context s-a opinat¹⁵, că o noțiune mult mai potrivită decât cea de „securitate juridică” ar fi cea folosită în doctrina olandeză – *Rechtzekerheid* – fiabilitatea dreptului.

În contextul europenizării și globalizării, au apărut noi domenii de reglementare, s-au dezvoltat noi resurse ale dreptului factori care au dus la creșterea semnificativă a complexității dreptului având, ca o consecință imediată, o legiferare masivă, elaborarea unui număr destul de mare de norme juridice, „globalizarea fiind practic unificarea universală, după o singură regulă”¹⁶. Toate acestea au făcut ca să existe o mai mare preocupare, a

¹¹ Chevalier J., *Statul de drept*, traducere de Diana Dănișor, Ed. Universitaria, Craiova, 2012, p. 101.

¹² Cristau A., *L'exigence de sécurité juridique*, dans Recueil Dalloz, Paris, 2002, p. 2814.

¹³ Lambert P., *Le principe général de la sécurité juridique et les validations législatives*, în *Sécurité juridique et fiscalité*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 5.

¹⁴ François L., *Le problème de la sécurité juridique*, în *La sécurité juridique*, Ed. Jeune Barreau de Liège, Liège, 1993, p. 10.

¹⁵ Lambert P., *op. cit.*, p. 6.

¹⁶ Friedmann-Nicolescu I. *Știința dreptului între pluralism, complexitate și transdisciplinaritate – Justiția din perspectiva pluralismului, complexității și transdisciplinarității în epoca globalizării*, apărută în volumul

organelor cu atribuții în acest sens, pentru asigurarea securității juridice a persoanelor în calitate de beneficiari ai acestor norme.

Principiul securității juridice a fost consacrat și a cunoscut o continuă dezvoltare și în dreptul european, atât la nivel general al statelor membre, cât și în materia protecției drepturilor și libertăților persoanelor. În virtutea acestor tendințe, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că principiul securității juridice face parte din ordinea juridică europeană și trebuie respectat atât de instituțiile Uniunii Europene, cât și de statele membre, atunci când acestea își exercită prerogativele conferite de directivele europene.¹⁷

Având în vedere faptul că persoanele, prin voința lor liberă, încalcă interdicțiile, obligațiile sau alte reguli instituite prin normele juridice, securitatea juridică nu are un caracter absolut, ci un caracter de relativitate. Totuși, persoanelor în cauză li se asigură, în mod paradoxal, de către același drept încălcat sau sfidat, mecanisme de apărare, de tratament juridic sau de alte garanții juridice prin care sunt sancționați proporțional cu faptele săvârșite. Astfel, potrivit art. 21 alin. (3) din Constituție „Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil”, iar, conform art. 124 alin. (1) „justiția se înfăptuiește în numele legii”, astfel că hotărârile judecătorești (veritabile norme juridice) executorii au putere de lege și instituie obligația imperativă de a fi executată de cel față de care s-a pronunțat. În cazul în care s-ar pune la îndoială caracterul absolut al acestei obligații ori s-ar lăsa o cât de mică posibilitate de a fi evitată executarea acestui tip de obligație instituită pe cale judecătorească, atunci s-ar încălca grav principiul legalității, autoritatea de lucru judecat și principiul securității juridice, ceea ce ar anula efectele unei hotărâri judecătorești – normă juridică și ar goli de conținut dreptul subiectiv recunoscut pe cale judiciară.

Și jurisprudența Tribunalului de Primă Instanță, consacră principiul securității juridice prin prevederea că: „principiul de securitate juridică cere ca toate actele instituțiilor care produc efecte juridice să fie clare, precise și să respecte interesele în așa mod încât acesta să cunoască cu certitudine momentul în care acel act începe să existe și începe să producă efecte juridice. Această necesitate de securitate juridică este impusă cu o rigoare particulară atunci când este vorba de un act susceptibil de consecințe financiare, pentru a permite celor interesați cunoașterea cu exactitate a obligațiilor care le sunt impuse”.¹⁸

Exemplul de securitate juridică din materia dreptului românesc al afacerilor, cu referire la contractele de achiziții publice, autoritățile contractante trebuie să acorde o atenție maximă modificării sau amendării contractelor în perioada de executare a acestora, deoarece pentru a evita afectarea condițiilor inițiale ale competiției, astfel de amendamente implementate fără procedura reofertării sunt permise doar în circumstanțe extrem de limitate și conform principiului securității juridice se impune ca aprecierea privind obligația de desfășurare a unei proceduri de atribuire a unui contract să aibă loc întotdeauna la momentul încheierii tranzacției. Pe cale de consecință, atât din punctul de vedere al autorității contractante și al partenerului său contractual, cât și din cel al concurenților nereținuți, este necesar ca la momentul efectuării tranzacției să se poată deja stabili dacă o procedură de atribuire trebuie sau nu să fie derulată. Luarea în considerare a unor

colectiv, coordonat de G. G. Constandache, „Destinul pluralitate, complexitate și transdisciplinaritate”; Ed. ALMA – Craiova, 2015, p. 175.

¹⁷ *Culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție, 1998, p. I-08153, Cauza C-381/97, Belgocodex*, par. 26.

¹⁸ Auby J.B., Delphine D.B., *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, Droit administratif européen, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2007, p. 480.

circumstanțe ulterioare este posibilă cel mult atunci când acestea au putut fi anticipate cu certitudine încă din momentul efectuării tranzacției.

Ținând cont de principiul care privește activitatea de elaborare, modificare, abrogare, corelare și sistematizare a actelor normative, principiul securității juridice cuprinde, în principal, următoarele exigențe: neretroactivitatea legii, accesibilitatea și previzibilitatea legii, asigurarea interpretării unitare a legii.¹⁹

Principiul accesibilității și previzibilității legii presupune faptul că: accesibilitatea legii privește, în principal, aducerea la cunoștința publică a acesteia, care se realizează prin publicarea actelor normative. Dar, ca o lege să producă efecte juridice, trebuie să fie cunoscută de destinatarii săi; efectele legii se produc, prin urmare, după aducerea sa la cunoștința publică și după intrarea sa în vigoare iar previzibilitatea legii înseamnă ca o normă juridică trebuie să fie clară, inteligibilă, întrucât cei cărora li se adresează trebuie nu doar să fie informați în avans asupra consecințelor actelor și faptelor lor, ci să și înțeleagă consecințele legale ale acestora. În jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului a fost subliniată importanța asigurării accesibilității și previzibilității legii prin cauze precum *Sunday Times c. Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord*, 1979, în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că „nu poate fi considerată lege decât o normă enunțată cu suficientă precizie, pentru a permite individului să-și regleze conduita. Individul trebuie să fie în măsură să prevadă consecințele ce pot decurge dintr-un act determinat”²⁰; „o normă este previzibilă numai atunci când este redactată cu suficientă precizie, în așa fel încât să permită oricărei persoane – care, la nevoie poate apela la consultanță de specialitate – să își corecteze conduita”; „în special, o normă este previzibilă atunci când oferă o anume garanție contra atingerilor arbitrare ale puterii publice”. Legea fundamentală trebuie pusă în acord cu dispozițiile din Convenția pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale, în forma care este în vigoare din 1 iunie 2010.²¹

Referitor la asigurarea interpretării unitare a legii, acest principiu, este impus și de principiul constituțional al egalității tuturor cetățenilor în fața legii și implicit a autorității judecătorești, acest principiu ar fi grav afectat dacă în aplicarea uneia și aceleiași legi, soluțiile instanțelor judecătorești ar fi diferite și chiar contradictorii. Gravitatea implicațiilor juridice, în aplicarea și interpretarea neunitară a legii, decurge și din caracterul aproape iremediabil al hotărârilor judecătorești care urmează a fi pronunțate de către instanțele de fond, precum și din însuși mecanismul concret al practicii neconsecvente în sensul că, părțile, având aceeași situație juridică nu trebuie să primească soluții contradictorii.

De asemenea, efectele concrete ale interpretării neunitare a legii, conduc la concluzia că principiul siguranței juridice, amenințat și/sau încălcat nu este – în sine – suficient să ofere o lămurire sau o explicație oricărui cetățean – reclamant că i se recunoaște irevocabil un drept, în timp ce, în aceleași condiții și aplicării aceluiași text de lege, acel drept nu îi este

¹⁹ Predescu I., Safta M., *Studiul Principiul securității juridice, fundament al statului de drept. Repere jurisprudențiale*, Buletinul Curții Constituționale a României nr. 1 din 2009.

²⁰ *Ibidem*, p. 100.

²¹ Friedmann-Nicolescu I. *Societatea și Ordinea constituțională*; în volumul colectiv *Constituția și Societatea Contemporană*, Ed. Universitară, București, 2014, p. 452. Niemesch M. *The Concept of Human Rights in the View of the Ancient Greek Philosophers until their Establishment in the National Legislation*, in *Journal of Law and Administrative Sciences*, Universitara Publishing House, Special Issue/2015, Bucharest, p. 585.

recunoscut și altui reclamant. În acest se poate concluziona că trebuie eliminate erorile, în calificarea și soluțiile juridice în cauze deduse spre dezlegare în drept și fapt, acțiunile introductive cu petite identice, trebuie să primească o aplicare și soluții unitare din punct de vedere legal și implicit judecătoresc.

În concluzie, în dreptul constituțional ar trebui să nu-și aibă loc idea de prezumție sau ficțiune juridică iar exigențele certitudinii juridice trebuie să facă necesară eliminarea unor potențiale devieri care pot descalifica sau desconsidera legea și legislativul și pot amenința ordinea și coeziunea socială. În vederea realizării acestor obiective nu este suficientă o identificare a relelelor făcute, ci trebuie create remedii pe măsura acestora. Ca orice nouă strategie și acestea se realizează cu mari eforturi de organizare, iar modificarea mentalităților juridice nu se pot face decât cu edictarea unui comandament solemn de disciplinare sau echilibrare a unui potențial exces normativ, care să se realizeze de cele mai multe ori pe calea normelor juridice fundamentale – constituționale, în cazul în care este necesar, pentru că, în caz contrar, dreptul poate rămâne fără viață, existent numai la nivel declarativ și trebuie să acorde o importanță sporită principiului securității juridice.

Bibliografie:

1. Djuvara M. *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*. Editura All Beck, București, 1999.
2. Mihai C.Gh. *Teoria dreptului*, Editura C.H. Beck, București, 2008.
3. Mateuț Gh., Mihailă A. *Logica juridică*, Editura Lumina Lex, București, 1998.
4. Hamangiu C., Rosetti-Bălănescu I., Băiconeanu Al. *Tratat de drept civil roman*, Vol. II, Editura All-Beck, București, 2002.
5. Beleiu Gh., Nicolae M., Trușcă P., *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ediția a VII-a, Editura Universul Juridic, București, 2003.
6. Deleanu I., *Ficțiunile juridice*, Editura All Beck, București, 2005.
7. Tutunaru M. *Legal rule in the rule of law*, in Journal of Law and Administrative Sciences, Universitara Publishing House, Special Issue/2015, Bucharest.
8. Popescu S., Ciora Cr., Țândăreanu V., *Aspecte practice de tehnică și evidență legislativă*, Editura Monitorul Oficial, București, 2008.
9. Popa N. *Teoria generală a dreptului*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2008.
10. Chevalier J., *Statul de drept*, traducere de Diana Dănișor, Editura Universitaria, Craiova, 2012.
11. Cristau A., *L'exigence de sécurité juridique*, dans Recueil Dalloz, Paris, 2002.
12. Lambert P., *Le principe général de la sécurité juridique et les validations législatives*, în Sécurité juridique et fiscalité, Editura Bruylant, Bruxelles, 2003.
13. François L., *Le problème de la sécurité juridique*, în La sécurité juridique, Editura Jeune Barreau de Liège, Liège, 1993.
14. Friedmann-Nicolescu I. *Știința dreptului între pluralism, complexitate și transdisciplinaritate – Justiția din perspectiva pluralismului, complexității și transdisciplinarității în epoca globalizării*, apărută în volumul colectiv, coordonat de G. G. Constandache, „Destinul pluralitate, complexitate și transdisciplinaritate”; Editura ALMA – Craiova, 2015.

15. Culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție, 1998, p. I-08153, *Cauza C-381/97, Belgocodex*, par. 26.

16. Auby J.B., Delphine D.B., *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, Droit administratif européen, Bruxelles, Editura Bruylant, 2007.

17. Predescu I., Safta M., Studiul *Principiul securității juridice, fundament al statului de drept. Repere jurisprudențiale*, Buletinul Curții Constituționale a României nr. 1 din 2009.

18. Friedmann-Nicolescu I. *Societatea și Ordinea constituțională*; în volumul colectiv *Constituția și Societatea Contemporană*, Editura Universitară, București, 2014.

19. Niemesch M. *The Concept of Human Rights in the View of the Ancient Greek Philosophers until their Establishment in the National Legislation*, in *Journal of Law and Administrative Sciences*, Universitara Publishing House, Special Issue/2015, Bucharest.

INFLUENȚA CONSTANTĂ A RELIGIEI ASUPRA FENOMENULUI JURIDIC DIN ROMÂNIA*

Mihail NIEMESCH**

Abstract:

Human society has lived and will develop in the spirit of recognizing the power of Divinity. Religion with its rules has influenced, influences and will influence the human nature, the social phenomena, and hence the legal phenomenon. Scrutinizing the human history, we can notice that initially all peoples, the Babylonians, the Egyptians, even the Romans did not make a distinction between the legal, religious and moral norms. Highly rational and pragmatic, the Romans made an early separation, designating the legal norms by the term IUS and the religious ones by the term FAS.

Keywords: religion, legal phenomenon, legal norms

Rezumat:

Societatea umană a trăit și se va dezvolta în spiritul de recunoaștere a puterii Divinității. Religia cu regulile sale a influențat, influențează și va influența natura umană, fenomenul social în general, în concluzie și fenomenul juridic. Privind în istoria umanității, vom observa că, inițial toate popoarele, babilonienii, egiptenii, chiar și romanii, nu au realizat o delimitare, o distincție între normele juridice, religioase și morale. Extrem de raționali și pragmatici, romanii au înfăptuit o separare, încă din epoca veche, așa încât, numele de drept erau desemnate prin termenul IUS, iar cele religioase prin termenul FAS.

Cuvinte-cheie: religia, fenomenul juridic, normele de drept

1. Considerații generale

Orice rit, orice mit, orice credință sau figură divină reflectă experiența sacralului, și prin urmare implică noțiunile ființă, semnificație și adevăr ... este greu să ne imaginăm cum ar putea funcționa spiritul uman fără a avea convingerea că ceva ireductibil real există în lume; și este cu neputință să ne închipuim cum ar putea să apară conștiința, fără a conferi o semnificație impulsurilor și experiențelor omului.¹

Societatea umană a trăit și se va dezvolta în spiritul de recunoaștere a puterii Divinității. Religia cu regulile sale a influențat, influențează și va influența natura umană, fenomenul social în general, în concluzie și fenomenul juridic.

S-a afirmat că religia ... dă legilor putere. Fără ideea de Dumnezeu, ca cel mai înalt legiutor și judecător, de la care își dețin puterea autoritățile omenești, legile n-ar avea nicio

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu, Cercetător asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: avocatniemesch@yahoo.com

¹ M. Eliade, *Istoria credințelor și ideilor religioase*, vol. I, Ed. Universitas, Chișinău, 1992, p. 8

putere. Miturile unora dintre popoarele vechi, socoteau anumite divinități, ca de exemplu: egiptenii pe Osiris și Isis, asiro-babilonienii pe Ea etc., de autori ai celor mai vechi legi ale lor, iar unii legiuitori susțineau că au primit de-a dreptul de la zei legile date de ei. Astfel, la Evrei, Moise a primit Tablele Legii din mâna lui Iehova pe muntele Sinai, la Indieni, Manu a primit legea sa de la Brahma, iar la Romani, Regele Numai Pompiliu se pretindea inspirat de Egeria în alcătuirea legii sale. Ce era mai târziu pentru societatea romană, ideea de divinitate ne-o spune Cicero în următoarele cuvinte: „Nu știu, dacă, cu subminarea fricii de Dumnezeu, nu va dispărea dintre oameni și fidelitatea și ordinea socială.”, „*Quid leges sine moribus?*” zice o maximă latină și, într-adevăr moravuri sănătoase nu pot fi fără religie. Înșiși suveranii moderni, ereditari ori aleși, se intitulează suverani prin grația lui Dumnezeu și voința națiunii².

În lumea foarte variată și complexă a normelor, din care fac parte o serie de tipuri de norme ca: normele cutumiare, morale, deontologice, religioase, estetice, de conviețuire socială, normele juridice formează o specie cu un specific aparte.³Privind în istoria umanității, vom observa că, inițial toate popoarele, babilonienii, egiptenii, chiar și romanii, nu au realizat o delimitare, o distincție între normele juridice, religioase și morale. Extrem de raționali și pragmatici, romanii au înfăptuit o separare, încă din epoca veche, așa încât, noamele de drept erau desemnate prin termenul IUS, iar cele religioase prin termenul FAS.

Omul este o ființă socială și simte nevoia de a trăi într-o comunitate, acolo unde se poate dezvolta, înmulți și șlefui. Societatea presupune însă organizare și orice sistem organizatoric presupune și reguli. Pentru ca societatea umană să funcționeze este nevoie de reguli de conduită. Aceste reguli reprezintă o necesitate și ele răspund trebuințelor oamenilor.

Potrivit opiniei lui Norbert Rouland, profesor de antropologie juridică și istoria dreptului la Universitatea din Marsillia, opinie redată de Preafericitul Părinte Daniel, Patriarhul Bisericii Ortodoxe Române, se consideră că pentru omul religios, gândirea religioasă și cea juridică sunt strâns legate „dacă reflecțiile juridice și religioase sunt unite, nu putem stabili o prioritate între cele două; modul de a gândi o ființă divină, nu este mai important decât gândul la lume și instituțiile sale. Gândirea religioasă, ca și aceea a instituțiilor sociale, juridice și politice, exprimă, în aceste domenii diverse, un mod de a gândi universul propriu fiecărei societăți”.⁴ iar creștinismul este un element esențial al identității europene. Europa zilelor noastre se confruntă cu o criză economică și identitară care a schimbat modul în care ne raportăm la lume, la resursele financiare și la economie în general. Dar a mai schimbat ceva: modul în care ne raportăm la valorile creștine. Contextul economic a făcut necesară schimbarea, iar schimbarea a început cu reglementarea juridică a Uniunii Europene, o piață care avea nevoie de o flexibilizare, legislația la fel. Schimbarea a adus cu sine noi provocări. Implementarea noilor reglementări necesită un efort de cunoaștere și interpretare, efort care nu este nici facil, nici la indemnă. Pentru a înțelege

² I. Mihălcescu, *Noțiuni de filozofia religiunii*, ed. 7, Ed. Cugetarea-Georgescu Delafras, București, 1941, p. 36.

³ Emilian Ciongaru, Law as value, in Volume of The 18 International Conference „The Knowledge-Based Organization”. „Nicolae Bălcescu” Land Forces Academy Publishing House. Sibiu, 2012, p. 620.

⁴ Dan-Ilie Ciobotea, Preafericitul Părinte Daniel, Patriarhul Bisericii Ortodoxe Române, *Originea religioasă a dreptului și secularizarea lui și nevoia actuală de dialog interdisciplinar*, articol publicat în volumul editat cu ocazia decernării titlului de Doctor Honoris causa al Universității Titu Maiorescu la data de 10.XII.2015, p. 78

amplarea și implicațiile acestor modificări, în forurile academice și nu numai au loc dezbateri aprinse despre rolul rădăcinilor creștine, al religiei în societatea contemporană”⁵.

2. Considerații istorice privind legătura dintre drept și religie în spațiul locuit de români

Istoria Românilor, cu întregul său conținut social-economic, politic și cultural, nu poate fi înțeleasă decât în strânsă legătură cu istoria politică, culturală și civilizația Imperiului roman de Răsărit. Chiar orientarea modernă a României spre apus n-a depășit granițele romanității europene și nici conștiința structurii sale latine.⁶

Odată cu instaurarea stăpânirii romane în Dacia, alături de dreptul local nescris s-a introdus și dreptul roman scris. Potrivit concepției romane, cutuma locală putea fi aplicată, în măsura în care nu venea în contradicție cu principiile generale ale dreptului roman.⁷ Se cuvine a menționa că pentru locuitorii din Dacia, o importanță deosebită a avut-o Constituția lui Caracalla-212 d.Hr., prin care s-a acordat drept de cetățenie peregrinilor.

În literatura de specialitate se precizează că ... nu trebuie omis faptul că izvorul principal al dreptului, în prima organizare juridică statală geto-dacică, pe teritoriul țării noastre, a fost obiceiul pământului, în strânsă legătură cu regulile religioase. El s-a menținut în anumite limite și după cucerirea romană.⁸

După tradiție, Creștinismul s-a introdus la noi încă din veacul apostolic. Se știe că, după *Înălțarea* la cer a Domnului, Sfinții Apostoli n-au întârziat mult în Ierusalim. Ei se răspândesc în lume pentru a propovădui Evanghelia lui Iisus după cum scrie Origenes: „Toma a mers să predice Parților, Matei a mers în Etiopia, Bartolomeu în vestul Indiei, Ioan în Asia, **Andrei în Scythia**, Petru în Pont, Galatia, Bithynia și Capodokia, Paul a mers din Ierusalim până în Illyria”. Despre predicarea **Evangheliei lui Iisus** de către Sfântul Apostol pe teritoriul Scythiei și însușirea noii învățături creștine, de timpuriu, de către geto-daci, a întocmit un studiu și P.S. Epifanie Norocel care sintetizează mențiunile autorilor bisericești asupra predicii Sf. Andrei în părțile noastre, chiar prin epistola către Coloseni a Sf. Pavel care spune că „nu mai există iudeu nici elin, tăiere împrejur și netăiere împrejur, barbar, scit, rob sau liber, ci toate și într-o toți Hristos...”⁹.

Referitor la creștinismul primitiv, în general, se precizează că acesta ... nu avea o ideologie și o dogmatică unică precisă; dimpotrivă, aici domnea cea mai mare confuzie ... între comunitățile primitive nu exista nicio unitate. Unitatea a fost restabilită mai târziu de sinoadele ecumenice. Numeroase curente, care se oglindesc în scrierile lui Pavel, se ciocneau, se combăteau sau se contopeau. Aceasta se întâmpla pentru că compoziția comunităților și, deci, aspirațiile membrilor lor erau diverse.¹⁰

Odată cu cristalizarea statelor române, în perioada feudală, se observă apariția unor organe de judecată menite a pronunța hotărâri apte a asigura ordinea și liniștea în diferitele comunități, sătești, orășenești. Astfel și practica judecătorească, pe lângă legea țării și

⁵ Valentin-Stelian Bădescu, *Dreptul Afacerilor*, Ed. Universul Juridic București, 2012, p. 451.

⁶ E. Zaharia, *Continuitatea Daco-Romană*, în vol. I al monografiei *Spiritualitate și Istorie la Întorsura Carpaților*, editat de sectorul cultural al Episcopiei Buzăului, Buzău 1983, p. 28

⁷ E. Cernea, E. Molcuț *Istoria statului și dreptului românesc*, ed. a II-a, Casa de Editură și Presă Șansa SRL, București, 1992, p. 24.

⁸ I. Flămânzeanu, *Interacțiunea și ierarhizarea izvoarelor dreptului* articol publicat în vol. de comunicări al Academiei Române-Institutul de Cercetări juridice „Andrei Rădulescu”, sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice 2009, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 366.

⁹ <http://www.agero-stuttgart.de/REVISTA-AGERO/ISTORIE>

¹⁰ Ch. Hainchelin, *Originea Religiei*, Ed. de Stat pentru literatură politică, București 1956, p. 200, p. 203

cutumele locale, începe să capete un rol mai mare în asigurarea și menținerea ordinii juridice. Organizarea judecătorească și procedura aferentă erau încărcate de formalism și elemente religioase. În perioada feudalismului dezvoltat, instituțiile dreptului se dezvoltă pornind de la moștenirea străvechilor obiceiuri, pe care le adaptează evoluției vremurilor inovând totodată noi reguli referitoare la relațiile sociale, noi și ele.¹¹

În epoca medievală, în Moldova și în Țara Românească, organizarea judecătorească și procedura de judecată erau foarte asemănătoare. Nici în Transilvania diferențele nu erau foarte mari, mai ales în rândul instanțelor inferioare, competente în a soluționa pricinile comunităților românești. Desigur diferențele rezultau în special din aceea că Transilvania a fost fie în raporturi de vasalitate cu Regatul Maghiar, fie o componentă a Imperiului Habsburgic sau Austro-Ungar. Pentru aceste motive, și voievodul transilvan avea atribuții pe linie judecătorească. În ceea ce privește *scaunele de judecată* din Transilvania, trebuie evidențiat faptul că acestea sunt expresia vechii autonomii a acestei provincii dar și a unor privilegii pe linie judecătorească acordate unor categorii sociale, cum ar fi clerul sau grănicerii. De altfel, forurile de judecată grănicerească, în districtele locuite de români s-au păstrat și pe perioada ocupației habsburgice.

Jurisdicția bisericească

În statele feudale ale Țării Românești și Moldova, jurisdicția bisericească de tip bizantin a Mitropoliei, a fiecărui episcop și a unor organe inferioare până la egumen cu soborul mănăstiresc, la protopop și chiar la preot ... este binecunoscută ... exercitarea acestei jurisdicții nu excludea aplicarea legii țării, a unor obiceiuri, dar baza ei era pravila canonică și nomocanonică ... avem numeroase porunci domnești care enunță și întăresc competența judiciară a episcopilor, referindu-se la aplicarea pravilei și adesea enumerând principalele pricini pentru care sunt de competența lor, definind raporturile cu organele boierești și domnești.¹² Și în Transilvania instanțele bisericești aveau atribuții judecătorești, desigur prin respectarea unor limite de competență. De pildă, în anul 1222, Andrei al II-lea, regele Ungariei, stabilește unele dispoziții privind judecata clericilor.¹³

În doctrină se mai precizează că *justiția ecleziastică* a românilor transilvăneni era reprezentată de scaunele protopopești, apoi de cele episcopale, iar pentru credincioșii Bisericii unite de către forurile vicariale ... în localitățile în care rezidau protopopi români, existau *scaune protopopești* ce aveau în frunte un protopop, iar ca asesori preoți din protopopiatul respectiv¹⁴

Exemplu din Țara Românească:

**1583-1584 septembrie 10. Petru Cercel voievod hotărăște cazurile de încălcare a regulilor privitoare la căsătorii și amenzile pe care, după judecată, le va lua arhiepiscopul Luca al Buzăului.*

...Io Petru voievod... Dă Domnia Mea această poruncă a domniei mele preacinstiul și preasfințitul arhiepiscop chiar Luca al Buzăului, ca să judece pe oameni ... după pravila sfintei biserici neoprite de biserică ... cine strică altarele și cine nu postește cele patru

¹¹ M. Tutunaru, *Istoria statului și dreptului românesc*, Ed. Scrisul Românesc, Craiova, 2015, p. 60

¹² V. Al. Georgescu, *Bizanțul și instituțiile românești până la mijlocul secolului al XVIII-lea*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București 1980, p. 254.

¹³ A se vedea Șt. Pascu, V. Hanga, *Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului R.P.R.*, Ed. Științifică, București 1958, p. 727-728.

¹⁴ L. P. Marcu. *Istoria dreptului românesc*, Ed. Lumina Lex, București, p. 94, p. 103.

posturi și cine se iau neam cu neam și cine ia a patra femeie fără lege și de la oameni care se împreună unul cu altul fără lege și bărbatul care lasă femeia fără lege sau femeia care fuge de la bărbat *pe toți să-i judece, după judecata și legea lui Dumnezeu. Care popi vor fi cu greșeală, pe toți să-i judece sfinția lui ... și judecata sfinției lui, cum va fi de la toate acele judecăți, să judece episcopia lui fără opreliște de la nimeni, nici de la boieri, nici de la slugile domniei mele, nici de la bani, nici de la pîrcălabi, nici de la vornici.*¹⁵

O succintă analiză a celor prezentate ne permite să apreciem că în Țările Române, jurisprudența bazată pe elementul creștin era puternic prezentă în viața comunităților. Aceasta se manifesta la nivelul tuturor categoriilor sociale indiferent de rangul persoanei, fiind producătoare de efecte juridice, uneori și cu respectarea anumitor condiții, având chiar rolul de precedent.

Felul judecăților era unul inedit întâlnind la sate, „procesul strigat” prin care erau criticate încălcări de ordin moral sau cele uzurpare a normelor cutumiare, dar și judecata păstorilor adevărată ramură a dreptului cutumiar feudal, aplicabilă comunității profesionale a păstorilor.

Judecățile erau morale, echitabile, V. Al. Georgescu identificând chiar o *cartă de libertăți*, fiind consacrată de hrisovul lui Leon Tomșa din 1631, în Țara Românească, document prin care, printre altele, se înfierează judecata nedreaptă și orice pedeapsă care să nu fi fost precedată de o judecată.¹⁶ Foarte interesant de precizat că în Țările Române, străinii se bucurau de o anumită protecție pe linie „normativ-judecătorească”, aplicându-li-se, de pildă, *jus teotonicum*, la Baia, respectiv *jus armenicum*, la Suceava. Și din această perspectivă putem concluziona că dreptul românesc al evul mediu cuprindea o latură profund umanistă.

În prezent, în România, libertatea religioasă este respectată și garantată, atât la nivelul legislației obișnuite cât și la nivel constituțional. Astfel, se evidențiază în primul rând Legea nr. 489/2006 privind libertatea religioasă și regimul general al cultelor. Acest act normativ reglementează mai multe aspecte esențiale legate de protecția cultelor religioase. În acest sens, legea evocată reglementează relațiile dintre stat și culte, recunoscând rolul esențial al acestora în societate, pe linie spirituală, culturală, caritabilă etc. Totodată, legea instituie și condițiile de recunoaștere a calității de cult, reglementat fiind și învățământul organizat de culte.

Din punct de vedere constituțional, libertatea religioasă este garantată. Astfel, art. 29 din Constituția României prevede printre altele că:

✓ Libertatea gândirii și a opiniilor, precum și libertatea credințelor religioase nu pot fi îngrădite sub nicio formă. Nimeni nu poate fi constrâns să adopte o opinie ori să adere la o credință religioasă, contrare convingerilor sale.

✓ Libertatea conștiinței este garantată; ea trebuie să se manifeste în spirit de toleranță și de respect reciproc.¹⁷

Și noul cod civil face referiri la libertatea religioasă, de pildă art. 491 statuează că: Părinții îndrumă copilul, potrivit propriilor convingeri, în alegerea unei religii, în condițiile

¹⁵ Doc. B., veac. XVI, vol. V p. 135-136 (orig. slav), redat de Șt. Pascu, V. Hanga, în *Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului R.P.R.*, Ed. Științifică, București, 1958, p. 723-724.

¹⁶ A se vedea V. Al. Georgescu, *op. cit.* p. 228.

¹⁷ A se vedea art. 29 din Constituția României

legii, ținând seama de opinia, vârsta și de gradul de maturitate ale acestuia, fără a-l putea obliga să adere la o anumită religie sau la un anumit cult religios.¹⁸

Noul cod penal, la art. 381 încriminează și sancționează împiedicarea exercitării libertății religioase.

Recunoașterea și protecția religiei reprezintă o constantă la nivelul legislației naționale. Astfel, pe lângă legea cadru evocată, constituție, noile coduri, regăsim, cu titlu de exemplu, referiri și în Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului sau în Legea educației naționale nr. 1/2011.

Concluzii

Din perspectiva societății române contemporane, atât dreptul cât și religia reprezintă sisteme sociale cu un profund caracter normativ. De-a lungul timpul aceste două sisteme s-au influențat reciproc, fapt care se petrece și în prezent. Religia și dreptul sunt două sisteme normative care nu se exclud, dimpotrivă, ele acționează în beneficiul propășirii spirituale, morale și sociale a omului.

Noua legislație din România, noile coduri, au așezat la loc de cinste religia, pe care o așează la rang de valoare socială supremă alături de toate drepturile și libertățile fundamentale.

Bibliografie:

1. M. Eliade, *Istoria credințelor și ideilor religioase*, vol. I, Ed. Universitas, Chișinău, 1992,
2. I. Mihălcescu, *Noțiuni de filozofia religiunii*, ed. 7, Editura Cugetarea-Georgescu Delafras, București, 1941,
3. Emilian Ciongaru, Law as value, in Volume of The 18 International Conference „The Knowledge-Based Organization”. „Nicolae Bălcescu” Land Forces Academy Publishing House. Sibiu, 2012,
4. Dan-Ilie Ciobotea, Preafericitul Părinte Daniel, Patriarhul Bisericii Ortodoxe Române, *Originea religioasă a dreptului și secularizarea lui și nevoia actuală de dialog interdisciplinar*, articol publicat în volumul editat cu ocazia decernării titlului de Doctor Honoris causa al Universității Titu Maiorescu la data de 10.XII.2015,
5. Valentin-Stelian Bădescu, *Dreptul Afacerilor*, Editura, Universul Juridic București, 2012,
6. E. Zaharia, *Continuitatea Daco-Romană*, în vol. I al monografiei *Spiritualitate și Istorie la Întorsura Carpaților*, editat de sectorul cultural al Episcopiei Buzăului, Buzău 1983,
7. E. Cernea, E. Molcuț *Istoria statului și dreptului românesc*, ediția a II-a, Casa de Editură și Presă Șansa SRL, București, 1992,
8. I. Flămânzeanu, *Interacțiunea și ierarhizarea izvoarelor dreptului* articol publicat în vol. de comunicări al Academiei Române-Institutul de Cercetări juridice”Andrei Rădulescu”, sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice 2009, Ed. Hamangiu, București, 2009,
9. Ch. Hainchelin, *Originea Religiei*, Editura de Stat pentru literatură politică, București 1956, p. 200,
10. M. Tutunaru, *Istoria statului și dreptului românesc*, Ed. Scrisul Românesc, Craiova, 2015,
11. V. Al. Georgescu, *Bizanțul și instituțiile românești pînă la mijlocul secolului al XVIII-lea*, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București 1980,

¹⁸ A se vedea art. 491 Cod civil

12. Șt. Pascu, V. Hanga, *Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului R.P.R.*, Ed. Științifică, București 1958,
13. L. P. Marcu. *Istoria dreptului românesc*, Ed. Lumina Lex, București, p. 94,
14. Doc. B., veac. XVI, vol. V p. 135-136 (orig. slav), redat de Șt. Pascu, V. Hanga, în *Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului R.P.R.*, Ed. Științifică, București, 1958, p. 723-724.

Surse internet:

- <http://www.agero-stuttgart.de/REVISTA-AGERO/ISTORIE>

Articole de lege:

- art. 29 din Constituția României
- art. 491 Cod civil

DECIZII DE ADMITERE A EXCEPȚIEI DE NECONSTITUȚIONALITATE REFERITOARE LA DISPOZIȚII ALE NOILOR CODURI DE PROCEDURĂ – UN PRIM BILANȚ

Steluța IONESCU*

Abstract:

As an important part in the process of judicial reform, the adoption of the New codes of procedure (civil and criminal) was founded on the need to provide the Romanian justice a trial procedure that is modern, fully adapted to the new realities, fast, predictable and flexible.

From their adoption, the new texts have been the subject of great interest to all those involved in the judicial phenomenon. Law professionals – representatives of the courts and prosecutors, liberal legal practitioners, personalities of the academic and scientific environments – litigants and other participants to the process all showed a constant concern for how the new legislative solutions find their effectiveness. The proof of the effectiveness and usefulness of the new provisions remains however a daily exam, given that only if viewed in its dynamics, the rule is deemed fair or not, and where necessary, it claims necessary adjustments.

To this process of adjustment the present study is devoted, proposing a reviewing exercise of the text criticism related to provisions for judiciary procedure, referring exclusively to solutions of admission in matters of the exception of unconstitutionality, a mechanism used frequently in the early years of the New codes of procedure.

Keywords: *judiciary procedure, the New code of civil procedure, the New code of criminal procedure, exception of unconstitutionality, Constitutional Court*

Rezumat:

Componentă importantă în procesul de reformă a sistemului judiciar, adoptarea Noilor coduri de procedură (civilă și penală) s-a fundamentat pe nevoia de a pune la dispoziția justiției românești o procedură de judecată modernă, pe deplin adaptată noilor realități, rapidă, predictibilă și suplă.

De la intrarea lor în vigoare, noile texte au constituit subiect de real interes pentru toți cei implicați în fenomenul judiciar. Profesioniști ai dreptului – exponenți ai instanțelor și parchetelor, ai profesiilor juridice liberale, personalități ale mediului academic și științific – justițiabili și alți participanți la proces au manifestat o permanentă preocupare față de modul în care soluțiile legislative de noutate își găsesc efectivitatea. Proba eficienței și utilității noilor dispoziții rămâne însă un examen cotidian, știut fiind că, doar privită în dinamica ei, norma se vedește justă sau nu, iar acolo unde e nevoie, își reclamă ajustările necesare.

Acestui proces de ajustare se dedică și studiul de față, realizând un exercițiu de inventariere a criticilor de text referitoare la dispoziții privind procedura judiciară, cu referire exclusivă la soluțiile de admitere în materia excepției de neconstituționalitate, mecanism utilizat frecvent în primii ani de viață ai Noilor coduri de procedură.

Cuvinte-cheie: *procedură judiciară, Noul cod de procedură civilă, Noul cod de procedură penală, excepție de neconstituționalitate, Curte Constituțională*

* Lect. univ. dr., Universitatea „Valahia” din Târgoviște, Facultatea de Drept și Științe Administrative, steluta.ionescu@gmail.com

1. Noile coduri de procedură, civilă și penală – fundamentare, adoptare, intrare în vigoare

Nevoia reformării procedurii judiciare, în ambele materii de judecată, s-a resimțit acut în ultimii ani. Deficiențele sistemului judiciar românesc constatate în rapoartele de monitorizare ale Comisiei Europene sau în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în cauzele împotriva României, supraîncărcarea instanțelor, durata excesivă a procedurii și existența unei practici neunitare constituie doar câteva dintre argumentele avansate în mod constant. Adăugând acestora necesitatea consolidării unui sistem modern de justiție, credibil ca serviciu public al statului, cu o procedură de judecată adaptată noilor realități, predictibilă, rapidă și suplă, care să le asigure celor implicați în înfăptuirea ei un îndreptar de lucru actual, iar justițiabililor plusul necesar de încredere în actul de justiție, noua normativitate în materia *procedurii judiciare* avea să fie un răspuns așteptat unanim și venit firesc. Nu la fel de firesc însă, s-a putut realiza asimilarea noilor texte în dreptul pozitiv. Este îndeobște cunoscut că, trecerea de la adoptarea normei la punerea ei în acțiune, la realizarea ei, necesită efort din partea tuturor celor implicați și, adesea, timp de asimilare. Deși adoptate în vara anului 2010, textele de lege² care au configurat noua procedură de judecată aveau să intre în vigoare la câțiva ani distanță, în contexte diferite, aducerea în sfera dreptului pozitiv producându-se anevoios (Noul cod de procedură civilă la 15 februarie 2013³, Noul cod de procedură penală la 01 februarie 2014⁴).

În încercarea de interpretare a normelor și de corectă aplicare a acestora, noile texte au constituit subiect permanent de preocupare, de la etapa proiectului de lege și până la intrarea lor în vigoare. În acest sens, literatura juridică dedicată celor două subramuri de drept procesual a fost receptivă, observând atent și în detaliu acest proces, semnalând acolo unde s-a impus, neajunsuri de text, contradicții, note de echivoc sau lacune, propunând adesea soluții legislative de remediu. De un real folos și merită semnalat, efortul științific laborios și punctual care a precedat adoptarea codurilor și mai apoi cel de după adoptarea lor, a făcut ca, imediat după intrarea în vigoare, Noile coduri să fie însoțite de elaborate științifice de tip *comentariu pe articole* (mai numeroase în materie procesual civilă⁵, prezente însă și în materie procesual penală⁶), deosebit de utile, mai ales în cazul

² Legea nr. 134 din 2010 privind Codul de procedură civilă și Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală.

³ Noul cod de procedură civilă a intrat în vigoare după 2 ani de la intrarea în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil. Doar în decursul anului 2012, acest moment a fost amânat de câteva ori. Astfel, în luna ianuarie 2012, Guvernul de la acea dată a propus Parlamentului momentul 1 iunie 2012. Senatul a agreeat această propunere, însă Camera Deputaților nu a fost de acord și a decis ca actul normativ în discuție să intre în vigoare la data de 1 septembrie 2012. În luna august a aceluiași an, executivul avea să amâne din nou intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă până la data de 1 februarie 2013. Însă, prin ordonanță de guvern, executivul a decis, în 31 ianuarie 2013, să proroge din nou termenul, stabilind ca moment 15 februarie 2013. Până la intrarea în vigoare, textul Legii nr. 134 din 2010 a suferit modificări (O.U.G. nr. 44/2012, O.U.G. nr. 4/2013, Legea nr. 72/2013).

⁴ Noul cod de procedură penală a intrat în vigoare, deopotrivă cu corpusul normativ substanțial căruia îi conferă formă (Legea nr. 286/2009 privind Codul penal). Până la acest moment, textul Legii nr. 135 din 2010 a suferit modificări succesive (Legea nr. 63/2012, Legea nr. 255/2013, O.U.G. nr. 3/2014, O.U.G. nr. 82/2014).

⁵ Pentru exemplificare: Boroi G. și colab., *Noul Cod de procedură civilă, Comentariu pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2013; Deleanu I., *Cod de procedură civilă. Comentarii pe articole*, Ed. Universul Juridic, București, 2013; Leș I., *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2013.

⁶ Volonciu. N., *Noul cod de procedură penală adnotat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014; s-au adăugat acestora și materiale de tip *fișe* – Udriou, M. *Fișe de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014.

reglementării unor instituții juridice noi. Dacă adăugăm acestora multitudinea de manifestări științifice (conferințe, simpozioane, mese rotunde) dedicate problematicei, la inițiativa sau/și cu concursul practicienilor, s-ar putea spune că au fost create toate premisele necesare unei reușite. Reușita însă nu se poate măsura realist decât prin evaluarea impactului social benefic al noilor dispoziții, singurul parametru just de apreciere. Iar, sub acest aspect, problematica ridică semne de întrebare, provoacă discuții, generează îngrijorare, întrucât noile texte au reclamat intervenții, iar modalitățile utilizate au fost multiple⁷.

Nu este desigur o noutate faptul că, proba eficienței și utilității unui act normativ nou rămâne un examen cotidian, știut fiind că, doar privită în dinamica ei, norma se vedește justă sau nu, iar acolo unde e nevoie, își reclamă ajustări necesare. Acestui proces de ajustare se dedică și studiul de față, preocuparea fiind aceea de a inventaria soluțiile date de Curtea Constituțională și de a oferi o sinteză a soluțiilor de admitere pronunțate în materia excepției de neconstituționalitate, modalitate utilizată frecvent în primii ani de viață ai Noilor coduri de procedură.

2. Controlul constituționalității legii și excepția de neconstituționalitate – câteva repere

Rațiunile temei de față cer a avansa un set de repere privitoare la controlul constituționalității legii în România, sub aspectul calificării, a mecanismelor de realizare și, evident a entității căreia îi este încredințat.

Stricto sensu, sistemul constituțional desemnează un ansamblu coerent și armonios structurat al instituțiilor politice și al normelor juridice prin care se obiectivează mecanismele de guvernare consfințite prin Constituție⁸. La o atare coerență se ajunge firește, prin funcționarea unui angrenaj care să asigure permanent autoreglarea și adaptarea acestui sistem la realitățile sociale mereu noi, ceea ce este posibil prin stipularea în textul legii fundamentale a unor mecanisme necesare, unul dintre acesta fiind controlul de constituționalitate. Astăzi, în lume, sunt consacrate și funcționează două mari modele de control al constituționalității legii: *modelul european (judicial review)* – un control de tip *concentrat*, aptitudinea de a-l soluționa fiind reținută în sarcina exclusivă a unei entități specializate⁹ și *modelul american (constitutional review)* – un control realizat pe cale judiciară, unde aptitudinea de soluționare este dată instanței judecătorești supreme¹⁰.

În România, instituția controlului de constituționalitate a legilor nu este o inovație a constituției în vigoare. Paternitatea sa trebuie căutată în textul Constituției de la 1866, chiar dacă *expressis verbis* aceasta nu se bucura de consacrare. Istoria constituțională a României avea să-l confirme și ulterior, *controlul de constituționalitate a legilor* fiind consacrat în Constituția de la 1923, iar apoi cu un parcurs sinuos, inerent circumstanțelor de factură

În această materie, s-a resimțit prudență în ceea ce privește plasarea pe piață a unor lucrări de asemenea amploare, explicabilă de altfel dat fiind caracterul sensibil, pe alocuri fragil al normelor în forma lor inițială.

⁷ Pe lângă excepțiile de neconstituționalitate, dispozițiile Noilor coduri de procedură au fost și în atenția instanței noastre supreme, în virtutea rolului său exclusiv de a soluționa recursul în interesul legii și hotărârea prealabilă privind dezlegarea unei probleme de drept (acestea din urmă, calificate de lege ca mecanisme de unificare a jurisprudenței).

⁸ Ionescu C., *Tratat de drept constituțional contemporan*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 374.

⁹ Denumite, după caz, Consiliu Constituțional (specific Franței), Tribunal Constituțional (cum este cazul Spaniei și Portugaliei), Curte Constituțională (titlatură agreată și în sistemul nostru).

¹⁰ Curtea Supremă de Justiție.

socio-politică din statul român¹¹. Odată cu adoptarea *Constituției din 1991*, controlul constituționalității legilor este încredințat unui organ special și specializat, denumit *Curte Constituțională*¹². Dacă instituția controlului de constituționalitate nu este expresia unei noutăți absolute aduse de legea fundamentală, Curtea Constituțională – ca organism chemat să-l asigure – reprezintă „o premieră” în România. Prin configurarea rolului și atribuțiilor sale, *Curtea Constituțională* este calificată „*garantul supremației Constituției*”¹³. Aria sa de competență cuprinde atât prerogative cu caracter jurisdicțional, cât și prerogative cu caracter politic (natura acestui organ fiind una politico-jurisdicțională).

Analiza de față vizează doar sfera celor jurisdicționale și, dintre acestea, doar prerogativa soluționării *excepției de neconstituționalitate*, mijloc de apărare prin care partea chemată în fața unei instanțe de judecată sau de arbitraj invocă neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe ori a unei dispoziții dintr-o lege sau dintr-o ordonanță. Aceasta poate fi invocată de partea interesată sau, din oficiu, de către instanța de judecată ori de arbitraj investită cu soluționarea unei cereri, dar și de către procuror în fața instanței de judecată, în cauzele la care participă.

Din punct de vedere formal, *deciziilor* Curții li se atribuie trei dimensiuni esențiale: publicitatea, caracterul obligatoriu și neretroactiv al acestora¹⁴. Pornind de la această prevedere constituțională, în doctrină¹⁵ avea să se afirme că actelor Curții Constituționale li se conferă astfel o eficacitate absolută față de toate autoritățile publice, inclusiv față de instanțele judecătorești, *asezându-le în același plan cu legea*.

De la înființarea sa, Curtea Constituțională a desfășurat o intensă activitate, îndeosebi în domeniul controlului constituționalității legilor, într-o perioadă în care problema conflictului de legi în timp s-a alăturat celei privind neconstituționalitatea unor acte normative, creând mari dificultăți de interpretare și aplicare a normelor juridice. Și în contextul normativ al ultimilor ani, în materia noii ordini juridice instituite prin adoptarea codurilor civile și penale¹⁶, Curtea și-a dovedit rolul său hotărâtor.

3. Decizii de admitere referitoare la dispoziții ale Noilor coduri de procedură. Exercițiu de inventariere. Note de sinteză

3.1. Decizii de admitere referitoare la dispoziții ale codului de procedură civilă

Din punct de vedere cantitativ, anul intrării în vigoare a Noului cod de procedură civilă nu indică un volum ridicat de excepții de neconstituționalitate. Pe deplin explicabil, dacă

¹¹ Referitor la Constituțiile de la 1948, 1952 și mai apoi 1965, controlul constituționalității legilor are o istorie discontinuă; acesta nu-și mai găsește reglementare expresă (în primele două amintite) sau, deși reglementat expres (în ultima din enumerare), este încredințat ca atribuție Marii Adunări Naționale, organul suprem al puterii de stat – pentru detalii, sub titlul *Reflectarea controlului de constituționalitate în Constituțiile socialiste*, a se vedea Gilia C., *Manual de drept constituțional și instituții politice*, Ed. Hamangiu, 2010, p. 248-249.

¹² Situată alături de Consiliul legislativ și de Avocatul poporului în sfera acelor „*pârghii de control*”, pe care le supune spre analiză, într-o abordare privind puterea discreționară și excesul de putere la nivelul autorității legiuitoare, Apostol Tofan D., în lucrarea cu titlul *Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 252 și urm.

¹³ În forma actuală, după revizuire, în art. 142 alin. (1).

¹⁴ Dispozițiile art. 147 (4) – „Deciziile Curții Constituționale se publică în Monitorul Oficial al României. De la data publicării, deciziile sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor”.

¹⁵ Voicu M., *Jurisprudența comunitară*, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 11-12.

¹⁶ Avem în vedere atât actele normative de drept substanțial (Codul civil și Codul penal), cât și pe cele de drept procesual.

avem în vedere că *principiul aplicării imediate a legii procesual civile* – elogiat în vechiul cod – își pierde vigoarea, noile texte consacrand regula potrivit căreia *dispozițiile legii noi de procedură se aplică numai proceselor și executărilor silite începute după intrarea acesteia în vigoare*¹⁷, iar *procesele în curs de judecată, precum și executările silite începute sub legea veche rămân supuse acelei legi*¹⁸. (art. 25). Doar spre finele lui 2013, Curtea Constituțională avea să fie sesizată cu o excepție de neconstituționalitate și se pronunță printr-o decizie de admitere – *Decizia nr. 473 din 21 noiembrie 2013*¹⁹. În cauză, problematica vizată este materia executării silite, iar soluția oferită de legiuitor și criticată privește extinderea rolului procurorului cu prerogative de aflare a unor informații necesare executării. Critica adusă textului vizat este confirmată, dispozițiile corespunzătoare fiind declarate neconstituționale.

Nici în anul următor, materia procedurii judiciare nu face obiectul unui tablou cantitativ notabil din perspectiva recurgerii la intervenția jurisdicției constituționale. La un sumar, forul nostru de contencios constituțional se confruntă cu un număr rezonabil de excepții privind dispoziții ale Noilor coduri de procedură. La o succintă sinteză, criticile de text au vizat: problematica sesizării instanței și a regularizării cererii de chemare în judecată (*Decizia nr. 266 din 7 mai 2014*²⁰); problematica executării silite, sub aspectul instituirii unor criterii obiective de reglare a competenței teritoriale de soluționare a contestației la executare (*Decizia nr. 348 din 17 iunie 2014*²¹); problematica strămutării cauzei și a criteriilor de apreciere a motivelor de strămutare (*Decizia nr. 558 din 16 octombrie 2014*²²).

O soluție care cere un plus de atenție și merită relevată distinct este *Decizia nr. 462 din 17 septembrie 2014*²³. Problematica vizată este obligativitatea formulării și susținerii cererii de recurs prin avocat²⁴. Critica de text care face obiectul excepției de neconstituționalitate vizează încălcarea caracterului facultativ al apărării de specialitate, ceea ce aduce atingere efectivității dreptului la apărare, garantarea reală a mijloacelor procesuale de realizare a acestuia și, implicit a accesului liber la justiție. La momentul sesizării Curții, problema de drept pusă în discuție nu avea caracter de noutate. Încă de la intrarea în vigoare a codului, comentariile de text aveau să semnaleze acest aspect care pune la îndoială dreptul la apărare sau, cel puțin, îi slăbea efectivitatea. Astfel că, decizia Curții este o tranșare necesară a unor controverse și discuții purtate pe marginea textului inițial al codului, iar soluția admiterii neconstituționalității dispozițiilor de text incidente era majoritar anticipată în

¹⁷ Dispozițiile art. 24 din Noul cod de procedură civilă.

¹⁸ Dispozițiile art. 25 din Noul cod de procedură civilă.

¹⁹ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 659 alin. (3) din Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 30 din 15.01.2014

²⁰ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 200 din Codul de procedură civilă, precum și celor ale art. 2 alin. (1) și (12) și art. 601 din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, publicată în M. Of. nr. 464 din 25.06.2014.

²¹ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 650 alin. (1) și art. 713 alin. (1) din Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 529 din 16.07.2014.

²² Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 142 alin. (1) teza întâi, art. 143 alin. (1) cu referire la sintagma „cu darea unei cauțiuni în cuantum de 1.000 lei” și ale art. 145 alin. (1) teza întâi din Codul de procedură civilă (publicată în M. Of. nr. 897 din 10.12.2014).

²³ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 13 alin. (2) teza a doua, art. 83 alin. (3) și art. 486 alin. (3) din Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 775 din 24.10.2014.

²⁴ Mai trebuie adăugat că excepția are în vedere condiția procesuală a persoanei fizice. Aceeași Curtea Constituțională avea să pronunțe o decizie similară la începutul anului 2015, privitoare la condiția procesuală a persoanei juridice.

doctrina de domeniu²⁵. Dată fiind rezonanța problematicii în discuție, sfera punctelor de vedere antrenată avea să fie mult mai largă decât în mod curent. Astfel, pe lângă instituția Avocatul Poporului, în sensul constituționalității textelor vizate, și-au exprimat opinia Uniunea Națională a Barourilor din România (în calitate de *amicus curiae*) și, la solicitarea acesteia, două instituții de învățământ superior de profil (Facultatea de Drept a Universității București, Facultatea de Drept și Științe Sociale a Universității din Craiova).

Dacă la finalul anului 2014, Curtea se pronunța în sensul neconstituționalității dispozițiilor privitoare la obligativitatea apărării specializate în calea de atac a recursului, referitoare la condiția juridică procesuală a părții – persoană fizică, în anul următor (*Decizia nr. 485 din 23 iunie 2015*²⁶) este tranșată în mod corespunzător și condiția juridică procesuală a părții – persoană juridică, fiind declarate neconstituționale prevederile de text corespunzătoare.

Spre finalul anului 2015, atenția Curții Constituționale este reținută cu alte trei excepții de neconstituționalitate, soluționate cu soluție de admitere. Două dintre acestea vizează aspecte privind căile extraordinare de atac (*Decizia nr. 839 din 8 decembrie 2015*²⁷, referitoare la recurs și la desfășurarea procedurii de filtru fără citarea părților și *Decizia nr. 866 din 10 decembrie 2015*²⁸, referitoare la revizuire și la condiția ca hotărârea supusă revizuirii să fie o hotărâre care a evocat fondul cauzei). Cea de-a treia (*Decizia nr. 895 din 17 decembrie 2015*²⁹) a vizat problematica executării silite și a atribuției de încuviințare a acesteia³⁰.

3.2. Decizii de admitere referitoare la dispoziții ale codului de procedură penală

Anul intrării în vigoare a Noului cod de procedură penală avea să fie unul rezonabil sub aspectul interesului de a semnală neajunsuri de text, utilizând excepția de neconstituționalitate.

Cu fidelitate pentru criteriul cronologic utilizat deja, semnalăm primele decizii de admitere a neconstituționalității unor dispoziții din materia codului: *Decizia nr. 599 din 21 octombrie 2014*³¹, privitoare la imposibilitatea ca magistrații din cadrul unei curți de apel să fie judecați la aceeași instanță; *Decizia nr. 641 din 11 noiembrie 2014*³², privitoare la faptul la cererile și excepțiile formulate de inculpat, cât și cererile și excepțiile invocate din oficiu de către judecătorul de cameră preliminară sunt aduse la cunoștința parchetului, fără a exista

²⁵ A se vedea, Deleanu I. *op. cit.*, p. 58 (autorul comentariului aprecia califica dispoziția criticată ca *excesivă și susceptibilă de a fi considerată un obstacol la dreptul părții de a exercita calea de atac*); pe aceeași linie, a se vedea și Leș I. *op. cit.*, p. 22 (care aprecia dispoziția de text *inoportună și în dezacord cu condițiile socio-economice ale justițiabilului român*, chiar și în considerarea dreptului la ajutor public judiciar).

²⁶ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 13 alin. (2) teza a doua, art.84 alin. (2) și art. 486 alin. (3) din Codul de procedură civilă.

²⁷Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 493 alin. (5)–(7) din Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 69 din 01.02.2016.

²⁸ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 509 alin. (1) pct. 11 și alin. (2) din Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr.69 din 01.02.2016.

²⁹ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 641 și art. 666 din Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr.84 din 04.02.2016.

³⁰ Soluția criticată fiind o amendare a textului inițial din cod, adusă prin Legea de modificare nr. 138 din 2014.

³¹ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 38 alin. (1) lit. f) și art. 341 alin. (5)-(8) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 886 din 05.12.2014.

³² Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 344 alin. (4), art. 345, art. 346 alin. (1) și art. 347 din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 887 din 05.12.2014.

însă obligația instanței de a trimite inculpatului memoriul parchetului sau cererile și excepțiile invocate din oficiu de către instanță; *Decizia nr. 663 din 11 noiembrie 2014*³³ în care se susține că prevederile legale criticate sunt neconstituționale, deoarece procedura în camera preliminară *permite accesul la justiție numai pentru inculpat*; se susține totodată că judecătorul de cameră preliminară, soluționând atât plângerile formulate împotriva actelor și soluțiilor dispuse de procuror, cât și cererile și excepțiile cu privire la rechizitoriu, ar trebui să fie incompatibil cu funcția de judecată pe fond; *Decizia nr. 712 din 4 decembrie 2014*³⁴ care aduce în atenție *măsura controlului judiciar* și regimul juridic al acesteia, fiind criticată lipsa reglementării unui termen rezonabil pentru a putea fi dispusă.

Anul 2015 aduce în atenție o realitate-fenomen. Din perspectiva prerogativelor de soluționare a excepțiilor de neconstituționalitate și dată fiind frecvența recurgerii la intervenția sa, Curtea Constituțională pare asaltată, iar problematica procedurii judiciare, mai ales a celei penale, riscă să constituie un monopol. Soluții normative referitoare la noi instituții de procedură (precum camera preliminară, unele măsuri preventive, acordul de recunoaștere ș.a.), aspecte privitoare la publicitatea și contradictorialitatea judecății penale sau la căile de atac au constituit, pe rând, temeiuri pentru inițierea excepțiilor de neconstituționalitate. Pentru că studiul nostru este tributary unei abordări de tip inventar, nu ne propunem aprecieri critice în această problemă, ne limităm la a semnală aceste soluții, cu punctarea necesară a problematicii criticate.

Astfel, în primele luni ale anului 2015, sunt în atenția Curții:

→ *Decizia nr. 76 din 26 februarie 2015*³⁵, referitoare la rolul Ministerului Public și la imposibilitatea dată de lege acestuia de a-și putea exprima poziția cu privire la probele supuse dezbaterii, participarea la dezbaterile contradictorii a probelor fiind exclusiv rezervată părților.

→ *Decizia nr. 166 din 17 martie 2015*³⁶, referitoare la soluționarea în camera preliminară, fără prezența părților, avocaților, a procurorilor și fără analiza în contradictoriu, ceea ce constituie o încălcare a dreptului la apărare, dar și o limitare a dreptului de acces liber și complet la justiție.

→ *Decizia nr. 235 din 7 aprilie 2015*³⁷, în care se susține că textele criticate ca neconstituționale creează o inegalitate de tratament juridic între inculpat și partea responsabilă civilmente sub aspectul asigurării dreptului de a formula apel împotriva sentinței de admitere sau de respingere a *acordului de recunoaștere a vinovăției*, inegalitate care este nejustificată, în condițiile în care toți acești participanți la procesul penal au aceeași calitate, de părți; se încalcă astfel *egalitatea de șanse și de tratament judiciar a părților, precum și accesul liber la justiție*.

³³ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 339—348 din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 52 din 22.01.2015

³⁴ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 211—217 din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 33 din 15.01.2014.

³⁵ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 374 alin. (7) teza a doua din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 174 din 13.03.2015.

³⁶ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 54, art. 344 alin. (3) și (4), art. 346 alin. (3) și (7), art. 347 și art. 549¹ din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 264 din 21.04.2015.

³⁷ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 484 alin. (2) și ale art. 488 din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 364 din 26.05.2015.

→ *Decizia nr. 361 din 7 mai 2015*³⁸, unde textul criticat privește neprecizarea duratei maxime pentru care se poate dispune măsura arestului la domiciliu, atât în procedura de cameră preliminară, cât și în cursul judecății dispoziție care încalcă *dreptul părților la un proces echitabil, la libertatea individuală, libera circulație, viața intimă, familială și privată, dreptul la învățătură, accesul la cultură și restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți*.

În luna iunie 2015, sunt pronunțate trei decizii de:

→ *Decizia nr. 423 din 9 iunie 2015*³⁹, referitoare soluționarea contestației privind durata procesului penal prin încheiere, în camera de consiliu, fără participarea părților și a procurorului, *încalcă dreptul la apărare al participanților la procesul penal*, obligându-i pe aceștia la o atitudine pasivă, fiind aduse implicit *încălcări ale dreptului la un proces echitabil*.

→ *Decizia nr. 496 din 23 iunie 2015*⁴⁰, prin care se constată că soluția legislativă potrivit căreia judecătorul de cameră preliminară hotărăște „*fără participarea procurorului și a suspectului sau, după caz, a inculpatului*” este neconstituțională.

→ *Decizia nr. 506 din 30 iunie 2015*⁴¹, referitoare tot la judecătorul de cameră preliminară și în care Curtea constată că soluția legislativă potrivit căreia admisibilitatea în principiu a cererii de revizuire se examinează de către instanță „*fără citarea părților*” este neconstituțională.

Luna iulie 2015 este marcată și ea de petiții având ca obiect excepții de neconstituționalitate, deciziile extinzând problematica asupra altor dispoziții din cod:

→ *Decizia nr. 542 din 14 iulie 2015*⁴², în care se aduc critici referitoare la admisibilitatea în principiu a contestației în anulare *fără citarea părților*, fiind încălcate *egalitatea cetățenilor în fața legii și a autorităților publice și dreptul la un proces echitabil*.

→ *Decizia nr. 552 din 16 iulie 2015*⁴³, pune în discuție dispoziția care arată că funcția de verificare a legalității trimiterii sau netrimiterii în judecată nu este compatibilă cu funcția de judecată, Curtea constatând că *exercitarea funcției de verificare a legalității netrimiterii în judecată este compatibilă cu exercitarea funcției de judecată* este neconstituțională.

→ *Decizia nr. 553 din 16 iulie 2015*⁴⁴, care privește lipsa definirii sintagmei „*trafic de stupefiante*”, Curtea declarând neconstituționale dispozițiile criticate.

Alte trei decizii de admitere marchează luna octombrie aceluiași an:

³⁸ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 218—222 și art. 241 alin. (11) lit. a) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr.419 din 12.06.2015.

³⁹ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 4884 alin. (5) din Codul de procedură penală și ale art. 105 din Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale.

⁴⁰ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 335 alin. (4) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr.708 din 22.09.2015.

⁴¹ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 459 alin. (2) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr.539 din 20.07.2015.

⁴² Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 431 alin. (1) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr.707 din 21.09.2015.

⁴³ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 3 alin. (3) teza a doua, art. 342, art. 343, art. 344 alin. (1)-(3), art. 345 alin. (2) și (3), art. 346 alin. (2)—(7), art. 347 alin. (1) și (2) și art. 348 din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr.707 din 21.09.2015.

⁴⁴ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 223 alin. (2) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr.707 din 21.09.2015.

→ *Decizia nr. 591 din 1 octombrie 2015*⁴⁵, care vizează *admisibilitatea cererii de recurs, în camera de consiliu, fără participarea părților și a procurorului*, ceea ce contravine dreptului la acces liber la justiție și dreptului la apărare.

→ *Decizia nr. 631 din 8 octombrie 2015*⁴⁶, prin care se constată că soluția legislativă potrivit căreia numai procurorul și inculpatul pot face contestație cu privire la modul de soluționare a cererilor și a excepțiilor este neconstituțională.

→ *Decizia nr. 733 din 29 octombrie 2015*⁴⁷, care confirmă că, deși se prevede dreptul de a ataca soluția de renunțare la urmărirea penală cu plângere la judecătorul de cameră preliminară, textul de lege criticat nu prevede – în ipoteza admiterii plângerii formulate de persoana față de care s-a dispus netrimiterea în judecată – schimbarea soluției din renunțare la urmărirea penală în clasare. Se adaugă listei, o decizie de admitere pronunțată în luna imediat următoare: *Decizia nr. 740 din 3 noiembrie 2015*⁴⁸, referitoare la durata măsurii arestării și plasează măsura arestului la domiciliu, alături de măsura arestului preventiv.

4. Considerații finale

Studiul de față pleacă de la o realitate constatată, devenită notorie, posibil de probat doar prin ea însăși. Luând în considerare doar componenta cantitativă a problemei supuse spre analiză, abordarea alege să înfățișeze un „bilanț” al criticilor aduse textelor Noilor coduri de procedură, în primii ani de după intrarea lor în vigoare. Privind din punct de vedere statistic, se poate spune că, în virtutea rolului său de a soluționa excepții de neconstituționalitate, Curtea Constituțională s-a confruntat în acești ani, mai ales în cel care tocmai s-a încheiat, cu un mare volum de sesizări referitoare la dispoziții ale Noilor coduri de procedură (preponderent în materie penală), multe dintre acestea soluționate cu soluție de admitere. Foarte probabil, fenomenul semnalat nu este un subiect închis⁴⁹, manifestarea sa în aceeași notă este iminentă.

Data fiind semnificația deosebit de importantă a noilor dispoziții normative, implicarea jurisdicției constituționale în eliminarea neconcordanțelor dintre acestea și textul legii fundamentale, ori dintre acestea și jurisprudența relevantă a instanței de contencios european în materia drepturilor omului, a obligat Curtea la un susținut efort de „armonizare” a textelor, în virtutea calității sale de *legiutor negativ*⁵⁰.

Deși rolul său în această problemă rămâne hotărâtor, trebuie acceptată în context necesitatea antrenării și a altor factori avizați, din mediul juridic și judiciar, pentru anticiparea și semnalarea neajunsurilor firești ale textelor noilor coduri, pentru

⁴⁵ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 440 alin. (1) și (2) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 861 din 19.11.2015.

⁴⁶ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 344 alin. (2) și (3), art. 345 alin. (3), art. 346 alin. (2) și art. 347 alin. (1) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 831 din 6.11.2015.

⁴⁷ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 341 alin. (6) lit. c) și alin. (7) pct. 2 lit. d) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 59 din 27.01.2016.

⁴⁸ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 222 alin. (10) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 927 din 15.12.2015.

⁴⁹ Bilanțul nostru a avut în vedere deciziile Curții Constituționale pronunțate până la 31 decembrie 2015; trebuie arătat însă că, între timp, alte două excepții de neconstituționalitate referitoare la aspecte privind dispozițiile Noului cod de procedură penală au fost admise, soluțiile fiind pronunțate în luna ianuarie 2016.

⁵⁰ Calificare atribuită de Hans Kelsen, *părintele* modelului european de control al constituționalității legilor.

identificarea de remedii posibile și formularea de soluții concrete. Pe această linie se înscrie o inițiativă, care merită și trebuie reținută. Este un demers al Institutului Național al Magistraturii, inițiat în decembrie 2014, care, sub egida Consiliului Superior al Magistraturii, are ca obiectiv analiza impactului noilor coduri asupra activității instanțelor și parchetelor. Grupul de lucru desemnat să realizeze această analiză a elaborat deja un raport⁵¹ în acest sens. Însușindu-și recomandările formulate, una dintre acestea fiind tocmai *reevaluarea unor instituții cu caracter de noutate introduse de noile coduri în materie penală și civilă, din perspectiva respectării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului și a concordanței acestora cu Constituția României, în lumina practicii recente a instanței de contencios constituțional*, Consiliul Superior al Magistraturii a lansat la începutul acestui an o invitație la implicare din partea mai multor entități⁵².

Trebuie spus în final că, modificarea unei norme juridice este posibilă, fiind permisă sau scuzabilă, dacă rațiunea modificării este îmbunătățirea sau perfecționarea ei. Este însă imposibil de ignorat un efect inerent pe care îl generează intervențiile succesive asupra actelor normative, mai ales în cazul celor supuse analizei de față. Pentru că *nemo censetur ignorare legem*, efortul cotidian de consultare și asimilare a soluțiilor legislative modificatoare se adaugă valului normativ inflaționist, dominantă incontestabilă a ordinii juridice românești actuale. În atare condiții, teoreticianul, practicianul, justițiabilul stau sub semnul unei permanente incertitudini, iar previzibilitatea legii, atât de promovată la nivel de discurs, riscă să rămână fără conținut. Același lucru se poate întâmpla și cu rigoarea terminologică a *excepției* de neconstituționalitate; nu doar din punct de vedere al criteriului numeric, ci și ca frecvență în utilizare⁵³, caracterul său *exceptional* va putea obliga în curând la o necesară reconsiderare.

Rămâne așadar legiuitorului să înțeleagă nivelul firesc de mare responsabilitate socială pe care îl implică actul legiferării. Reforma normativă este indiscutabil un proces complex, chiar dificil de realizat. Însă, privită cu realism, cu entuziasm moderat, cu consecvență, după ani de consultări și dezbateri, trebuie să poată statornici și oferi justiției românești și cetățeanului său o procedură de judecată clară, rapidă, previzibilă.

Din păcate, guvernantul român este acomodat cu schimbarea, cu lipsa de fermitate și rigoare, chiar cu probabilitatea facilă de a modifica, inclusiv norme juridice, iar aceasta nu poate fi primită ca o notă pozitivă a realității juridice. Dimpotrivă, un plus de atenție se impune astăzi pentru ca *modificarea legii* – dacă nu a devenit deja – să nu devină în curând *mai predictibilă decât legea însăși*.

⁵¹ Raportul poate fi consultat online – adresa www.csm1909.ro

⁵² Invitația a fost adresată facultăților de drept din țară, Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române, precum și a altor personalități de prestigiu în materie – extras din *Minuta întâlnirii cu reprezentanții facultăților de drept prezenți la întâlnirea consultativă desfășurată la sediul INM în data de 19.02.2016*, comunicată prin e-mail celor prezenți, la data de 29 februarie 2016.

⁵³ Două sau mai multe excepții de neconstituționalitate la nivelul aceleiași luni, chiar de la o zi la alta.

INTERPRETAREA NORMEI JURIDICE ÎN VIZIUNEA NOILOR CODURI DIN ROMÂNIA

Iosif FRIEDMANN – NICOLESCU*

Abstract:

The interpretation of the legal rule in new codes between tradition and Europeanization. A new view on the interpretation of the legal rule.

Keywords: *New codes. Tradition and modernity. The interpretation of the legal rule. Globalization of the legal meanings of the norm*

Rezumat:

Interpretarea normei juridice în noile coduri, între tradiție și europenizarea dreptului național. O nouă viziune asupra interpretării normei juridice.

Cuvinte-cheie: *noile coduri, tradiție și modernitate, interpretarea normei juridice, globalizarea și semnificațiile normei juridice*

PROLEGOMENE

– Contextul aplicării codurilor –

Astăzi folosim încă sintagma „noile coduri” cu toate că multe texte au fost analizate din unghiul constituționalității de către Curtea Constituțională a României, iar alte texte legale au creat deja „o practică constantă” în anumite domenii.

Codurile – Civil, de Procedură civilă, Penal și de Procedură penală – se impun a fi analizate și din perspectiva Teoriei generale a Dreptului, din sfera interpretării normei juridice în procesul de aplicare a LEGII.

Codurile intrate în vigoare – succesiv, în anul 2011, apoi în 2013 și ultimile în 2014 – se impun a fi evaluate în raport de tradiția dreptului românesc, în această etapă de modernitate europenizatoare, în contextul globalizator al sensurilor normei juridice, fenomen caracterizat și ca necesitate a sistematizării dreptului, a raționalizării actelor normative, dar și a armonizării normative¹.

Evoluția Dreptului în contextul vieții sociale contemporane, face ca unele din normele juridice intrate în vigoare în perioada anilor 2011-2014 să nu mai fie consonante astăzi, în anul 2016, cu evoluția conținutului unor instituții juridice.

Sfârșitul anului 2015 și începutul anului 2016, au produs schimbări nemaintâlnite în abordarea unor instituții juridice, din punct de vedere conceptual, dar și al unei noi viziuni, determinate la acest moment de mutații masive de persoane prin imigrări forțate, care aduc

* Doctor în științe juridice, Cercetător științific asociat la Institutul de cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române – Departamentul de Drept public „Vintilă DONGOROZ”; Membru al Consiliului director al Societății Române de Criminologie și Criminalistică; Cercetător științific asociat la Centrul de Studii și Cercetări Juridice și Socio-administrative al Universității Petrol-Gaze din Ploiești; Avocat și Consilier al Consiliului Baroului București. E-mail: jfn_avocat@yahoo.com

¹ Mircea Dușu, *Noul Cod civil român: recodificare, reformă, progres juridic*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 14.

o nouă „față” dreptului. Câteva zeci de milioane de persoane, provenind din alte *bazine de cultură juridică* decât cultura juridică tradițională a Europei, marchează la acest moment dreptul, cât și legislațiile naționale, cu consecințe greu de evaluat, deoarece sisteme juridice aparent cu valori ireductibil opuse, vor trebui să conviețuiască.

Cultura juridică a Europei este și ea divizată prin apariția unei noi sintagme, anume Dreptul comunitar, „care desemnează normele juridice cuprinse în prevederile Comunității Europene și celelalte acte fundamentale (legislația primară), care reglementează diferite domenii ale statelor membre ale Comunității Europene (economic, politic, militar, monetar, social etc.).”²,

Etnologia juridică și antropologia juridică din spațiul Europei contemporane și din perimetrul DacoRomânesc, în mod cert vor consemna în istoria Dreptului și a evoluției sistemelor constituționale tendințele centrifuge ale unei legislații codificate care îngemănează elemente de cultură juridică aflate într-o diversitate și multiculturalitate neîntâlnită în epocile anterioare.

Multiculturalitate și multilingvismul, au în acest moment un numitor comun: globalizarea³. Aceasta se află sub *impactul mondializării*⁴, noțiune folosită pentru a sublinia linia ascendentă a dreptului. Astăzi, Dreptul acționează într-o globalizare unificatoare, cu tendințe de mondializare a dreptului și a instituțiilor juridice.

În acest context complex, interpretarea normei juridice în amplul proces de aplicare a legii, are un rol primordial, din care se impune a fi amintită crearea unei gândiri juridice coerente și compatibile cu fenomenul globalizării.

Plecând de la aceste considerațiuni, se impune o analiză a interpretării normei juridice în viziunea codurilor actuale din România.

Monumentalul Cod civil Alexandru Ioan Cuza a intrat în vigoare de la 1 Decembrie 1865; ulterior monumentul de cultură juridică națională, Codul comercial Carol I în vigoare de la 9 Mai 1887, urmate de Codurile penal și de Procedură penală din Deceniul 7 al Veacului XX, coduri care au trecut prin „*furcile caudine*” ale Curții Constituționale înființate în anul 1992, mult mai ușor, decât „noile coduri”, astăzi unii autori vorbesc de „*exercitarea abuzului de drept în dreptul constituțional*”⁵, opinie pe care nu o împărtășim în întregime. Existând și un alt fel de abuz, contrar principiilor Statului de Drept, anume eludarea principiilor democratice de legiferare prin Parlament, prin „delegare legislativă” situație în care Guvernul adoptă Ordonanțe de Guvern și Ordonanțe de Urgență de Guvern⁶.

România juridică a anului 2016 are numeroase probleme determinate de necorelarea sistemului de organizare judiciară cu necesitățile de ordin practic ale societății românești, în lipsa unor principii clar afirmate ale rolului și locului sistemului judiciar.

² Emilian Ciongaru, *Drept Civil, Teoria Generală, conform Noului Cod Civil*, ed. Universitaria, Craiova, 2013, p. 3.

³ Emilian Ciongaru, *Despre fenomenul globalizării legilor*, pe larg în „The juridical transplant in context of globalization”, în volumul Conferinței internaționale: Probleme actuale de Teoria Dreptului și Drept comparat, Ed. Cordial Lex, Cluj Napoca, 2012, p. 53 și urm.

⁴ Mircea Duțu, *Dreptul: între ipostaze teoretice și avatarele mondializării*, Ed. Academiei Române și ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 44.

⁵ Emilian Ciongaru, *Exercitarea abuzului de drept în Dreptul constituțional*, în lucrarea colectivă „Constituția și societatea contemporană” (coordonator Mihai APOSTOLACHE), ed. Universitară, București, 2014, p. 319

⁶ Mihai Cristian Apostolache, *Critici de neconstituționalitate asupra ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2014 pentru reglementarea unor măsuri în domeniul administrației publice locale*, (în volumul: Constituția și Societatea contemporană), Ed. Universitară, București, 2014, p. 327.

Neîncrederea în sistemul judiciar național – deopotrivă a cetățeanului simplu, dar și a profesioniștilor dreptului – este determinată de existența unei practici neunitare în toate materiile, astfel că într-un stat național unitar, avem o practică „locală” sau „personală”, ceea ce conduce la erodarea încrederii în Statul de Drept.

Un alt aspect, care chiar dacă nu are caracter „științific” se impune a fi amintit, existența unei „Justiții paralele”, anume: „Justiția televizată”. Acest gen de „Justiție pe sticlă” vulgarizează dreptul, sistemul judiciar și științele juridice, corelativ cu determinarea schimbării mentalităților și percepțiilor asupra Dreptului de către cetățenii Statului de Drept.

Filosofia „noilor coduri” a accentuat deficiențele sistemului judiciar român aplicate pe o „infrastructură administrativă neadaptată”, fără a exista un studiu de impact. Astfel că „noile coduri” sunt și în prezent un experiment pe seama justițiabililor, cu scuza ministerului de resort privind „lipsa de fonduri” și a faptului că din nou „am fost luați pe nepregătite”.

Subliniem că „noile coduri” au abordări moderne cu privire la unele instituții clasice ale dreptului național, ceea ce reflectă tendința de reconfigurarea prin reactualizarea unor concepte și concepții clasice⁷.

Nu este mai puțin adevărat că în contextul globalizării/mondializării apar noi relații sociale, „fără frontiere” care în urmă cu numai un sfert de secol erau greu de imaginat, ca de exemplu infracțiunile transfrontaliere sau cele determinate de circulația liberă a persoanelor, serviciilor și capitalului. În contextul dezvoltării comunicării între persoane în timp real, indiferent de punctul de pe globul pământesc unde s-ar afla.

Pe plan național, au apărut pentru unele infracțiuni, reglementări adaptate realităților și totodată unui nou mod de reprimare (pe larg asupra unei infracțiuni economice contemporane⁸) care necesită o abordare concordantă în noua codificare. Acesta fiind numai un singur exemplu, dintr-o enumerare care ne conduce la o succesiune de noi și noi infracțiuni, ori la analiza vechilor infracțiuni, dar cu un conținut nou.

1. Norma juridică interpretativă și noua codificare

Exprimăm opinia că: *„Interpretarea normei juridice este un proces amplu rațional logic, care explică sensul normei juridice, printr-o analiză teoretică a unui text sau al unui sistem de texte în raport de o situație de fapt sau de o suită de situații de fapt, prin care se urmărește punerea în concordanță a voinței legiuitorului cu realitatea, atunci când norma juridică nu este suficient de clară sau precisă”*.

În cele ce succed vom evoca câteva norme juridice interpretative în contextul codificării actuale a legislației din România.

Evident, interpretarea normei juridice se supune unor reguli primordiale, determinate de Constituția României.

Astfel, cu caracter de principiu, Constituția României stabilește rigorile de natură constituțională care se aplică obligatoriu cu ocazia interpretării normei juridice în procesul de aplicare al legii.

Interpretarea normei juridice, prin norme juridice interpretative, reprezintă *interpretarea legislativă*, care este făcută de legiuitor.

⁷ Rodica Burdușel (coordonator științific), Danny-Gabriel BÂRDAN-RAINE, *Aspecte noi privind minoritatea în viitorul Cod penal*, Revista ProExcelsior nr. 1/2009, București, p. 19.

⁸ Danny-Gabriel Bârdan-Raine, *Evaziunea fiscală. Studiu de legislație, doctrină și jurisprudență*, Ed. Printech, București, 2011.

⁹ Susținută și în teza noastră de doctorat (în anul 2003) I. F – N.

Legiutorul poate adopta o lege interpretativă, care să clarifice o normă anterioară neclară și totodată să stabilească *infra*lege norme cu caracter interpretativ. Această ultimă categorie, face obiectul analizei noastre în prezentul eseu științific.

Normele legale cu caracter interpretativ sunt obligatorii în cadrul aplicării legii.

Titlul preliminar¹⁰ din Codul civil¹¹ stabilește cu titlu de principiu modalitatea de interpretare a normei juridice civile în procesul de aplicare al legii civile.

Reglementarea este importantă, deoarece determină regulile generale de aplicare a legii civile, exprimate în mod clar pentru a risipi orice confuzie, pe de o parte, iar pe de altă parte, în vederea unei interpretări unitare a Legii.

Pe un tipar asemănător, este și Codul de procedură civilă¹² care stabilește în mod precis principiile care se aplică pe tărâm procesual¹³, indiferent de materie, astfel ca și acest domeniu să avem o reglementare unitară și coerentă.

Aceleași reglementări interpretative le regăsim și în legislația penală actuală a României (Codul penal¹⁴ și Codul de procedură penală¹⁵), astfel că și în această materie sunt premise de aplicare unitară a legii în cadrul interpretării normei juridice, determinare ce trebuie făcută cu ocazia aplicării normei juridice.

Revenind la interpretarea normei juridice, ulterior controlului de constituționalitate al acesteia, se impune a se preciza că aplicarea normei juridice își încetează efectele pentru viitor.

Exprimăm o opinie, anume chiar dacă există principiul neretroactivității legii stabilit în art. 15 alin. 2 din Constituția României, după înlăturarea textului neconstituțional, pentru a nu determina apariția unor posibile discriminări, Statul trebuie să găsească mijloace de reparație a prejudiciilor suferite ca urmare a efectelor neconstituționale a unei norme juridice.

Răspunderea Statului față de cetățenii trebuie să reprezintă o modalitate de responsabilizare a activității legislative.

Norma juridică interpretativă este importantă, deoarece stabilește în mod unitar interpretarea legii în cadrul aplicării.

Această primă evaluare a codurilor intrate în vigoare în perioada 2011-2014 este importantă în perspectiva eficientizării aplicării legii și printr-o interpretare unică la nivel național, ceea ce trebuie să se constituie într-o practică unitară a instanțelor judecătorești.

În loc de concluzii

Evaluarea codurilor din perspectiva interpretării unitare a Legii, are o finalitate de ordin practic, anume de aplicare unitară a normei juridice.

Aceasta este și una dintre cerințele MCV-ului¹⁶ și reprezintă un criteriu de evaluare a Statului de Drept în România contemporană.

¹⁰ Art. 1 la art. 24 din Codul civil.

¹¹ În vigoare de la 1 Octombrie 2011.

¹² În vigoare de la 15 Februarie 2013.

¹³ Art. 1 la art. 28 din Codul de procedură civilă.

¹⁴ În vigoare de la 29 Ianurie 2014.

¹⁵ În vigoare de la 29 Ianuarie 2014.

¹⁶ Mecanismul de Control și Verificare.

APLICAREA PRIORITARĂ A TRATATELOR INTERNAȚIONALE PRIVIND DREPTURILE OMULUI ȘI A TRATATELOR COMUNITARE ALE UNIUNII EUROPENE ȘI CELELALTE REGLEMENTĂRI COMUNITARE OBLIGATORII ÎN MATERIILE REGLEMENTATE DE NOUL COD CIVIL – ASPECTE SELECTIVE¹

Nicolae PAVEL*

Abstract:

What we consider relevant to highlight this study is applying the two general principles of the code concerning the application priority of international treaties on human rights and the Community treaties of the European Union and other obligatory community regulations in matters governed by the new Civil Code. The subject of scientific endeavor will be circumscribed scientific analysis of its parts, as follows: 1. Preamble. 2 Identifying priority constitutional regulations on the application of international treaties on human rights and the constituent treaties of the European Union and other obligatory community regulations in Romanian constitutional system and comparative law. 3. Identification of regulations included in the new Civil Code, the application priority of international treaties on human rights and the constituent treaties of the European Union and other obligatory Community rules. 4. Highlights doctrinal priority on the application of international treaties on human rights and the constituent treaties of the European Union and other obligatory Community rules. 5. Reflecting the new Civil Code provisions in the Constitutional Court decisions. 6. Conclusions.

Keywords: new Civil Code, Romanian constitutional system, comparative law, international treaties, the European Union treaties, highlights doctrinal constitutional court decisions

Rezumat:

Ceea ce considerăm relevant pentru a evidenția prezentului studiu este aplicarea celor două principii generale ale codului referitoare la aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor comunitare ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii în materiile reglementate de noul Cod civil. Subiectul demersului științific va fi circumscriș analizei științifice a părților sale, după cum urmează: 1. Preambul. 2. Identificarea reglementărilor constituționale privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii în sistemul constituțional român și în dreptul comparat. 3. Identificarea reglementărilor cuprinse în noul Cod civil, privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celorlalte reglementări comunitare obligatorii. 4. Repere doctrinare privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile

¹ Noul Cod de procedură civilă, a fost republicat în M. Of. nr. 247, din 10 aprilie 2015.

* Conf. univ. dr., Drept constituțional și instituții politice, Facultatea de drept și administrație publică, București, a Universității Spiru Haret, București, Cercetător asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române. E-mail address: nicolaepavel0@yahoo.com

omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celorlalte reglementări comunitare obligatorii. 5. Reflectarea dispozițiilor noului Cod civil în Deciziile Curții Constituționale. 6. Concluzii.

Cuvinte-cheie: noul Cod civil, sistemul constituțional român, drept comparat, tratate internaționale, tratatele Uniunii Europene, repere doctrinare, decizii Curtea constituțională

1. Preambul

1.1. Așa cum rezultă din cercetarea bibliografică efectuată, cele mai vechi codificări ale legilor se întorc în timp la codicatorii documentelor mesopotamice din jurul anului 2370 î.e.n. Pornind de la această precizare, și, parafrazându-l pe K. M. Baye² putem afirma că: „Istoria codificării legilor se confundă cu istoria oamenilor”.

Având în vedere această precizare, pentru partea de debut a acestui studiu ne vom limita la primele două codificări care în doctrină sunt considerate cele mai vechi legi ale omenirii, respectiv cele promulgate în Mesopotamia și Babilon, care au ca obiect de reglementare și probleme de drept civil.

1.2. Referitor la cele dintâi legi în doctrină este exprimată următoarea opinie: „După cunoștințele de până acum, cele mai vechi legi ale omenirii au fost promulgate în Mesopotamia. Orașele-state dintre Tigru și Eufrat se mândresc a fi patria celor dintâi codificări. Trebuie precizat, însă, că acestea nu sunt coduri care să fixeze asemenea celor moderne un ansamblu de reguli privind o anumită ramură sau domeniu de drept, ci colecții de dispoziții juridice referitoare la problemele sociale cel mai importante care necesitau o soluționare promptă și corespunzătoare”.³

Textul acestor codificări a fost redactat pe tăblițe de argilă, și, „O parte din articole se ocupă de probleme de drept civil: ocrotirea proprietății oamenilor liberi (așa zișii *muşkenu*, care însă nu se bucurau de toate drepturile), fixarea unor prețuri maximale la diferite produse, precizarea formelor de arendă, contractele de împrumut etc.”.⁴

1.3. În abordare diacronică, un alt document menționat pentru acest studiu este *Codul babilonian* sau *Codul lui Hammurapi*.⁵

Hammurapi a fost rege al Babilonului în perioada 1792-1750 î.e.n. Acest Cod este un cod săpat în piatră, și, a fost descoperit în anii 1901 și 1902 de o expediție științifică franceză.

Primul editor al codului „a împărțit textul în 282 de articole, având în vedere atât cuprinsul material al legii, cât și unele exigențe ale tehnicii juridice moderne”.⁶

Din cele 282 de articole ale codului, grupate după criteriul conținutului reglementării „vom selecta numai pe acelea care au ca obiect de codificare probleme de drept civil: dreptul de proprietate asupra grădinilor, cu care ocazie se ocupă și de drepturile pe care creditorul le poate avea cu privire la roadele livezii debitorului său, ocrotirea proprietarilor funciar împotriva pagubelor aduse de animalele din cireada altuia, precizarea poziției juridice a

² Baye K. M., *Les droits de l'homme en Afrique*, Manuel UNESCO, Ed. A. Pedone, Paris, 2002, p. 651.

³ Hanga V., *Mari legiuitori ai lumii*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1997, p. 21.

⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁵ *Ibidem*, p. 27 și urm.

⁶ *Ibidem*, p. 33.

arendașilor funciari, drepturile creditorului asupra fructelor de pe ogorul ce i-a fost dat în gaj, reglementarea contractului de depozit și de împrumut.”⁷

Referitor la conținutul codului, se face următoarea precizare: „Din întreaga economie a codului, cât și din cuprinsul prologului și epilogului, rezultă că legiuitorul nu a intenționat să reglementeze toate instituțiile juridice, ci numai pe cele mai importante, lăsând practicii judiciare sarcina de a soluționa spețele neprevăzute sau reglementate parțial de cod”.⁸

1.4. Obiectul de studiu al demersului științific va fi *circumscripționat analizei științifice a celor patru mari părți ale acestuia respectiv*: a) Identificarea reglementărilor constituționale privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii în sistemul constituțional român și în dreptul comparat. b) Identificarea reglementărilor cuprinse în noul Cod civil, privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii. c) Identificarea reglementărilor cuprinse în noul Cod civil, privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii. d) Repere doctrinare privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii. e) Reflectarea dispozițiilor noului Cod civil în Deciziile Curții Constituționale.

1.5. În opinia noastră, domeniului studiat este important pentru doctrina din domeniul dreptului constituțional și civil în materie, precum și pentru practicieni în domeniul dreptului, deoarece prin acest demers științific, ne propunem să abordăm selectiv o reflectare complexă și completă, dar nu exhaustivă a sferei actuale privind *aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și aplicarea prioritară a dreptului Uniunii Europene* în materiile reglementate de noul Cod civil.

1.6. Chiar dacă abordarea aplicării prioritare a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a dreptului Uniunii Europene în sistemul constituțional român și al dreptului civil, precum și în dreptul comparat există în doctrină, interesul teoretic pentru reluarea ei este determinat de faptul că în literatura de specialitate deja existentă nu totdeauna sa acordat o atenție suficientă unor aspecte normative, teoretice și jurisprudențiale privind acest subiect.

2. Identificarea reglementărilor constituționale privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii în sistemul constituțional român și în dreptul comparat

2.1. Identificarea reglementărilor constituționale privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii în sistemul constituțional român

⁷ *Ibidem*, p. 31-32.

⁸ *Ibidem*, p. 32.

2.1.1. Din analiza sistematică a conținutului normativ al *Statutul dezvoltător al Convenției din 7/9 August 1858*⁹ care după opinia noastră, în temeiul art. XVII poate fi considerat o Constituție, *nu conține nicio dispoziție privind forța juridică a convențiilor încheiate* de Domn, ca șef al statului.

De asemenea, din analiza sistematică a conținutului normativ al constituțiilor române, începând cu Constituția din 1866 până la Constituția Republicii Socialiste România din 1996¹⁰, cu modificările ulterioare, rezultă că acestea stabilesc sub formulări asemănătoare, că tratatele, convențiile și alte acorduri internaționale *pentru a dobândi forță juridică obligatorie* în Statul român trebuie aprobate sau ratificate de Parlament, *fără a stabili nicio prioritate a aplicării acestora*, în domeniul drepturilor omului.

2.1.2. Constituția României din anul 1991¹¹ păstrează tradiția constituțiilor române menționate mai sus, în conținutul normativ al art. 11 având denumirea marginală *Dreptul internațional și dreptul intern*, care potrivit alin. (2) stabilește următorul principiu constituțional: „*Tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern*”.

Mai mult, aceeași constituție, în conținutul normativ al art. 20 având sintetizarea marginală *Tratatele internaționale privind drepturile omului*, care potrivit alin. (2) al acestuia este consacrat principiul *priorității reglementărilor internaționale, fără a stabili nicio excepție*, sub următoarea formular: „*Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale*”.

2.1.3. În materia obiectului de studiu, al subparagrafului vom analiza conținutul normativ al art. 11, art. 20 și art. 148 din *Constituția României revizuită în anul 2003, forma republicată a Constituției României din anul 1991*¹²

2.1.3.1. Din analiza conținutului normativ al art. 11, având denumirea marginală *Dreptul internațional și dreptul intern*, rezultă că acesta stabilește următoarele principii constituționale referitoare la *raportul dintre dreptul internațional și dreptul intern* sub următoarele formulări: a) art. 11 alin. (2) stabilește principiul general „*Tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern*” și, b) art. 11 alin. (3) stabilește principiul excepție „*În cazul în care un tratat la care România urmează să devină parte cuprinde dispoziții contrare Constituției, ratificarea lui poate avea loc numai după revizuirea Constituției*”.

2.1.3.2. Referitor la conținutul normativ al art. 20 având sintetizarea marginală *Tratatele internaționale privind drepturile omului*, menționăm că acesta stabilește o corelație cu prevederile art. art. 11 alin. (2), menționat mai sus, cu privire la *raportul dintre dreptul intern și dreptul internațional*. Din această perspectivă, art. 20 alin. alin. (1) *consacră principiul fundamental* referitor la *interpretarea și aplicarea dispozițiilor constituționale*

⁹ Muraru I., Iancu G., *Constituțiile române, Texte, Note. Prezentare comparativă*, Ed. Actami, București, 2000, p. 7-27.

¹⁰ *Ibidem*, p. 29-199.

¹¹ Constituția României din anul 1991, a fost publicată în M. Of. nr. 223 din 21 martie 1991.

¹² A fost publicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003, este forma republicată a Constituției României din 1991, cu actualizarea denumirilor și renumerotarea articolelor, revizuită prin Legea nr. 429/2003, aprobată prin referendumul național din 18-19 octombrie 2003, confirmată prin Hotărârea Curții Constituționale nr. 3 din 22 octombrie 2003.

privind drepturile și libertăților cetățenilor, în concordanță cu *Declarația universală a drepturilor omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte*.

Tot sub acest aspect, în cuprinsul art. 20 alin. (2) este stabilit principiul constituțional al *priorității reglementărilor internaționale*, introducând *excepția cazului în care Constituția și legile interne conțin dispoziții mai favorabile*, având următoarea formulare: „*Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile*”.

2.1.3.3. Cu privire la conținutul normativ al art. 148 având sintetizarea marginală *Integrarea în Uniunea Europeană*, facem următoarele precizări:

a) În cuprinsul alin. (2) este stabilit principiul constituțional al *priorității dreptului comunitar, față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea actului de aderare*.

Această reglementare *sui generis*, are următoarea formulare constituțională: „*Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare*”.

b) În conținutul normativ al alin. (3) este reglementată *situația aderării la actele de revizuire a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene*, având următoarea formulare constituțională: „*Prevederile alineatelor (1) și (2) se aplică, în mod corespunzător, și pentru aderarea la actele de revizuire a tratatelor constitutive ale uniunii Europene*”.

2.1.4. Putem afirma fără să greșim că legea fundamentală a României din anul 2003, conține cea mai largă paletă de reglementări, privind raporturile dintre dreptul intern și dreptul internațional.

2.1.5. În finalul subparagrafului, menționăm și prevederile *Proiectului de Lege privind revizuirea Constituției României*, din anul 2003¹³, privind reformularea alin. (2) al art. 148 care are următorul cuprins: „*România asigură respectarea, în cadrul ordinii juridice naționale, a dreptului Uniunii Europene, conform obligațiilor asumate prin actul de aderare și prin celelalte tratate semnate în cadrul Uniunii*”.

2.2. Identificarea reglementărilor constituționale privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii în dreptul comparat

2.2.1. *Constituția Republicii Franceze „Textul integral al Constituției din 4 octombrie 1958 în vigoare la data revizuirii constituționale din 23 iulie 2008”*¹⁴, după opinia noastră, conține cele mai recente revizuri.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că în cuprinsul art. 55 al Titlului VI având sintetizarea textului *Tratatelor și acordurile internaționale*, este stabilit *principiul constituțional al autorității superioare a tratatelor sau acordurilor ratificate sau aprobate conform legilor*, sub următoarea formulare: „*Tratatelor sau acordurile legal*

¹³ A fost publicat în M. Of. nr. 100 din 10 februarie 2014.

¹⁴ www.conseil-constitutionnel.fr/constitution (Traducere autor).

ratificate sau aprobate au, încă de la publicare, o autoritate superioară celei a legilor, sub rezerva, pentru fiecare acord sau tratat, aplicării de către cealaltă parte”.

2.2.2. *Constituția Belgiei, „Textul Constituției Belgiei din 17 februarie 1994, completată cu revizuirile constituționale până la data 12 martie 2014”¹⁵*, după opinia noastră, conține cele mai recente revizuiuri. Mai mult, Constituția Belgiei din 1831 a constituit un izvor de inspirație pentru Constituția română din anul 1866.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției rezultă că Titlul IV stabilește principiile constituționale privind *relațiile internaționale ale Belgiei*.

În domeniul *relațiilor internaționale*, prevederile art. 167 alin. (1) teza 1 din Constituție, stabilesc exercitarea duală a următoarelor atribuții de către Rege, Comunități și Regiuni: *„Regele conduce relațiile internaționale, fără a aduce atingere competenței Comunităților și Regiunilor, de a reglementa cooperarea internațională, inclusiv încheierea de tratate cu privire la domenii care sunt de competența acestora, în conformitate cu sau în baza prevederilor Constituției”.*

În cuprinsul art. 77 alin. (1) pct. 7 din Constituție, sunt reglementate următoarele principii referitoare la *garantarea respectării obligațiilor internaționale sau supranaționale* sub următoarele formulări: *„Camera Reprezentanților și Senatul au competențe egale pentru: „legile adoptate în temeiul art. 169 pentru a garanta respectarea obligațiilor internaționale sau supranaționale”*

O reglementare separată este consacrată oricărei revizuiuri a *tratatelor fondatoare ale Comunităților Europene și a actelor de modificare sau completare a acestora*, având următoarea formulare în conținutul normativ al art. 168 din Constituția Belgiei: *„La deschiderea negocierilor referitoare la orice revizuire a tratatelor de înstituire a Comunităților Europene și tratatele și actele de modificare sau completare a acestora, Camerele sunt informate. Ele iau cunoștință de proiectul de tratat, înainte de semnarea acestuia”.*

După opinia noastră, *tratatele ratificate de Parlamentul Belgiei fac parte din dreptul intern*.

2.2.3. *Constituția Republicii Bulgaria¹⁶* din anul 1991, completată cu revizuirile constituționale din anii 2003, 2005 și 2006 și 2007, după opinia noastră conține cele mai recente revizuiuri.

În domeniul de studiu al subparagrafului, menționăm următoarele două principii fundamentale stabilite în conținutul normativ al art. 5 alin. (4) din Constituție: a) *Tratatele internaționale ratificate în conformitate cu procedura constituțională, publicate și care au intrat în vigoare cu privire la Republica Bulgaria, fac parte din dreptul intern*. b) *Acestea au prioritate în fața oricărei dispoziții contrare din legile interne*.

Din exprimarea generică a principiilor menționate, rezultă că în categoria *tratatelor internaționale* sunt incluse și *tratatele internaționale privind drepturile omului*.

De asemenea, după opinia noastră, în categoria *tratatelor internaționale* sunt incluse și *tratatele constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii*, având în vedere prevederile art. 4 alin. (3) din legea fundamentală care precizează că: *„Republica Bulgaria participă la construcția și dezvoltarea Uniunii Europene”.*

¹⁵ http://www.senate.be/doc/const_fr.html (Traducere autor).

¹⁶ <https://constitutii.wordpress.com/2013/02/08/constitutia-republicii-bulgaria/>.

3. Identificarea reglementărilor cuprinse în noul Cod Civil, privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii

3.1. Având în vedere explicațiile formulate la subparagrafele 2.1.3.1. și 2.1.3.2. vom analiza *reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 11 alin. (2), art. 20 alin. (1) și art. 20 alin. (2) din *Constituția României revizuită în anul 2003, forma republicată a Constituției României din anul 1991*, menționate mai sus, în *principiile generale* stabilite de art. 4 al noului Cod civil¹⁷ având sintetizarea marginală *Aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului*, care după opinia noastră, este un principiu nou adăugat principiilor generale ale codului.

3.1.1. *Reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 11 alin. (2) și art. 20 alin. (1) din Constituție în *principiul general* stabilit de art. 4 alin. (1) al noului Cod civil, care are următoarea formulare: „În materiile reglementate de prezentul cod, dispozițiile privind drepturile și libertățile persoanelor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Constituția, Declarația universală a drepturilor omului, pactele și celelalte tratate la care România este parte”, cu următoarele explicații:

a) Menționarea *Constituției* poate fi motivată de *principiul constituțional* stabilit de art. 1 alin. (5) din Constituție, potrivit căruia: „În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”.

b) Celelalte *documente internaționale în domeniul drepturilor omului*, sunt preluate din conținutul normativ al art. 20 alin. (1), teza finală din Constituție.

3.1.2. *Reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 20 alin. (2) din Constituție în *principiul general* stabilit de art. 4 alin. (2) al noului Cod civil, care are următoarea formulare: „Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și prezentul cod, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care prezentul cod conține dispoziții mai favorabile”.

a) Menționăm, preluarea integrală a conținutului normativ al art. 20 alin. (2) din Constituție, cu nominalizarea *prezentului cod civil*, ca lege internă.

3.2. Având în vedere explicațiile formulate la subparagraful 2.1.3.3. vom analiza *reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 148 alin. (2) și art. 148 alin. (3) din *Constituția României revizuită în anul 2003, forma republicată a Constituției României din anul 1991*, menționate mai sus, în *principiile generale* stabilite de art. 5 al noului Cod civil având sintetizarea marginală *Aplicarea prioritară a dreptului Uniunii Europene*, care după opinia noastră, este un principiu nou adăugat principiilor generale ale codului.

3.2.1. *Reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 148 alin. (2) și art. 148 alin. (3) din Constituție în *principiul general* stabilit de art. 5 al noului Cod civil, care are următoarea formulare: „În materiile reglementate de prezentul cod, normele dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau statutul părților”.

¹⁷ Noul Cod civil, Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, a fost republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, și, a intrat în vigoare la 1 octombrie 2011.

a) Explicații privind conținutul sintagmei *dreptul Uniunii Europene*¹⁸, așa cum rezultă de pe Site-ul oficial al Uniunii Europene: 1. *Tratatul fondatoare* care au instituit Uniunea Europeană, și, care după opinia noastră includ și actele de revizuire ale acestor tratate. 2. *Regulamentele, directivele și deciziile UE*, care au efect direct sau indirect asupra statelor membre. 3. Jurisprudența UE este formată din *hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene, care interpretează legislația UE*.

b) Referitor la conținutul sintagmei *calitatea sau statutul părților*, precizăm că aceste noțiuni sunt definite de noul Cod de procedură civilă.

c) Sintagma *normele dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar*, după opinia noastră, este un principiu stabilit de Declarația nr. 17 cu privire la supremație, anexată la *Actul final al Conferinței interguvernamentale care a adoptat Tratatul de la Lisabona*¹⁹, semnat la 31 decembrie 2007 și, care are următorul conținut: „*Conferința reamintește că, în conformitate cu jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene, tratatele și legislația adoptată de Uniune pe baza tratatelor au prioritate în raport cu dreptul statelor membre, în condițiile prevăzute de jurisprudența menționată anterior*”.

4. Repere doctrinare privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celorlalte reglementări comunitare obligatorii

4.1. Repere doctrinare române din domeniul dreptului constituțional

4.1.1. Din doctrina constituțională română, referitor la tematica paragrafului menționăm următoarele opinii:

4.1.1.1. a) Articolul 20 cuprinde două reguli care privesc de fapt transpunerea în practică a dispozițiilor constituționale privind drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale.²⁰

Prima regulă stabilește că interpretarea și aplicarea drepturilor și libertăților cetățenești se fac în concordanță cu prevederile tratatelor internaționale la care România este parte.

Cea de a doua regulă acordă prioritate reglementărilor internaționale, desigur celor cuprinse în tratatele ratificate de România, în situația în care s-ar ivi anumite repotriviri, contradicții, conflicte, neconcordanțe între ele și reglementările interne.

Legiuitorul constituant din 2003 a completat regula priorității prin adaosul „cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile”.

b) Referitor la integrarea euroatlantică²¹, sunt menționate următoarele opinii: a) Alineatul (3) al art. 148 vizează situația în care, după aderarea României la UE tratatele constitutive ale acestora ar suferi și alte revizui, realizare, de regulă, tot prin tratate internaționale de tip clasic și care presupun procedura ratificării pentru a putea face parte din dreptul intern. b) Dispozițiile alin. (2) din art. 148 din Constituția României nu consacră decât *prioritatea dreptului comunitar* față de dreptul intern, în condițiile rezultate din actul de aderare, fără a menționa directă și imediată sa aplicabilitate.

¹⁸ A se vedea: http://europa.eu/eu-law/index_ro.htm

¹⁹ A fost publicată în *JOUE*, C 83 din 30 martie 2010, p. 334.

²⁰ A se vedea, Constantinescu Mihai, Iorgovan Antonie, Muraru Ion, Tănăsescu Elena Simina, *Constituția României, revizuită, comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 30-32.

²¹ *Ibidem*, p. 332-333.

4.1.1.2. a) În fapt, art. 20 stabilește *două reguli* referitoare la particularitățile raportului dintre dreptul intern și cel internațional în materia drepturilor omului.²²

Prima regulă privește *interpretarea și aplicarea normelor constituționale* referitoare la drepturile și libertățile cetățenești. Astfel, dispozițiile constituționale ce garantează drepturile omului trebuie interpretate și aplicate în *concordanță* cu prevederile tratatelor internaționale la care România este parte.

Cea de a doua regulă vizează restul sistemului normativ, sau, în exprimarea Constituției, „legile interne”, față de care reglementările internaționale în materia drepturilor omului au *prioritate de aplicare*.

b) referitor la integrarea euroatlantică²³, sunt menționate următoarele opinii: a) art. 148 alin. (2) din Constituția României, consacră o variantă originală a regulii *priorității* dreptului comunitar, anume nu tot dreptul comunitar, ci numai „tratatele constitutive” și, „celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu” au prioritate și nu față de orice dispoziție din dreptul intern care s-ar afla în *neconcordanță* cu acestea, ci doar față de dispozițiile *contrare (s.n.)* lor. b) Alineatul (3) al art. 148 din Constituție vizează situația în care, după aderarea României la Uniunea Europeană, dreptul originar ar suferi modificări. Acestea sunt realizate, de regulă, tot prin tratate internaționale de tip clasic, adică tratate care necesită *ratificarea* lor de toate statele membre ale organizației pentru a intra în vigoare în plan internațional, după cum necesită *procedura ratificării* și pentru a putea face parte din dreptul român.

4.2. Repere doctrinare române din domeniul dreptului civil

4.2.1. Din doctrina dreptului civil român, referitor la tematica paragrafului menționăm următoarele opinii:

4.2.1.1. Referitor la principiile dreptului civil menționăm următoarea opinie: ²⁴ „Nu mai puțin, în doctrina noastră s-a propus includerea unor noi principii de drept civil, și, anume principiul aplicării prioritare a tratatelor internaționale privind drepturile omului și principiul aplicării prioritare a dreptului Uniunii Europene. Ele însă, în opinia noastră, sunt principii de drept constituțional și în acest fel sunt aplicabile, desigur, dreptului civil”.

4.2.1.2. Tot referitor la principiile dreptului civil menționăm următoarea opinie:²⁵ „În condițiile reglementărilor pe care le conține NCC, suntem de părere că principiilor enumerate trebuie să li se adauge alte principii, relativ noi, *principiul aplicării prioritare a tratatelor internaționale* privind drepturile omului, principiu care se degajă din prevederile art. 4 NCC și *principiul aplicării prioritare a dreptului Uniunii Europene*, principiu care se degajă din prevederile art. 5 din același cod”.

²² A se vedea, Coordonatori, Muraru I, Tănăsescu E.S., *Constituția României, Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 172-173.

²³ *Ibidem*, p. 1434-1440.

²⁴ A se vedea, Ungureanu Ovidiu, Munteanu Cornelia, *Drept civil, Partea generală în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 34.

²⁵ A se vedea, Prescure Titus, Matefi Roxana, *Drept civil, Partea generală Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 16.

5. Reflectarea dispozițiilor noului Cod civil în Deciziile Curții Constituționale.

5.1. Decizia nr. 847/2015²⁶ referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 47 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil

5.1.1. În motivarea excepției de neconstituționalitate se arată că textul legal criticat stabilește un tratament juridic diferențiat între copiii născuți anterior intrării în vigoare a Codului civil și cei născuți după această dată. În acest sens, menționează că art. 434 din Codul civil, a cărui aplicare în timp este reglementată de textul criticat, *introduce o instituție nouă de drept civil, și anume contestația filiației față de tatăl din căsătorie*. Drept urmare, apreciază că această instituție, *în temeiul noii reglementări, se aplică numai copiilor născuți după intrarea în vigoare a Codului civil, nu și celor născuți anterior acestei date*.

În opinia autoarei excepției de neconstituționalitate prevederile legale criticate *contravin, prin prisma art. 20 din Constituție* referitor la tratatele internaționale privind drepturile omului, dispozițiilor art. 14 *privind interzicerea discriminării din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale*. De asemenea, este invocat și art. 1 *privind interzicerea generală a discriminării din Protocolul nr. 12 la aceeași convenție*.

5.1.2. Examinând excepția de neconstituționalitate, Curtea reține că aplicarea art. 434 – *Contestarea filiației față de tatăl din căsătorie* din Codul civil, potrivit art. 47 din Legea nr. 71/2011, numai în cazul copiilor născuți după intrarea în vigoare a codului nu este contrară principiului egalității în drepturi, întrucât este de neconceput, în acord cu principiul constituțional al neretroactivității legii civile, ca legea nouă să se aplice și copiilor născuți înainte de intrarea ei în vigoare, respectiv ca efectele juridice ale legii noi să fie aplicabile și unei situații trecute, și anume nașterea copilului.

Astfel, normele substanțiale referitoare la contestarea filiației față de soțul mamei se aplică în funcție de reglementarea legală în vigoare la momentul nașterii copilului. De aceea, textul de lege criticat nu este contrar art. 15 alin. (2) din Constituție, respectând domeniul propriu de reglementare a vechii codificări în materia dreptului familiei, și nici principiului egalității și al interzicerii discriminării, astfel cum acesta este consacrat în Constituție, Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și Protocolul nr. 12 la aceeași Convenție, aplicându-se în privința tuturor copiilor născuți după intrarea în vigoare a Codului civil.

5.1.3. Pentru considerentele expuse mai sus, Curtea Constituțională respinge ca neîntemeiată, excepția de neconstituționalitate și constată că dispozițiile art. 47 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil sunt constituționale în raport cu criticile formulate.

5.2. Decizia nr. 1062/2012²⁷ privind excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 47 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

5.2.1. În motivarea excepției de neconstituționalitate se susține că textul de lege criticat creează o inegalitate juridică între titularii acțiunii în tăgada paternității, în funcție de data nașterii copilului a cărui prezumție de paternitate se contestă.

Astfel, potrivit textului de lege criticat, prevederile legale referitoare la acțiunea în tăgada paternității, cuprinse în art. 430 din noul Cod civil, potrivit cărora soțul mamei poate

²⁶ A se vedea: <http://lege5.ro/.../decizia-nr-847-2015-referitoare-la-respingerea-excepției-de-..>

²⁷ A fost publicată în M. Of. nr. 56 din 24 ianuarie 2013.

introduce acțiunea în termen de 3 ani, care curge fie de la data la care soțul a cunoscut prezumția de paternitate, fie de la o dată ulterioară, când a aflat că prezumția de paternitate nu corespunde realității, se aplică doar copiilor născuți după intrarea în vigoare a noului Cod civil, iar nu copiilor născuți anterior acestei date, în privința cărora acțiunea în tăgada paternității este reglementată prin dispozițiile art. 55 din Codul familiei, cu modificările și completările ulterioare.

În opinia autorului excepției, prevederile legale criticate contravin dispozițiilor constituționale cuprinse în art. 16 – *Egalitatea în drepturi* și art. 20 – *Tratatele internaționale privind drepturile omului*.

5.2.2. Examinând excepția de neconstituționalitate, Curtea reține că în ceea ce privește *sfera de determinare a principiului constituțional al egalității în drepturi*, în jurisprudența Curții Constituționale s-a statuat în mod constant că acest principiu presupune *eo ipso* că la aceleași situații juridice tratamentul aplicat nu poate fi decât identic, iar situațiile în care se află anumite categorii de persoane trebuie să difere în esență pentru a se justifica deosebirea de tratament juridic, bazată pe un criteriu obiectiv și rezonabil.

Privită din această perspectivă, *deosebirea de tratament juridic* apare ca fiind întemeiată pe un criteriu obiectiv și rezonabil, fiind astfel de neconceput, în acord cu principiul constituțional al neretroactivității legii civile, ca legea nouă să se aplice și copiilor născuți înainte de intrarea ei în vigoare, respectiv efectele juridice ale legii noi să fie aplicabile și unei situații trecute, și anume nașterea copilului.

5.2.3. Pentru considerentele expuse mai sus, Curtea Constituțională respinge ca neîntemeiată, excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 47 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

6. Concluzii

În considerarea celor expuse în studiul de mai sus reținem, următoarele idei pe care le menționăm mai jos:

1. În partea de debut a studiului au fost analizate succint primele două codificări care în doctrină sunt considerate cele mai vechi legi ale omenirii, respectiv cele promulgate în Mesopotamia și Babilon, *care au ca obiect de reglementare și probleme de drept civil*.

2. În subparagraful 2.1. am procedat la identificarea următoarelor reglementări constituționale în materie:

2.a. Principiul *priorității reglementărilor internaționale* stabilit de art. 20 alin. (2) al Constituției României din anul 1991.

2.b. Principiile Constituției României din anul 2003, stabilite de art. 20 alin. (1) *consacră principiul fundamental* referitor la *interpretarea și aplicarea dispozițiilor constituționale*, și, de art. 20 alin. (2) care confirmă principiul *priorității reglementărilor internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile*.

2.c. Principiul *priorității dreptului comunitar, față de dispozițiile contrare din legile interne*, stabilit de art. 148 alin. (2) al Constituției României din anul 2003.

2.d. Principiul care conține *reglementarea situația aderării la actele de revizuire a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene*, stabilit de art. 148 alin. (3) al Constituției României din anul 2003.

2.e. Putem afirma fără să greșim că legea fundamentală a României din anul 2003, conține cea mai largă paletă de reglementări, privind raporturile dintre dreptul intern și dreptul internațional.

3. În subparagraful 2.2. am procedat la identificarea următoarelor reglementări constituționale în materie:

3.a. Principiul constituțional al *autorității superioare a tratatelor sau acordurilor ratificate sau aprobate conform legilor*, își regăsește consacrare în conținutul normativ al art. 55 din Constituția Republicii Franceze, revizuită la 23 iulie 2008.

3.b.1. În domeniul *relațiilor internaționale*, prevederile art. 167 alin. (1) teza 1 din Constituția Belgiei, stabilesc exercitarea duală a atribuțiilor de către Rege, Comunități și Regiuni.

3.b.2. În cuprinsul art. 77 alin. (1) pct. 7 din Constituția Belgiei, sunt reglementate *principiile referitoare la garantarea respectării obligațiilor internaționale sau supranaționale asumate de Belgia*.

3.b.3. O reglementare separată este consacrată *oricărei revizui a tratatelor fondatoare ale Comunităților Europene și a actelor de modificare sau completare a acestora*, și, este înscrisă în art. 168 din Constituția Belgiei.

3.b.4. Tratatul ratificate de Parlamentul Belgiei fac parte din dreptul intern.

3.c.1. Din exprimarea generică a principiilor menționate în cuprinsul art. 5 alin. (4) din Constituția Bulgariei, rezultă că în categoria *tratatelor internaționale* sunt incluse și *tratatele internaționale privind drepturile omului*.

4. În subparagraful 3.1.1. a fost analizată *reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 11 alin. (2) și art. 20 alin. (1) din Constituție în *principiul general* stabilit de art. 4 alin. (1) al noului Cod civil.

5. În subparagraful 3.1.2. a fost analizată *reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 20 alin. (2) din Constituție în *principiul general* stabilit de art. 4 alin. (2) al noului Cod civil.

6. În subparagraful 3.2.1. a fost analizată *reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 148 alin. (2) și art. 148 alin. (3) din Constituție în *principiul general* stabilit de art. 5 al noului Cod civil.

7. În cuprinsul paragrafului 3 sunt analizate următoarele reglementări cuprinse în noul Cod Civil, privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii.

a) *Reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 11 alin. (2) și art. 20 alin. (1) din Constituție în *principiul general* stabilit de art. 4 alin. (1) al noului Cod civil.

b) *Reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 20 alin. (2) din Constituție în *principiul general* stabilit de art. 4 alin. (2) al noului Cod civil.

c) *Reflectarea principiilor constituționale* stabilite de art. 148 alin. (2) și art. 148 alin. (3) din Constituție în *principiul general* stabilit de art. 5 al noului Cod civil.

8. În cuprinsul paragrafului 4 sunt examinate *reperle doctrinare* privind aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare obligatorii, în domeniul dreptului constituțional și al dreptului civil.

9. În cuprinsul paragrafului 5 sunt analizate succint următoarele decizii ale Curții Constituționale:

a) Decizia nr. 847/2015 referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 47 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

b) Decizia nr. 1062/2012 privind excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 47 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

INFLUENȚA INTRĂRII ÎN VIGOARE A NOILOR CODURI LEGISLATIVE ASUPRA SUVERANITĂȚII STATULUI ROMÂN

*Dr. Valentin-Stelian BĂDESCU**

Abstract:

The European integration process has influenced the national laws of the Member States of the European Union. From this perspective, our material research we proposed an analysis of how the new legislative framework – which was intended to be a modern one and to fully meet the imperatives of running a modern justice adapted to social expectations and the need to increase the quality of the public service – influence decline Romanian sovereignty. Because the decline of state sovereignty does not translate into an increase freedoms, but rather through their obedience in pursuit of objectives which is all the more since they do not arise from the decision of the person.

Keywords: law, sovereignty, recast, legal reform, European Union law

Rezumat:

Procesul de integrare europeană și-a pus amprenta asupra legislațiilor naționale ale statelor membre ale Uniunii Europene. Din această perspectivă, în materialul nostru de cercetare științifică ne-am propus o analiză a modului cum noul cadru legislativ-care s-a dorit a fi unul modern și care să răspundă pe deplin imperativelor funcționării unei justiții moderne, adaptate așteptărilor sociale, precum și necesității creșterii calității acestui serviciu public-influentează declinul suveranității statului român. Pentru că acest declin al suveranității statului nu se traduce printr-o creștere a libertăților, ci dimpotrivă, prin obediența lor în urmărirea obiectivelor care se impun cu atât mai mult cu cât ele nu decurg din decizia persoanei.

Cuvinte-cheie: drept, suveranitate, recodificare, reforma juridică, dreptul Uniunii Europene

1. Argumentum

Ne-am obișnuit să afirmăm că reforma juridică înfăptuită prin recenta recodificare masivă a dreptului românesc este genială. Cu aceasta nu spunem nimic nou dar spunem, în schimb, două lucruri: că reforma este formă fără fond, dincolo de orice explicație și că noi, oamenii de rînd suntem în definitiv dincolo de reformă. Nu știu dacă gândurile mele vor fi din ce în ce mai adevărate pe măsură ce trece timpul. Cel puțin pentru generația mea, reforma dreptului este o mare poticneală culturală. Când ne-am născut și am început să citim, ajungînd să studiem codurile lui Cuza, am găsit dreptul deja măreț. Când ne-a ajuns sub ochi primul profesor de istoria statului și dreptului românesc – acum în mare primejdie de a fi eliminată nechibzuit din curricula universitară, precum Eminescu din cultura națională –, în mințile noastre exista, deja, mitul Cuza. Era atît de sus și atît de mare, încât unora dintre noi le-a stîrnit o furie inexplicabilă și s-au apucat să sape la temelia mitului.

* Cercetător științific asociat al Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Romîne; lect. univ. dr. la Universitatea Europei de Sud-Est Lumina București; e-mail: valentinbadescu@yahoo.com

S-au îndeletnicit cu demitizarea lui Cuza crezând, bieții de ei, că adevărul și mitul sînt termeni contradictorii. Alții, mult mai mulți, printre cei de-o seamă cu mine sau mai tineri îl ocolesc. Simt că e un subiect prea mare și prea periculos, căci din orice unghi îl abordezi se vor găsi contraopinenți capabili de promptă reacție feroce. În plus, aceștia au descoperit ceva ce generațiilor anterioare le părea inimaginabil, anume că se poate și fără codurile lui Cuza. Poți, cred ei, trăi cultural juridic și fără să-i frecventezi dreptul. Poți scrie și fără să cunoști prea bine codurile. Poți iubi dreptul și fără să-l citești. Prin urmare, îl evită. L-or fi citit, ca tot românul, la facultate dar l-au lăsat în urmă, în manuale și cursuri, fără să mai revină la esența lui. Simt că în fiecare dintre aceste tipuri de atitudini ale generației mele față de codurile Cuza e ceva neașezat, nefiresc, eronat la limită.

De aceea, o primă evaluare de la intrarea în vigoare a noilor coduri legislative (civil – 01.10.2011, de procedură civilă – 15.02.2013, penal și de procedură penală – 29.01.2014), care au adus o serie de schimbări în mediul juridic românesc, este extrem de dificil de făcut, chiar numai din perspectiva timpului scurt, scurs de la intrarea în vigoare a acestora. Sau, cum prudent a răspuns liderul istoric al comuniștilor chinezi Mao Zedong, atunci când a fost întrebat ce părere are despre revoluția franceză, „că este prea devreme să ne pronunțăm”¹. Mai ales acum, când generalizarea raporturilor între spațiile economice, sociale și culturale născute din globalizare, necesită existența unor reguli, sau în absența lor, existența unor proceduri pentru a încadra schimburile ce se multiplică progresiv. Dar aceasta se oprește aici, deoarece globalizarea dreptului încearcă să combine virtutea operatorie și ambiția umanistă, chiar universalistă. Prima dimensiune a acestui schimb judiciar este deci funcționalistă: sunt urmate evoluțiile la nivel mondial și trebuie adoptat un drept mai mobil, atunci când obiectele devin astfel. Dreptul însoțește ceea ce e transfrontalier prin natură, precum păsările migratoare, de exemplu sau tehnicile de circulație imaterială (internetul). Putem concepe atunci fără dificultate că în materie economică, o astfel de intensificare a schimbului judiciar ia naștere din necesitatea de a reduce costurile de tranzacție și de a securiza schimburile prin intermediul unui limbaj comun, simboluri și instrumente operatorii. Intensificarea schimburilor comerciale generează de asemenea automat o creștere a volumului de drept corespunzător.²

Numai că orice societate modernă se caracterizează printr-o activitate normativă intensă, însă pentru ca aceasta să-și atingă obiectivul urmărit, respectiv progresul social, trebuie să se materializeze într-un sistem legislativ stabil, unitar, corelat și interrelaționat. De altfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în jurisprudența sa constantă a statuat cu valoare de principiu importanța asigurării accesibilității și previzibilității legii, inclusiv sub aspectul stabilității acesteia.

Incertitudinea, fie ea legislativă, administrativă sau legată de practicile urmate de autorități reprezintă un factor important pe care Curtea de la Strasbourg îl are în vedere atunci când apreciază conduita statelor din perspectiva respectării principiilor statuate de Convenția europeană a drepturilor omului, fiind subliniat de către aceasta că atunci când este vorba de o chestiune de interes general, autoritățile publice sunt obligate să reacționeze în timp util, în mod corect și cu cea mai mare coerență. Realitatea normativă cu care se confruntă România în ultima perioadă nu poate fi ignorată. Numărul mare al actelor normative adoptate anual a determinat apariția unei instabilități legislative accentuate,

¹ A se vedea, pentru detalii, Henry Alfred Kissinger, „Despre China”, Ed. Comunicare.ro, București, 2012.

² A se vedea, pentru detalii, Julie Allard, Antonie Garapon, *Judecătoria și globalizarea. Noua revoluție a dreptului*, Ed. Rosetti educațional, București, 2010.

cadrul juridic fiind frecvent supus modificării și/sau completării. Totodată, se poate constata faptul că dintre actele normative adoptate în ultima perioadă, un număr destul de mare modifică ori abrogă acte normative adoptate recent.³

2. Contextul actual

În acest context, codurile civile au avut ca premisă, pe de o parte, printre altele, înlăturarea deficiențelor sistemului judiciar civil, urmărind realizarea practicii unitare la nivelul instanțelor, accelerarea soluționării cauzelor, definirea clară și detaliată a principiilor procesului civil, iar, pe de alta, modernizarea reglementării raporturilor juridice civile printre altele prin afirmarea unității dreptului privat, schimbarea concepției cu privire la patrimoniu și la prescripția extinctivă, reglementarea unitară și detaliată a drepturilor persoanelor și apărării acestora și a materiei obligțiilor în concordanță cu tendințele europene în domeniul contractelor. De asemenea, codurile penale au schimbat din temelii răspunderea penală: separarea funcțiilor judiciare în procesul penal, introducerea instituției judecătorului de drepturi și libertăți și cea a judecătorului de cameră preliminară; modificarea măsurilor preventive prin introducerea arestului la domiciliu, a sistemului zilelor-amandă, infracțiuni care aduc atingere domiciliului și vieții private și lista ar putea continua.

Procesul de integrare europeană și-a pus amprenta asupra legislațiilor naționale ale statelor membre ale Uniunii Europene. Evoluția dreptului intern și a jurisprudenței din perspectiva calificării acestuia ca izvor de drept va fi una foarte interesantă. Mai mult ca sigur că direcția va fi dată de dezideratul constituirii unui mare Stat European a cărui fundament să se regăsească în bazele actualei Uniuni Europene. Dar un astfel de stat nu poate exista în afara unui sistem de drept unitar atât din punctul de vedere al dreptului substanțial dar și procedural, sens în care se caută deja cristalizarea unui drept procesual european, drept civil european⁴. Din această perspectivă, în materialul nostru de cercetare științifică ne-am propus o analiză a modului cum noul cadru legislativ – care s-a dorit a fi unul modern și care să răspundă pe deplin imperativelor funcționării unei justiții moderne, adaptate așteptărilor sociale, precum și necesității creșterii calității acestui serviciu public – influențează declinul suveranității statului român. Pentru că acest declin al suveranității statului nu se traduce printr-o creștere a libertăților, ci dimpotrivă, prin obediența lor în urmărirea obiectivelor care se impun cu atât mai mult cu cât ele nu decurg din decizia persoanei⁵.

3. Declinul suveranității statului

Atunci cum se traduce? Simplu, prin intermediul textului de lege, *exempli gratia*, articolul 5 din Codul civil **„Aplicarea prioritară a dreptului Uniunii Europene”**: *„În materiile reglementate de prezentul cod, normele dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau statutul părților”* și articolul 4 din Codul de procedură civilă, având aceeași denumire marginală, *„În materiile reglementate de prezentul cod,*

³ A se vedea, în acest sens, *MEMORANDUM, Adoptarea măsurilor necesare asigurării unui cadru normativ care să răspundă exigențelor referitoare la accesibilitatea și previzibilitatea noimei de drept. Implicațiile adoptării Legii nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a noului Codul penal asupra republicării unor acte normative*, preluat la data de 14.01.2016, de pe site-ul, <http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket>.

⁴ Mihai Niemesch, *Facultative jurisprudence and compulsory jurisprudence in Romania*, în revista *Journal of law and administrative sciences*, nr.4/2015, p. 94.

⁵ A se vedea pentru detalii, Alain Supiot, *Homo Juridicus*, Ed. Rosetti educațional, București, 2011.

normele obligatorii ale dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau de statutul părților.”

Numai că dreptul românesc, iar nu noile coduri, s-a născut cu mult înaintea Uniunii Europene și chiar a Statului și există motive a crede că îi va supraviețui. Lunga sa istorie ține de alte modalități de a pune întrebarea ca, de exemplu, cea pe care o utilizează Cicero pentru a caracteriza Republica romană: „Dacă nu există echilibru în cetate și drepturi și funcții și sarcini, de așa manieră încât magistrații să aibă destulă putere, consiliul celor mari destulă autoritate, poporul destulă libertate, regimul nu poate avea stabilitate⁶.” Romanii nu ajunseseră să recurgă la figura Statului pentru a se gândi la lucrul public și modalitatea lor de a face ca Republica să se sprijine pe cele trei picioare – putere, autoritate și libertate – este fără îndoială mai aptă să inspire timpul prezent, marcat de un recul general la ideea de suveranitate. Această modalitate diferită de a institui puterea continuase să inspire medievalii până când s-a impus figura Monarhului sau a Poporului suveran, care a făcut să dispară distincția între putere și autoritate.

Această distincție se reîntoarce astăzi cu atribuirea Autorităților independente a unei puteri tehnostiințifice asupra puterii. Rațiunea puterii nu mai este căutată într-o instanță suverană care transcende societatea, ci în reguli ale funcționării inerente ale acesteia. Chestiunea puterii nu se mai pune în termenii de guvern suveran, ci de guvernare eficace. Această evoluție se înscrie în perspectivele trasate după război de către teoreticienii ciberneticii, care asociau guvernarea („cibernetica” a fost construită de la grecesul kubernetes: pilotul, cel ce ține direcția) și reglarea (inerentă oricărui sistem homeostatic) într-o teorie globală a sistemelor (mecanice, biologice umane), care trebuie să ne salveze de la dezastrul entropic. Dintr-un punct de vedere juridic, ne găsim în fața unei tentative de sinteză a celor două figuri ale Normei care se opun în Occident după dezvoltarea științelor moderne. Pe de-o parte, norma juridică, care își are sursa într-o credință împărțită în datoria pe care dorește să o creeze; pe de altă parte norma tehnică, care își are sursa în cunoașterea științifică a unei ființe care o va utiliza. Occidentul modern s-a forțat să apropie cele două figuri ale normei: pe de-o parte reducând Dreptul la stadiul unei tehnici vide în acest sens, care nu ar avea nimic de spus asupra valorilor și care ar trebui judecată ca normă tehnică potrivit etalonului eficacității sale, și pe de altă parte, plasând normatizarea tehnico-științifică a „resurselor umane” în mijlocul sistemului său de valori.

Prosperând pe aceste baze, noi maniere de a-i face pe oameni să avanseze cu textul, noile tehnologii juridice care-l obligau pe fiecare nu numai la participarea activă la definirea creării regulilor de bine comun, ci și la revizuirea lor constantă în funcție de concluziile trase de aplicarea acestora. Aceste evoluții sunt semnul transformărilor profunde ale raportului nostru cu puterea și am putea data de la sfârșitul Războiului de treizeci de ani care a durat din 1914 până în 1945 începutul unei profunde contestări a ideii de putere suverană⁷. Acest război a demonstrat unde poate conduce dezlănțuirea ucigătoare a puterilor care își pierd rațiunea; el a învățat popoarele Europei un lucru nemaiauzit: statele pot muri. Reconstrucția nu putea opera, deci, ca și cum nimic nu s-ar fi întâmplat. Pentru a fi recunoscută puterea trebuie să mai prezinte și alte titluri de legitimitate, în afara simplei afirmații a propriei suveranități. Această contestare nu s-a limitat la stat. În întreprindere ca și în familie sau în sfera publică, figurile puterii suverane au fost contestate, deschizând nu numai calea

⁶ Cicero, *De Republica*, I, 33, trad. C. Apphun, *De la Republique. Des Lois*, Garnier-Flammarion, 1965, p. 68.

⁷ A. Supiot, *op. cit.*, p. 232.

dispariției relațiilor de putere, ci și calea profunde lor transformări, care s-a exprimat în două modalități pe plan juridic.

În primul rând, printr-un recul al puterii discreționare în fața puterii funcționale. Acest recul s-a tradus printr-o creștere a controalelor exercitate asupra acelor care dețin: controale *a priori* cu dezvoltarea obligațiilor de motivare și controale *a posteriori*, cu creșterea rolului judecătorului și al experților. Controlul puterilor publice efectuat de judecător (administrativ, penal, constituțional sau european) s-a mărit, la fel cum s-a mărit și câmpul de obligații de motivare care le incumbă acestor puteri. Aceste schimbări au avut loc în al doilea rând prin reculul centralizării puterii în favoarea unei distribuii a puterii. Vechiul principiu al egalității și tânăra principiul al subsidiarității s-au conjugat aici pentru a contesta orice formă de organizare piramidală a puterii.

În dreptul public, ideea de separație orizontală a puterilor (executivă, legislativă și judecătorească) a pierdut teren în fața distribuirii lor verticale, odată cu comunitarizarea și regionalizarea. Și în cadrul unei întreprinderi, de asemenea, organizarea integrată și ierarhizată, care avusese un model taylorist sau fordist, a fost contestată în favoarea unui model reticular care este sănătos atât pentru întreprinzător, cât și pentru relațiile sale cu partenerii economici. Puterea statului are recul cel mai adesea în favoarea puterii banului, judecătorilor, experților sau mass-mediei. Modelul fordist al întreprinderii a avut un declin în cadrul firmelor, pentru a lăsa loc unui „management participativ” care lasă spiritul să dezvolte și nu numai corpul. Dinamica liberei concurențe a dat în mod automat o cvasi-magistratură (Comisia Europeană, Banca Europeană și alte Autorități de control) în detrimentul puterii economice a statelor sau firmelor care dețineau monopolul, dar ea a conferit, de asemenea, o putere fără precedent piețelor financiare. Generalizarea modelului de rețea în organizarea întreprinderilor se traduce în același timp prin redistribuirea legăturilor puterii și printr-o transformare profundă a formelor sale de exercitare⁸.

Nereglementarea juridică este însoțită de o creștere în putere a normelor tehnice cu destinație universală iar normativizarea tehnică și în special recurgerea la norme de calitate și la proceduri de certificare de către agențiile private se substituie direcției juridice ca metodă de control a producției. Departele de a semnifica o reîntoarcere la ideologia juridică liberală a secolului al XIX-lea, aceste evoluții creează concepte noi și tehnici juridice noi care vizează depășirea opoziției dintre heteronimie și antonimie. În loc să supună relațiile interumane unor reguli impuse din exterior sau fără a se supune jocului raportului de forțe între părțile contractante, se fac eforturi pentru a-i asocia pe oameni în scopul definirii și creării unei ordini legitime, transparente și eficace. Fidel dimensiunii sale tehnice, dreptul își manifestă încă o dată aptitudinea de a participa la inventarea noilor forme de putere și de a fi util noilor idealuri. Odată cu pierderea încrederii în Statul suveran, anumite noțiuni – imperiu, *ius commune*, autoritate – ascunse de mult timp în istoria dreptului, par să revină la viață, în timp ce altele – lege, contract, democrație – își pierd trăsăturile lor distinctive. Metamorfozele contemporane ale statului fac să se renască vechea distincție între putere și autoritate și-l fac pe legislator să-și piardă suveranitatea.

4. Metamorfozele dreptului și influențele lor asupra suveranității statale

Statul nu este o formă instituțională atemporală și universală, este o invenție a Occidentului medieval. Ideea de Stat nemuritor își are originea în cea de corp mistic susținută de teoria celor două corpuri ale regelui, cu care Kantorowicz⁹ a făcut istorie. De la

⁸ *Idem*.

⁹ A se vedea, Ernst Kantorowicz, *Les deux corps du Roi*, Paris, Gallimard, 1989, p. 84-87.

Reformă a fost afirmată în Franța existența unei puteri suverane și temporale, care nu datorează nimic autorității Papei și care începe astfel să se emancipeze de la dogma canonică. Acest proces de emancipare va fi urmat de epoca Luminilor și de Revoluția din 1789, care se vor finaliza prin a despărți statul de orice referire religioasă. Dar acest lucru nu face decât să accentueze puterea Statului care în lipsa oricărui rival pe scena instituțională, devine singura Ființă nemuritoare și atotputernică, capabilă să transceadă interesele particulare (ceea ce juriștii germani au numit *Herrschaft* și cei francezi „Putere publică”).

Această putere publică și-a văzut legitimitatea contestată în secolul al XIX-lea prin revoluția industrială și prin luptele politice și sindicale care au rezultat din aceasta. De la apariția sa, economia de piață a distrus formele tradiționale ale solidarității locale, pe care erau fondate societățile preindustriale. Apărută în Europa, această distrugere a afectat apoi, în diferite forme, prin intermediul occidentalizării lumii, toate celelalte state. Această destabilizare a legăturilor sociale de proximitate (familială, teritorială sau profesională) a apărut la începutul secolului al XIX-lea ca o condiție a modernității. Ea a antamat legitimitatea statului, a cărui rol și chiar existență fuseseră deja contestate.

Un prim răspuns la această criză a fost cel al ideologiilor totalitare, care și-au imaginat Statul ca un partid unic, care acționează în numele unor legi pretins științifice ale vieții în societate. Legitimitatea astfel negată statului a fost extinsă și la alte simboluri care reprezentau mersul societăților: rasa, clasa etc. Acest suicid al Statului a condus la Gulag și la închisorile comuniste din România, a căror lecție sinistră par să o fi uitat prea mulți juriști astăzi: dacă își pierde rațiunea instituțională, puterea degenerază într-un delir ucigător și nimic nu mai distinge guvernul de o bandă de hoți sau ucigași. Tentația contemporană, de a face din State, instrumentele docile ale legilor economiei ne situează pe o pantă asemănătoare. Prin urmare, într-adevăr, chiar dacă crede că este încarnarea forțelor impersonale ale pieței și pretinde să supună dreptul pozitiv acestor forțe, referința economică poartă în sine toți germenii concepției totalitare, care reduc dreptul la un simplu instrument de aplicare a legilor supraumane, care se impun tuturor.

Un al doilea răspuns a constatat, dimpotrivă, în restaurarea unei legitimități a Statului, încredințându-i responsabilități noi și făcând loc acțiunii colective a oamenilor în căutarea întotdeauna ezitantă a justiției. În loc să fie însărcinat cu guvernarea oamenilor, în loc să încarneze puterea care îi domină pe oameni, Statul devine servitorul bunăstării lor. Ceea ce am numit „Welfare State”, „Sozialstaat” sau „Statul providență” a conferit oamenilor drepturi și libertăți noi, care au adăugat ideii de cetățenie politică și ideea de cetățenie socială. Drepturile sociale au procedat la organizarea serviciilor publice, dând în același timp un anumit număr de bunuri fundamentale accesibile tuturor (sănătate, educație etc.) și statutul protejat al salariatului stabilit de Stat sau sub egida sa¹⁰. Dar mai mult, recunoașterea libertăților colective a fost semnul distinctiv al Statului providență și i-a permis Statului să-și restaureze legitimitatea.

Marea sa forță a fost de a nu impune oamenilor o viziune a priori a fericirii lor, ci de a se sprijini pe acțiunea și conflictele colective pentru a converti energia acestora în reguli noi. Superioritatea statului providență asupra statelor totalitare nu a fost într-adevăr acordarea protecțiilor sociale, ci în garanția acestor drepturi de acțiune colectivă, care le dă permisiunea dominaților să le opună dominanților lor propria concepție despre o ordine justă. Sindicatele, greva, negocierea colectivă au devenit piesele unei mașinării instituționale

¹⁰ A. Supiot, *op. cit.*, p. 234.

care transformă raporturile de forță în raporturi juridice. Aceste drepturi de acțiune colectivă sunt cele care au permis dezvoltarea, în diferite forme naționale, a unei hermeneutici sociale a dreptului civil, fără care nici dreptul muncii, nu ar fi putut să apară. Această invenție a Statului providență a permis gestionarea dublei mișcări de individualizare și de interdependență, create de societățile industriale¹¹. Statul a ajuns astfel să-și găsească legitimitatea, preluând imaginea unui Suveran binevoitor, tolerând contestarea și susceptibil de a răspunde la orice atingeri și de a remedia orice rău.

Astăzi, deschiderea frontierelor, care răspunde unei serii de factori bine cunoscuți (economici, politici și tehnici) inundă cadrele naționale ale vieții în societate. Solidaritățile naționale sunt și ele contestate, pe de-o parte de ceea ce numim globalizare și pe de altă parte de relocalizare, reteritorializare. Globalizarea și localizarea sunt cele două fețe inseparabile ale strategiilor economice mondiale, care se fondează pe valorizarea avantajelor competitive locale. Statul este astfel încercuit. Pe plan internațional, globalizarea conduce la o ordine juridică în care dreptul internațional al concurenței, prezumat a fi interesul comun al diferitelor națiuni, se impune Statelor.

Acestea din urmă nu și-ar exprima decât solidarități locale, administrative în măsura în care nu sunt obstacole la libera circulație a mărfurilor și a capitalurilor. Se face astfel și o reîntoarcere la vechea dihotomie a globalului și a localului, tipică pentru o gândire imperială, care înclină spre a stabili o trăsătură a Statelor-națiuni în această perspectivă neoliberală. Ordinea economică internațională face să se nască probleme grave sociale și de mediu, care cad în sarcina statelor în final, state cărora le este redusă, pe de altă parte, capacitatea de acțiune. Pe plan intern, Statele trebuie să facă față unei cereri de securitate, de solidaritate și de descentralizare, care crește proporțional cu efectele destabilizatoare ale globalizării. Statele răspund la această cerere prin negocieri sau prin acorduri cu reprezentanții intereselor diferitelor categorii sociale. În cadrul acestor practici, pe care le-am putut numi neocorporatiste, definirea interesului general nu mai este apanajul Statului, ci devine produsul raporturilor de forță între interesele particulare. Statul nu mai este un Terț, ci o parte a „dialogului social”¹²

Neocorporatismul și neoliberalismul se combină în practică pentru a face din Stat un simplu instrument supus forțelor care îl depășesc, fie că ele sunt ale piețelor financiare pe plan internațional sau ale intereselor diferitelor categorii pe plan intern. Statele, care rămân subiectele de drept prin excelență pe scena internațională, își pierd astfel o parte din substanța lor și chiar și cea mai mare parte a substanței dacă este vorba de cele mai slabe, cele mai sărace care, prinse între programele de ajustare structurală pe de-o parte impuse de instituțiile financiare internaționale și pe de altă parte în economia informală, care asigură supraviețuirea unui număr mare de resortisanți ai lor¹³. Rolul statelor este redus în fața economiei și societății reale, el fiind un rol de figurant sau în cel mai rău caz de prădător. Această instrumentalizare sau această retragere a Statului nu poate avea decât consecințe grele asupra dezvoltării societăților. „Legile economiei” prezumă existența unei lumi în care fiecare își are identitatea asigurată. Dar mitul occidental al un societăți reduse la un praf de indivizi raționali care-și maximizează interesul nu cunoaște datele de bază al antropologiei.

¹¹ A se vedea, E. Durkeim, *De la division du travail social*, prefața primei editii, PUF, 1978. p. XLIII.

¹² A se vedea J. Goetschy, „*Néocorporatisme et relations professionnelles dans divers pays européens*”, *Revue française des affaires sociales*, fev.1983, p. 65-79.

¹³ A. Supiot, op. cit., p. 240.

Rațiunea umană nu este niciodată un dat imediat al conștiinței: ea este produsă de instituții care permit fiecărui om să dea un sens existenței sale, care îi recunosc un loc în societate și care îi permit să-și exprime propriul talent. De vreme ce această identitate nu mai este garantată de stat, oamenii fac eforturi să o fundamenteze pe alt lucru: pe o referință religioasă, etnică, regională, tribală, sectară etc.¹⁴ Din acest fapt rezultă noi revendicări identitare care accelerează destabilizarea Statelor și lasă loc unor conflicte sângeroase ale referințelor pe care actualitatea națională și internațională le-a oferit de mai multe ori. Aceste revendicări identitare și violența care decurge din ele distrug încrederea, încurajând protecționismul și pun astfel în pericol separația puterilor în stat cu consecința imediată a limitării suveranității statale chiar prin intermediul dreptului.

5. Separatia puterii de autoritate și limitarea suveranității prin drept

În Occident, distincția între putere și autoritate are o lungă istorie. În dreptul roman, „potestas este facultatea de a acționa și auctoritas este facultatea de a fonda acțiunea unei alte persoane”¹⁵. După apariția creștinismului distincția a alimentat dezbaterea asupra prerogativelor papei și împăratului¹⁶. Această dezbatere a fost încheiată oarecum prin laicizarea Statului, care a reunit puterea și autoritatea, cu prețul separației în interiorul statului a puterilor legislativă, executivă și judecătorească. De atunci distincția între putere și autoritate a dispărut și a lăsat loc altor opoziții-între Stat și Națiune, Stat și Societate civilă, Stat și Piață-care au alimentat dezbaterea instituțională. Distincția se reface astăzi cu regularitate, ceea ce conduce la a distinge între funcțiile de „operator” (care are puterea de a acționa) și „regulator” (care are autoritatea asupra acestei puteri). Această distincție se bazează pe o idee simplă: Statul providență a moștenit funcția de mare reglator al piețelor, dar el este, de asemenea, un operator economic susceptibil de a înfrânge legile pieței și de a rămâne nepedepsit sau de a face să-i profite aceste legi; acolo unde există riscul de confuzie, ar fi de preferat ca statul să fie privat de una dintre aceste funcții. Funcția de reglare va fi astfel încredințată unei Autorități create special în acest scop.

Deschiderea piețelor a fost însoțită de o înflorire a Autorităților de reglare, care ies de sub influența puterii¹⁷. Pe plan intern, aceste autorități administrative au prosperat odată cu privatizarea (deschiderea concurențială) a întreprinderilor și serviciilor publice și cu liberalizarea mișcărilor de capital. Cea mai mare parte a acestor Autorități s-a specializat. Ele au drept competență un produs sau un serviciu determinat (electricitate, telecomunicații, bursa etc.)¹⁸. Astfel, acestea au fost create și pentru a participa la reglarea anumitor servicii publice (sănătate, spitalizare), pentru a proteja anumite libertăți sau pentru a lămuri decizia politică în ceea ce privește marile probleme ale societății (comitetele de etică). Pe plan internațional, există, de asemenea, un anumit număr de Autorități specializate în reglementarea unui serviciu determinat (de exemplu, transportul aerian), dar cel mai impresionant lucru la acest nivel este că s-au creat Autorități independente având ca rol o misiune generală de reglare a piețelor. Experiența cea mai veche și cea mai aprofundată în acest sens o are Comisia Europeană. Crearea Organizației Mondiale a

¹⁴ A se vedea, M. Piore, *Beyond Individualism* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995.

¹⁵ Asupra originii conceptului, a se vedea, E. Benveniste, *Vocabulaire des institutions indo-europeennes*, Minuit, t. II., 1969, p. 148-151.

¹⁶ A. Supiot, op. cit., p. 241.

¹⁷ Pentru un studiu de drept comparat, a se vedea N. Lomgobardi, *Autorites administratives independantes et position institutionnelle de l'administration publique*, *Revue française de droit administratif*, 1995, p. 171 și 383.

¹⁸ A se vedea M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les lkgulations &onomiques: kgitimik et efficacik*, Dalloz, 2004.

Comerțului a avut același scop la un nivel mai mare, dar competențele ei erau mai restrânse. În prezent se recunoaște organizațiilor internaționale calitatea de subiect de drept internațional. Ele pot fi definite ca fiind o asociere de state, pe baza voinței liber exprimate într-un act constitutiv, având personalitate juridică proprie și diferită de cea a statelor membre, organe comune, autonomie funcțională, scopul lor fiind atingerea obiectivelor fixate prin actul de înființare, de regulă, tratat internațional¹⁹

Atribuțiile Autorităților de reglare sunt diverse în funcție de obiectul pentru care acestea au fost create, dar au totuși două caracteristici comune: legitimitatea lor este în același timp de tip tehnocrat (fondată pe expertiză și nu pe reprezentare colectivă) și religios (comitetele de etică). Ele trebuie să fie o sursă de inspirație pentru lege și sunt prezumate că nu depind nici de Stat, nici de operatorii privați. Această independență este adesea contestată; umbra statelor este prezentă (în special în cadrul procedurilor de numire). Misiunea Autorității se finalizează printr-o simplă expertiză tehnică ceea ce o obligă să facă judecăți de valoare și să rezolve cazurile litigioase ca un magistrat științific, tehnic sau economic. Pentru aceste două motive, există tendința de a supune funcționarea acestor Autorități, respectării marilor principii de procedură, așa cum rezultă din Convenția europeană a drepturilor omului²⁰. Altfel spus, autoritățile independente sunt obligate să revină la ceea ce este în nucleul tehnicii juridice dar cu consecința dezmembrării puterii legislative.

6. Dezmembrarea puterii legislative și reculul suveranității

„Legea este expresia voinței generale. Toți cetățenii au dreptul de a-și aduce aportul personal sau prin reprezentanții lor la elaborarea ei”²¹. În instituțiile democratice care au fost create de filosofia politică a epocii luminilor, poporul suveran are puterea de a-și stabili propriile legi. Doar dacă o utilizează direct (ipoteza referendumului), această putere trebuie să se exercite prin intermediul unei adunări de reprezentanți aleși²². Pentru că legea este concepută ca expresia voinței poporului, votul a fost preferat tragerii la sorți, care era totuși o regulă în democrația ateniană²³.

Abordarea cantitativă a ideii de majoritate, care începuse să apară în tehnicile deliberative medievale a triumfat odată cu revoluția, eclipsând orice idee de reprezentare calitativă, care crea diferențe între provincii, profesii sau statutul persoanelor²⁴. Potrivit opiniei lui Toqueville, noțiunea de guvern se simplifică, simplul număr face legea. Toată politica se reduce la o chestiune de aritmetică²⁵. Nicio „secție a poporului”, niciun corp intermediar ar putea fi admis pentru a impune legea altora, pentru că „principiul oricărei suveranități rezidă în mod esențial în Națiune. Nicio adunare, niciun individ nu pot exercita autoritatea care nu emană mod expres de Națiune”²⁶.

Este foarte logic ca în dreptul Uniunii Europene să fi apărut interesele cele mai vizibile ale interpretării tradiționale a principiului democratic, potrivit căruia suveranitatea națională este unică și nu se poate exprima decât prin intermediul aleșilor Poporului.

¹⁹ Mihai Niemesch, *Dreptul organizațiilor internaționale*, Ed. Hamangiu, București 2015, p. 15.

²⁰ A. Supiot, *op. cit.*, p. 237.

²¹ Declarația drepturilor omului și cetățeanului din 1789 art. 6.

²² Conform art. 2 0-3 din Declarația universală a drepturilor omului din 1948.

²³ A. Supiot, *op. cit.*, p. 238.

²⁴ Asupra originilor medievale ale reprezentării electivă, a se vedea M. Clark, *Medieval Representation and Consent*, New York, Longmans, Green, 1964.

²⁵ A. A. Supiot, *op. cit.*, p. 239.

²⁶ Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului din 1789' art. 3.

Acestui principiu, Tratatul de la Roma îi conferea încă de la început o imagine bruiată, odată cu divizarea muncii legislative între o Autoritate a pieței având funcții de executiv (Comisia Europeană), o instanță care reprezenta diferitele state (Consiliul), o adunare a aleșilor prin vot universal (Parlamentul) și un judecător abilitat să dea hotărâri cu valoare reglementară (Curtea de Justiție a Uniunii Europene). Un pas a mai fost făcut pentru țările din zona euro, odată cu crearea unei Autorități supranaționale care bate monedă (Banca Europeană) și a cărei funcționare iese de sub influența oricărei puteri politice.

Credem totuși că dreptul Uniunii Europene este un cal troian, străin culturii juridice naționale, este într-o anumită măsură propria noastră imagine cea la care trimite dreptul unional, chiar dacă este imaginea moștenirii noastre feudale, adică un aspect al culturii juridice tradiționale care a fost respins și ale cărui forță și persistență pot fi constatate. Ca în scena primitivă freudiană, perioada medievală nu mai interesează autorii contemporani, atât timp cât nu urmăresc stabilirea originilor categoriilor noastre juridice, de bază. Când nu fixează originea lumii în 1789, ei sar direct din Antichitate la Renaștere, de la dreptul roman la drepturile naționale. Este dificil de observat că structura feudală imprumută o nouă modernitate în declinul Statelor-națiuni. Și rămânem orbi în a vedea că declinul suveranității acestora din urmă nu este însoțit de un progres simetric al libertății individuale, întrucât ar conduce la o reminiscență a dimensiunii feudale a culturii noastre contractuale. Ca legătura de vasalitate, contractul este folosit azi pentru a încadra oamenii liberi în țesutul obligațiilor care îi înconjoară și îi depășesc.

7. Concluzii

Am încercat în cercetarea noastră științifică să reflectăm la câteva întrebări cu privire la influența intrării în vigoare a noilor coduri asupra suveranității statale cu referire specială la România, unde sistemul de justiție reprezintă pilonul de bază al statului de drept și, implicit, al unei societăți democratice stabile și responsabile și opinăm că fără un sistem de justiție modern, adaptat cerințelor societății contemporane și capabil să răspundă provocărilor viitorului, nu se poate asigura fundamentul dezvoltării economice și sociale a societății românești, a suveranității statale atât de mult diminuată în ultima perioadă.

Procesul de modernizare a sistemului judiciar din ultimii ani, reprezentat în principal de adoptarea a patru noi coduri, a înregistrat progrese incontestabile. Cu toate acestea, provocările care stau în fața sistemului judiciar pe calea eficientizării și funcționării la parametri optimi sunt în continuare numeroase, sistemul trebuind să facă față noilor provocări generate de schimbările la nivel legislativ și de asigurarea resurselor necesare aplicării acestuia. Totodată, prin investirea în capacitatea instituțională a sistemului judiciar, se va asigura și atingerea obiectivului general de creare a unei administrații publice mai eficiente, prin îmbunătățirea capacității de formulare și implementare a politicilor publice în domeniu, sporirea transparenței activității judiciare, precum și prin creșterea calității serviciilor publice furnizate cetățenilor.

Privind astfel lucrurile dreptul nu poate absenta de la neconținută construcție și reconstrucție umanizatoare. Problema este aici, după cum credem, aceea de a-l feri de deturnări înstrăinate în raport cu finalitatea sa autentică, apărarea suveranității statale. În acest sens, omul parte a naturii, a cuprins-o în ființa sa ca dimensiune existențială. Dar propria lui natură privită ca natură umană, dă sens nou naturalității sale prin achizițiile multimilenare de socialitate și spiritualitate. În cadrul ei se cristalizează valorile împărtășite, principiile și regulile comune. Ele se așează ca un suprastrat pe stratul biosului, de la care primește determinarea, dar o călăuzește sublimând-o superior energetic.

Acum natura insului este umană prin condiția la care s-a ridicat. Condiția umană este deja așteptarea a ceea ce trebuie să fie. Omul s-a proiectat prin aceasta în orizontul valorii, al idealului. S-a putut ivi, astfel, și dreptul înțeles ca expresie juridică îndrumătoare a viețuirii neînstrăinate a omului. S-a produs în timp, o transmutație axiologică. Pe fondul ei, dreptul se revendică nu direct naturii umane, datului ei biopsihic, cât condiției umane, adică exigenței valorizatoare a naturii omenești. Perenitatea dreptului stă în perenitatea și universalitatea condiției umane. Aceasta din urmă, vizează un *dincolo*, implică năzuința autodepășirii, în timp ce natura umană nu e decât obiectul ei sau, în cel mai bun caz, rezultatul ei, mereu perfectibil²⁷.

Acum, în această perioadă tulbure când viitorul României este incert și totul pare să se destrame, în aceste momente, îmi păstrez credința în viitorul României și în forța dreptului român de a influența acest viitor mai ales că, noile coduri trebuie să asigure ordinea întemeiată pe libertate și frumusețea valorilor, pe siguranță, pe adevăr, pe dreptate și pe prosperitate iar acceptarea intelectuală a acestui opus legislativ trebuie să treacă mai întâi prin furcile caudine ale comentariilor, monografiilor și prin examenul suprem al practicii, al vieții de zi cu zi a românilor. La fel ca și vechile coduri, acestea trebuie să creeze acea ordine a libertății, a siguranței, a prosperității și a dreptății, adică a frumuseții, iar dacă acceptăm că patria este și spațiul juridic în care trăim, noile coduri trebuie să fie tocmai coloana vertebrală a acestui spațiu, așadar influența lor asupra societății românești să fie în sensul apărării valorilor tradiționale românești.

Nicio operă omenească nu este perfectă. Omul s-a născut sub semnul imperfecțiunii și al ambiguității, ca urmare nici noile coduri nu sunt perfecte, dar îndrăznesc să sper că interpretările și comentariile ulterioare vor contribui la unificarea fundamentelor conceptuale ale acestor coduri și, pe această bază va fi posibilă crearea unei jurisprudențe bogate și relevante, adaptate lumii românești de astăzi tocmai pentru a fi în consonanță cu evoluțiile cele mai importante care s-au produs în lumea juridică europeană și internațională intrată într-o criză a unei umanități îngenuncheate de atâtea rele. Criza actuală este o criză de sistem, ea va continua mult timp de acum înainte, până la schimbarea profundă a paradigmei economice mondiale, iar întărirea statului este esențială în vremurile pe care le trăim. Binomul stat-cetățean este cel pe care a funcționat mare parte din istoria omenirii; dacă un stat colapsează, se produce și o prăbușire a societății, cetățeanul fiind confruntat cu o situație de anarhie. Statul român nu trebuie să se îndepărteze sub niciun motiv de rădăcinile sale și de istoria neamului mai ales acum când civilizația umană a intrat într-o perioadă de schimbări epocale iar conștiința noastră creștină și responsabilitatea noastră socială nu ne permit să rămânem inerti în fața provocărilor care cer un răspuns comun.

²⁷ Ioan Humă, *Dreptul natural, justă măsură a drepturilor omului*, în Studii și cercetări juridice nr. 2/2012, p. 171.

CONSIDERAȚII PRIVIND CODIFICAREA PATRIMONIULUI CULTURAL

Gabriela MATEI*

Abstract:

The paper presents some considerations on the consolidation of cultural heritage. Coding heritage is a complex endeavor systematization of legislation specific to this field and is needed not only to align the rules in a single and comprehensive structure, but also to identify the gaps which still exist in the legislation. The cultural heritage coding approach is a scientific activity which ensures progress in clarifying the legal regime of the reference range.

Keywords: Codification, cultural heritage, legislative technique

Rezumat:

Lucrarea prezintă câteva considerații privind codificarea patrimoniului cultural. Codificarea patrimoniului reprezintă o acțiune complexă de sistematizare a legislației specifice acestui domeniu și este necesară nu numai pentru o aliniere a normelor într-o structură unică și inteligibilă, ci și pentru o identificare a lacunelor încă existente în legislație. Demersul codificării patrimoniului cultural se constituie, așadar, într-o activitate științifică ce asigură progresul în clarificarea regimului juridic al domeniului de referință.

Cuvinte-cheie: Codificare, patrimoniul cultural, tehnică legislativă

Codificarea patrimoniului cultural este un demers științific și legislativ pentru care nu există o tradiție în România.

Programele de guvernare din ultimii ani au consemnat necesitatea codificării legislației din domeniul patrimoniului cultural. Astfel, *Programul de guvernare 2012* (Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 302 din 07.05.2012), prevede în cadrul capitolului 5 – *Cultura*, o măsură concretă care constă în: „*Elaborarea proiectului Codului patrimoniului cultural, prin integrarea prevederilor conținute în legile și actele normative în vigoare, precum și prin regândirea sistemului instituțional*”. Acest act a fost înlocuit de *Programul de guvernare 2013-2016* (Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 877 din 21.12.2012) care, prevedea ca obiectiv fundamental pentru Cultură: „*elaborarea, supunerea spre dezbateră publică și promovarea legislativă a Codului patrimoniului cultural, în vederea realizării unei protecții efective și eficiente a patrimoniului cultural și a introducerii sale în circuitul național și internațional*”.

Programul curent de guvernare care a intrat în vigoare de la 17.11.2015 (Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 853 din 17.11.2015), prevede la pct. 8.2. *Cultură*: „*elaborarea unui cod al patrimoniului național care să asigure cadrul legal și instituțional pentru evaluarea, protejarea și păstrarea patrimoniului cultural național*”. Ca prim pas în desfășurarea acestui obiectiv, s-a constituit Comisia pentru elaborarea Codului

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea Ecologică din București;
e-mail: gabrieladrd@yahoo.com

patrimoniului cultural național, prin Ordinul Ministerului Culturii nr. 2045/02.02.2016. Această comisie înlocuiește comisia creată în anul 2010 pentru realizarea aceluiași obiectiv.

Într-un comunicat din 15 ianuarie 2015, Comitetul Național Român ICOMOS susținea „*reforma legislativă ce ar trebui să se concretizeze într-un Cod al Patrimoniului*” și propunea un „*set de principii pe baza cărora ar trebui regândit sistemul legal și administrativ în care se protejează patrimoniul cultural*”.

Centrul de Cercetare și Consultanță în Domeniul Culturii sublinia, în cadrul *Strategiei sectoriale în domeniul culturii și patrimoniului național pentru perioada 2014-2020*, faptul că nu codificarea acestui domeniu este prioritară, ci revizuirea reglementărilor existente prin eliminarea posibilității de interpretare și clarificare a unor teme esențiale.

Necesitatea și utilitatea adoptării Codului patrimoniului cultural a fost apreciată de majoritatea specialiștilor și experților din acest domeniu, în special pentru inițiativa de comasare într-un singur act a legislației patrimoniului cultural, pentru o mai bună cunoaștere și aplicare a acestuia.

Legislația altor state poate oferi modele de sistematizare legislativă a respectivului domeniu. Astfel, un Cod al patrimoniului cultural ar putea avea ca model Codul patrimoniului francez sau Codul patrimoniului italian, țări cu un bogat și complex patrimoniu cultural și o experiență în protejarea acestuia, de asemenea extrem de laborioasă și îndelungată.

Codul patrimoniului francez (*Code du patrimoine*), adoptat în anul 2004, reunește pentru prima dată legislația principală în materie, și se constituie ca atare în structura codului¹ actual: *Livre Ier: Dispositions communes à l'ensemble du patrimoine culturel; Livre II: Archives; Livre III: Bibliothèques; Livre IV: Musées; Livre V: Archéologie; Livre VI: Monuments historiques, sites et espaces protégés; Livre VII: Dispositions relatives à l'outre-mer*. Codul cuprinde toate elementele necesare protecției patrimoniului cultural, fapt pentru care Codul penal francez nu acordă un spațiu special acestui domeniu.

Codul patrimoniului italian (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*), adoptat în anul 2004, are următoarea structură²: Parte I – Disposizioni generali; Parte II – Beni culturali; Parte III – Beni paesaggistici; Parte IV – Sanzioni; Parte V – Disposizioni transitorie, abrogazioni ed entrata in vigore. Codul propune soluții valoroase care pot fi avute în vedere în cadrul inițiativei de sistematizare a legislației române.

Oricare ar fi modelul de codificare agreat, este esențial ca în legislația românească să nu fie preluate instituții din legislațiile străine, fără integrarea lor în cadrul legislativ românesc, evitându-se astfel apariția unor probleme similare cu cele apărute în cazul codurilor recent intrate în vigoare, respectiv cel penal și cel de procedură penală.

După cum precizam într-o altă lucrare³, Codurile penale din România nu au acordat niciodată un spațiu special pentru un grup de incriminări destinat în exclusivitate protejării patrimoniului cultural național.

¹ Cartea I: Dispoziții comune pentru ansamblul patrimoniului cultural; Cartea II: Arhive; Cartea III: Biblioteci; Cartea IV: Muzee; Cartea V: Arheologie; Cartea VI: Monumente istorice, situri și zone protejate; Cartea VII: Dispoziții referitoare la străinătate.

² Partea I – Dispoziții generale; Partea a II-a – Bunuri culturale; Partea a III-a – Bunuri peisagistice; Partea a IV-a – Sanțiuni; Partea a V-a – Dispoziții tranzitorii, abrogări și intrarea în vigoare.

³ Matei G., *Răspunderea penală din domeniul patrimoniului cultural mobil, în lumina noii legislații penale*, comunicare susținută la Conferința internațională „Noua legislație penală. Etapă importantă în dezvoltarea dreptului român”, Conference Proceedings Citation Index by Thomson Reuters, organizată de Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Asociația Română de Științe Penale și Uniunea Juriștilor din România, București, 21 martie 2014.

Excepție face *Codul penal, adoptat prin Legea nr. 301 din 28.06.2004*, în care au fost menținute, normele de incriminare contra patrimoniului cultural prevăzute în codul penal din 1968, la care s-a adăugat o diviziune distinctă, respectiv Titlul IX, « *Delictele contra valorilor culturale și contra proprietății intelectuale*».

Subliniem faptul că, odată cu abrogarea Legii nr. 301/2004, s-a încheiat un capitol al preocupării legiuitorului în acordarea unui loc important în spațiul legii penale pentru patrimoniul cultural.

În *Codul penal din 1968*, faptele contra bunurilor care fac parte din patrimoniul cultural sunt, în general, adăugate în conținutul legal al unor infracțiuni, cum sunt furtul calificat (art. 209 alin. 2 lit a); distrugerea (art. 217 alin. 2); sustragerea sau distrugerea de înscrisuri (art. 242 alin. 2); nerespectarea regimului de ocrotire a unor bunuri (art. 280¹); distrugerea, jefuirea sau însușirea unor valori culturale (art. 360).

Noul Cod penal adoptat prin Legea nr. 286/2009, urmând tradiția legii penale din 1968, incriminează faptele săvârșite împotriva bunurilor ce fac parte din patrimoniul cultural, incluzându-le sub forma unor circumstanțe agravante în conținutul infracțiunilor de furt calificat (art. 229 alin. 2 lit. a); distrugere (art. 253 alin. 3); utilizarea de metode interzise în operațiunile de luptă (art. 443 alin. 1 lit. b).

Implicarea limitată a Codului penal în vigoare în ocrotirea patrimoniului cultural ar putea fi explicată din perspectiva realizării unui demers legislativ major de reformare a sistemului juridic care privește patrimonial cultural național.

Actele normative principale care vor fi reunite în noul Cod al patrimoniului cultural sunt:

➤ *Legea nr. 182/2000 privind protejarea patrimoniului cultural național mobil*, care are o structură formată din 12 capitole ce cuprind: dispoziții generale; cercetarea, inventarierea și clasarea; păstrarea, depozitarea și asigurarea securității bunurilor culturale mobile; conservarea și restaurarea bunurilor culturale mobile clasate; circulația bunurilor culturale mobile; regimul juridic al bunurilor arheologice mobil descoperite întâmplător sau prin cercetări arheologice; finanțarea activităților specifice de protejare a patrimoniului cultural național mobil; organisme și instituții specializate; restituirea bunurilor culturale mobile care au părăsit ilegal teritoriul unui stat membru al Uniunii Europene; recuperarea bunurilor culturale mobile care au părăsit ilegal teritoriul României; contravenții și infracțiuni; dispoziții tranzitorii și finale.

➤ *Legea nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice*, care are următoarea structură: dispoziții generale; protejarea monumentelor istorice; instituții și organisme de specialitate cu atribuții în protejarea monumentelor istorice; responsabilitățile proprietarilor de monumente istorice și le autorităților administrației publice locale; finanțarea protejării monumentelor istorice; sancțiuni; dispoziții tranzitorii și finale.

➤ *Ordonanța nr. 43/2000 privind protecția patrimoniului arheologic și declararea unor situri arheologice ca zone de interes național*, care are următoarea structură: dispoziții generale; protejarea patrimoniului arheologic; instituții și organisme de specialitate cu atribuții în doemniul protejării patrimoniului arheologic; atribuțiile autorităților administrației publice local în domeniul patrimoniului arheologic; zone de interes arheologic prioritar; infracțiuni și contravenții.

➤ *Legea nr. 26/2008 privind protejarea patrimoniului cultural imaterial*, care are următoarea structură: dispoziții generale; expresiile culturale tradiționale; măsuri de

protejare a patrimoniului cultural imaterial; instituții și organisme cu atribuții în domeniul patrimoniului cultural imaterial.

➤ *Legea nr. 6/2008 privind regimul juridic al patrimoniului tehnic și industrial*, care are următoarea structură: dispoziții generale; protejarea patrimoniului etnic și industrial; dispoziții tranzitorii și finale;

➤ *Legea muzeelor și colecțiilor publice nr. 311/2003*, care are următoarea structură: dispoziții generale; patrimoniu muzeal; clasificarea, înființarea și acreditarea muzeelor și a colecțiilor publice; finanțarea muzeelor și a colecțiilor publice; conducerea, organizarea și funcționarea muzeelor și a colecțiilor publice de drept public; instituții și organisme cu atribuții în domeniul muzeelor și al colecțiilor publice; contravenții și sancțiuni; dispoziții tranzitorii și finale.

➤ *Legea Arhivelor Naționale nr. 16/1996*, care are următoarea structură: dispoziții generale; atribuțiile Arhivelor Naționale în administrarea și protecția specială a Fondului Arhivistic Național a României; obligațiile creatorilor și deținătorilor de documente; folosirea documentelor care fac parte din Fondul Arhivistic Național a României; personalul arhivelor; răspunderi și sancțiuni; dispoziții finale și tranzitorii.

Având în vedere legislația menționată mai sus, noul Cod al patrimoniului cultural ar putea avea următoarea structură:

- I. Dispoziții comune ansamblului patrimoniului cultural
- II. Bunuri culturale mobile
- III. Monumente istorice
- IV. Patrimoniu arheologic
- V. Patrimoniul cultural imaterial
- VI. Muze
- VII. Biblioteci
- VIII. Arhive
- IX. Dispoziții finale și tranzitorii

Codificarea ca formă superioară de sistematizare legislativă presupune concentrarea într-un singur act normativ a normelor aparținând unui anumit domeniu⁴. Codul, ca act legislativ unic, trebuie să pornească de la principiile generale ale ramurii de drept *patrimoniul cultural*, să stabilească o terminologie unitară, precum și să respecte unele condiții calitative precum precizia, logica, claritatea.

Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, astfel cum a fost modificată și completată, prevede la art. 18 posibilitatea reunirii într-o structură unitară a reglementărilor dintr-un anumit domeniu.

Principalele forme de codificare sunt: *consolidarea* prin care se realizează sistematizarea actelor normative existente și soluționarea oricăror deficiențe de tehnică legislativă; *reformarea* prin care se completează consolidarea cu elaborarea de norme juridice noi, necesare pentru înlăturarea problemelor constatate în practică; „*mixtă* prin care se urmărește preponderent sistematizarea actelor normative și soluționarea deficiențelor de tehnică legislativă dar și soluționarea anumitor disfuncționalități evidente în practică”⁵.

⁴ Popa N., *Teoria generală a dreptului*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 182; Mrejeru I., *Tehnica legislativă*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1979, p. 198.

⁵ Apostol Tofan D., *Codul administrativ – o prioritate legislativă pentru România!*, în volumul Științe și codificare în România, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 328.

Procedura elaborării codurilor este prevăzută în art. 27 din Legea nr. 24/2000. După cum arătam mai sus, în cadrul Ministerului Culturii a fost înființată comisia pentru elaborarea Codului patrimoniului cultural național. Potrivit prevederilor legii, activitatea acestei comisii trebuie să fie una complexă, în urma căreia să rezulte un proiect coerent de ordonare și modificare a legislației române în domeniu, ținându-se cont de constrângerile impuse prin art. 20 – art. 22 din Legea nr. 24/2000.

Legislația este în fapt un edificiu de norme legale complex care se întrepătrund și se intercon condiționează reciproc. De aceea, demersul de modificare a legislației specifice patrimoniului cultural trebuie să țină cont de aceste aspecte și să nu modifice norme care pot produce o prăbușire a acestui edificiu. Este de aceea imperios necesar ca în cadrul acestui demers să se identifice cu exactitate acele norme care impun o modificare, fie în raport cu realitățile economico-sociale ale momentului, fie în raport cu constrângerile impuse de recomandările și deciziile adoptate la nivelul Uniunii Europene.

Un alt aspect care trebuie să fie reținut este acela de grupare a normelor în vederea ordonării lor logice și a creării unui ansamblu de norme coerent subsumat scopului declarat al inițiativei, și anume protecția eficientă a patrimoniului cultural în ansamblul său.

Așa cum arătam mai sus, România are o legislație privind patrimoniul cultural imaterial, care impune alături de protejarea acestuia și încercarea de a transla acest domeniu de exprimare culturală și la nivelul Uniunii Europene pentru a se asigura o recunoaștere și o protecție nu numai națională a acestuia, dar și la nivelul UE.

O altă analiză ce se impune este aceea a conținutului fiecărei piese de legislație în parte, pentru a se determina perfectă ei integrare în structura normei.

Respectiva comisie are de asemenea obligația de a solicita și de a ține cont de punctele de vedere exprimate de unitățile de cercetare și valorificare a patrimoniului cultural național din teritoriu. În cazul în care comisia va avea puncte de vedere proprii care pot conduce la elaborarea unei noi legislații, mai eficiente și mai cuprinzătoare decât cea pe care dorește să o înlocuiască, este necesar ca în temeiul Legii nr. 24/2000, să solicite sprijin juridic din partea Consiliului Legislativ, pentru a se evita pe cât posibil, contradicțiile în lege sau neconformitatea acestora cu prevederile Constituției României și a legislației cuprinsă în tratatele internaționale la care România este parte.

Proiectul de cod elaborat de comisie va trebui să fie discutat și în cadrul Guvernului, în ceea ce privește aspectele lui social-economice, pentru a face aplicarea legii, posibilă din toate punctele de vedere.

Orice modificări aduse proiectului, de către Guvern, vor trebui să fie înaintate Consiliului Legislativ în vederea avizării.

Pașii de urmat în drumul pe care acest proiect legislativ îl parcurge până la adoptarea lui prin vot de către Parlamentul României, fac obiectul prevederilor exprese ale Legii nr. 24/2000 și art. 3 alin. 3 din Legea nr. 73/1993.

Din practica juridică reies o serie de teme specifice patrimoniului cultural care ar trebui să facă obiectul analizei comisiei în vederea realizării activității de documentare, potrivit art. 20 din Legea nr. 24/2000.

Patrimoniul cultural s-a confruntat întotdeauna și continuă să se confrunte cu o serie de probleme care decurg, fie din neglijența privind bunurile de patrimoniu, fie din ignoranță, fie din acțiuni de agresiune interesate, cu certe valențe infracționale. Neglijența autorităților publice locale și centrale care are în majoritatea cazurilor motivații politice, ce tind să acopere și o doză importantă de incompetență și necunoaștere, sau interese de grup în utilizarea fondurilor alocate pe plan local sau central, conduce la deteriorarea, distrugerea

sau dispariția pe cale naturală (în special datorită vechimii și stării proaste de conservare) a numeroase bunuri din patrimoniul mobil și imobil.

Patrimoniul imobil a avut cel mai mult de suferit în ultimii 27 de ani, datorită ofensivei venale a sectorului afacerilor imobiliare. În acest context sute de imobile aflate în patrimoniul cultural național clasate ca monumente istorice, și alte mii susceptibile de a fi clasate, au fost deliberat lăsate în ruină sau ilegal demolate pentru a satisface interese persoanele sau de grup.

De asemenea, patrimoniul mobil a suferit pierderi imense datorită liberalizării circulației persoanelor, multe dintre aceste bunuri fiind traficate ilicit peste graniță, sau fiind sustrate din clădiri istorice și muzee, profitându-se de laxitatea normelor juridice. Nu puține sunt bunurile mobile pentru care se evită clasarea, chiar și în prezent, pentru a nu se crea obligații instituțiilor specializate în cazul dispariției lor în urma transportului și/sau utilizării lor în cadrul expozițiilor organizate în străinătate. Acest fapt se datorează și lipsei de fonduri destinate achiziționării unor servicii de asigurare. Totodată, trebuie menționat faptul că procedurile de reevaluare a bunurilor mobile și imobile aflate în patrimoniul muzeelor, nu a cuprins decât o infimă parte a respectivelor bunuri, imensa lor majoritate continuând să poarte evaluării nerealiste, de la 100 până la peste 1.000 de ori mai mici decât valoarea lor de piață, de tranzacționare în mediul cultural internațional, fie că este vorba de mediul privat ori instituționalizat.

A rămas totodată incert regimul bunurilor neclasate încă, dar care fac parte din patrimoniul instituțiilor de cultură, deoarece nu s-a ținut cont de posibilitatea ca aceste bunuri să devină cu timpul rare, sau într-un nou context economico-social și juridic să îndeplinească pe viitor condițiile care permit clasarea.

Neclar este și statutul unor bunuri imobile neclasate care fac parte din patrimoniul unui muzeu, care pe ansamblu este clasat ca monument istoric.

În ceea ce privește bunurile care fac parte din patrimoniul imobil, continuă să nu existe prevederi juridice clare și metodologii care să stabilească condițiile strămutării lor, norme privind demontarea și remontarea pe un nou amplasament, în special în ceea ce privește problemele cadastrale incidente, care apar datorită faptului că odată strămutat din locul de origine, un monument istoric devine bun mobil odată încorporat într-un muzeu în aer liber, și urmează regimul juridic aferent.

O lacună importantă a activității instituțiilor de cultură este legată de înregistrarea, evidența și catalogarea sub toate aspectele a bunurilor mobile aflate în patrimoniul propriu, multe dintre acestea rămânând timp de decenii, uneori până la autodistrugere sau dispariție, neînregistrate și neevaluate, putând fi victime nu numai ale neglijenței în conservare și restaurare, ci și ale unor acțiuni de sustragere și valorificare în afara cadrului legal.

Liberalizarea deținerii de mijloace de detectare a condus la apariția unor adevărate trusturi ale criminalității organizate specializate în atacarea și jefuirea siturilor arheologice prin detectarea unor tezaure de metale prețioase și de obiecte arheologice din metale comune care sunt traficate nu numai prin trecerea lor frauduloasă peste frontiera de stat, dar și prin vânzare pe siturile specializate, în special e-bay⁶.

De asemenea, apariția unor grupuri pasionate de istorie veche și arheologie, sau a unor persoane care acționează individual în scopul efectuării unor descoperiri arheologice dotate

⁶ G. Matei, E. Stancu, *Comerțul electronic cu artefacte arheologice, potențială sursă de finanțare a unor activități teroriste*, în volumul „Contribuția criminalistici la investigarea terorismului și a altor infracțiuni cu consecințe deosebit de grave”, Asociația Criminaliștilor din România, București, 2007.

de asemenea cu aparatură de detectare cu înaltă rezoluție, a condus la săpături ilicite haotice, mai ales în acele situri care, deși cartografiate, nu au suferit intervenții făcute în baza unor săpături arheologice sistematice conduse de specialiști. Am putea spune că aceste situri identificate prin perieghetză și cartografiate, despre care atât infractorii, cât și pasionații, iau cunoștință din publicații de specialitate, sunt complet neprotejate de lege și constituie ținte ale cercetărilor ilicite.

În ceea ce privește terminologia utilizată în domeniul patrimoniului cultural, se poate spune că aceasta este adesea neclară, lacunară sau lipsește cu desăvârșire, fapt ce face necesară o amplă acțiune de indexare a tuturor termenilor și de definire a acestora.

Din dorința de a se exersa abilități deosebite și competențe artistice în producerea unor falsuri de artă sau de obiecte de patrimoniu din alte categorii, ori din dorința realizării unor câștiguri ilicite prin vânzarea unor falsuri drept originale, în decursul timpului, din cele mai vechi epoci până în prezent, au fost produse obiecte care pot fi introduse în categoria falsurilor. Dacă pentru falsurile antice și medievale regimul juridic este stabilit, respectivele artefacte fiind înregistrate ca bunuri mobile de patrimoniu, pentru falsurile cu proveniență în epoca modernă și contemporană, cu valoare certă din punct de vedere artistic sau al măiestriei cu care au fost produse, situația continuă să fie incertă, iar înregistrarea, evidența și evaluarea lor, să lipsească.

Având în vedere situațiile prezentate mai sus, care constituie, fiecare în parte, probleme nesoluționate încă în legislația privind patrimoniul cultural, apreciem că în demersul codificării acestui domeniu specific ar trebui să se țină cont și de următoarele:

- Definirea cadrului și limitelor concrete ale normării, pentru determinarea în concret a domeniilor ce vor fi parte a noii legislații;
- Definirea unor termeni specifici patrimoniului cultural, care în prezent nu au o definiție, aflându-se în zona gri a liberului arbitru de interpretare;
- Stabilirea cu claritate a regimului juridic al bunurilor culturale neclasate, sau susceptibile a fi clasate;
- Stabilirea unei metodologii privind strămutarea monumentelor istorice;
- Stabilirea clară a regimului unui monument istoric strămutat într-un muzeu în aer liber, respectiv stabilirea caracterului său de monument istoric protejat, sau de bun mobil;
- Deconflictualizarea juridică a normelor care stabilesc caracterul de monument clasat al muzeelor și caracterul bunurilor mobile (monumente, sau bunuri mobile neclasate) pe care acestea le au în patrimoniu;
- Corelarea normelor specifice patrimoniului cultural cu actele normative care reglementează alte domenii de activitate economico-socială, ce pot intra în relație cu patrimoniul cultural în vederea asigurării unor servicii pentru strămutarea, repararea, restaurarea, conservarea ș.a., a bunurilor de patrimoniu cultural;
- Reglementarea strictă prin lege a dreptului utilizării detectoarelor de metale, a georadarilor etc., a persoanelor fizice în scopul identificării unor situri arheologice neînregistrate, și a celor înregistrate;
- Stabilirea regimului de sancțiuni pentru autoritățile publice centrale și locale care nu își îndeplinesc, sau își îndeplinesc defectuos obligațiile prevăzute de legislația pentru protecția patrimoniului cultural;
- Crearea unor metodologii cuprinzătoare pentru înregistrarea, evidența, evaluarea în condițiile pieții specifice de artă, bunuri arheologice, monumente etc., care fac parte din patrimoniul cultural;

- Crearea unor norme clare de obligații privind conservarea și restaurarea bunurilor aflate în patrimonial muzeelor fie că acestea sunt clasate sau neclasate, având în vedere că bunurile neclasate sunt susceptibile, odată cu trecerea timpului de a fi clasate;

- Stabilirea unui regim distinct de protecție pentru bunurile de artă falsificate, cu certă valoare artistică;

- Stabilirea unor criterii și termene de clasare a bunurilor de patrimoniu, care să excludă arbitrariul în evaluarea respectivelor bunuri.

Prezenta lucrare nu și-a propus să facă o analiză exhaustivă a codificării patrimoniului cultural, ci numai să semnaleze faptul că în prezent, în România au loc demersuri concrete pentru elaborarea unui cod specific domeniului, inventariind totodată legislația prezentă și aducând în discuție doar câteva dintre problemele concrete nesoluționate încă, de care autorul a luat cunoștință printr-o activitate juridică exercitată nemijlocit în domeniul patrimoniului cultural.

CONTESTAȚIA LA EXECUTARE. ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE POTRIVIT NOILOR CODURI

Florina MITROFAN*

Abstract:

The analysis of the scientific procedure starts from the rules contained in the Code of Civil Procedure with the demonstration of the particulars in the other normative acts. The approach of the theoretical and practical aspects regarding the information on the appeal of the execution provides a basis for the comparison with the prior regulations to the entry into force of the new codes.

Moreover, the analysis of this juridical institutions involves identifying the courses of a procedural nature, which provide the effectiveness of the exercise to access justice in a democratic society.

Keywords: *the opposition to the enforcement, of creditor, debtor, execution, procedural rules*

Rezumat:

Analiza demersului științific pornește de la reglementările cuprinse în Codul de procedură civilă, cu evidențierea particularităților din alte acte normative. Abordarea aspectelor teoretice și practice referitoare la contestația la executare oferă astfel un termen de comparație cu reglementările anterioare intrării în vigoare a noilor coduri.

Totodată analiza acestei instituții juridice presupune identificarea căilor de natură procedurală, prin care se asigură într-o societate democratică efectivitatea exercitării accesului liber la justiție.

Cuvinte-cheie: *contestația la executare, creditor, debitor, executare silită, mijloc procedural*

Cadrul normativ național

Dispozițiile generale referitoare la contestația la executare sunt reglementate de art. 711-719 C. pr. civ.¹, care constituie dreptul comun în materie.

Dispozițiile speciale prevăzute în alte acte normative, cum ar fi art. 260-262 Cod de procedură fiscală se completează cu prevederile din Codul de procedură civilă în privința aspectelor care nu sunt reglementate de Codul de procedură fiscală².

Reglementările legale referitoare la contestația la executare au caracterul unor norme speciale ce derogă de la normele de drept comun privind nulitatea actelor de procedură, aspect care rezultă din imposibilitatea părții vătămate prin executare de a formula acțiune directă având ca obiect constatarea nulității actelor de executare, ea putând invoca motive

* Lect. univ. dr., Universitatea din Pitești; e-mail: florinamitrofan@yahoo.com

¹ Legea nr. 134/2010 publicată în M. Of. nr.485 din 15 iulie 2010, republicată în M. Of. nr. 247 din 10 aprilie 2015.

² Legea nr. 207/2015 publicată în M. Of. nr.547 din 23 iulie 2015 cu modificările aduse prin O.U.G. nr.50/2015 publicată în M. Of. nr.817 din 3 noiembrie 2015, în vigoare de la 1 ianuarie 2016, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 358/2015 publicată în M. Of. nr.988 din 31 decembrie 2015.

de nulitate doar în cadrul contestației la executare, motive care să fie supuse analizei pe această cale.

Pornind de la prevederile art. 24 din Codul de procedură civilă, potrivit cărora „dispozițiile legii noi de procedură se aplică numai proceselor și executărilor silitе începute după intrarea acesteia în vigoare” prin raportare la dispozițiile art. 25 alin. (1) C. pr. civ., conform cărora „procesele în curs de judecată, precum și executările silitе începute sub legea veche rămân supuse acelei legi” se ajunge la concluzia în ceea ce privește aplicarea legii de procedură civilă în materia contestației la executare se va aplica legea în vigoare la data la care s-a început executarea silită.

Pentru verificarea acestui aspect este necesar ca partea interesată sau vătămată prin executare să depună în copie certificată pentru conformitate încheierea de încuviințare a executării silitе, în lipsa acestui înscris neputându-se stabili cu exactitate data la care a început executarea silită și, prin urmare, nici legea aplicabilă cauzei deduse judecătii.

Este important a fi stabilită legea aplicabilă încă de la data depunerii contestației la executare, pentru ca instanța să poată verifica condițiile de formă ale contestației la executare, prin prisma noii instituții procedurale cu denumirea marginală „verificarea cererii și regularizarea acesteia”.

Această procedură se aplică cererilor de chemare în judecată în primă instanță, implicit și contestațiilor la executare introduse de la data intrării în vigoare a Codului de procedură civilă (15 februarie 2013) până la data intrării în vigoare a Legii nr. 138/2014³.

O asemenea interpretare se impune cu atât mai mult cu cât dispozițiile art. 716 alin. (1) C. pr. civ., în forma în vigoare anterioară Legii nr. 138/2014 prevedeau că: „contestațiile la executare se judecă cu procedura prevăzută de prezentul cod pentru judecata în primă instanță, care se aplică în mod corespunzător.”

Însă, procedura de verificare și regularizare a contestației la executare, în cazul în care s-ar fi dispus suspendarea executării silitе, conducea la tergiversarea procedurii de executare silită, contrar dispozițiilor art. 6 Cod civil, întrucât contestatorul avea posibilitatea, ca în cazul în care s-a anulat contestația la executare pentru neefectuarea în termen de 10 zile de la primirea comunicării a modificărilor sau completărilor solicitate de instanță, să formuleze cerere de reexaminare împotriva încheierii de anulare în termen de 15 zile de la comunicare, ceea ce conducea la soluționarea cauzei într-un termen care nu mai putea fi considerat optim și previzibil.

A fost și motivul pentru care, prin Legea nr. 138/2014, s-a simplificat procedura, art. 717 alin. (1) C. pr. civ., prevăzând în mod expres că dispozițiile art. 200 nu sunt aplicabile în cazul contestației la executare.

În raport de cele de mai sus, instanța de executare la data învestirii sale trebuie să analizeze dacă este învestită cu o contestație la executare în privința căreia:

1) – se aplică procedura prevăzută de art. 200 C. pr. civ. (de la 15 februarie 2013 până la data intrării în vigoare a Legii nr. 138/2014) sau

2) – nu se aplică procedura prevăzută de art. 200 C. pr. civ. (începând cu data intrării în vigoare a Legii nr. 138/2014).

1) În cazul în care instanța este învestită cu soluționarea unei contestații la executare care vizează o executare silită începută înainte de data intrării în vigoare a Legii nr. 138/2014, apreciem că se impune regularizarea acesteia, și prin urmare, în raport de

³ Publicată în M. Of. nr.753 din 16 octombrie 2014.

dispozițiile art. 200 C. pr. civ., completul căruia i s-a repartizat aleatoriu cauza, la primirea cererii, verifică de îndată dacă contestația la executare îndeplinește cerințele prevăzute de lege.

În situația în care constată că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege, prin rezoluție, va dispune înștiințarea în scris a contestatorului asupra necesității regularizării contestației la executare în termen de 10 zile de la primirea comunicării sub sancțiunea anulării.

Anularea contestației la executare pentru neîndeplinirea obligațiilor referitoare la completarea sau modificarea lipsurilor stabilite prin rezoluție, în termenul mai sus menționat se va dispune prin încheiere în temeiul disp. art. 200 alin. (3) C. pr. civ., iar contestatorul are posibilitatea formulării cererii de reexaminare împotriva încheierii prin care s-a anulat contestația la executare, în termen de 15 zile de la comunicare.

Un alt element de noutate prevăzut de Codul de procedură civilă este cel referitor la indicarea instanței la care se depune cererea pentru exercitarea căii de atac formulate împotriva hotărârilor, atunci când acestea sunt supuse apelului sau recursului, astfel cum prevăd disp. art. 425 alin. (3) teza finală C. pr. civ.

Prin analogie, apreciem că indicarea instanței la care se depune cererea de reexaminare se impune și în cazul pronunțării încheierii de anulare în baza dispozițiilor art. 200 alin. (3) C. pr. civ.

În ceea ce privește fixarea primului termen de judecată, în raport de dispozițiile art. 201 C. pr. civ., judecătorul, de îndată ce constată că sunt îndeplinite cerințele prevăzute de lege pentru cererea de chemare în judecată, dispune, prin rezoluție, comunicarea acesteia către intimat, punându-i-se în vedere că are obligația de a depune întâmpinare (potrivit disp. art. 715 alin. (3) C. pr. civ., întâmpinarea fiind obligatorie și având în vedere și disp. art. 208 alin. (1) C. pr. civ., sub sancțiunea decăderii din dreptul de a propune probe sau de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel, în termen de 25 de zile de la comunicarea contestației la executare sau într-un alt termen care poate fi redus de judecător în funcție de circumstanțele cauzei și având în vedere urgența procesului, sau după caz un termen mai îndelungat, rezonabil, pentru situația în care intimatul domiciliază sau are sediul în străinătate.

Întâmpinarea se comunică de îndată contestatorului, care este obligat să depună răspuns la întâmpinare în termen de 10 zile de la comunicare, iar intimatul va lua cunoștință de răspunsul la întâmpinare din dosarul cauzei.

În termen de 3 zile de la data depunerii răspunsului la întâmpinare, judecătorul fixează prin rezoluție primul termen de judecată, care va fi de cel mult 60 de zile de la data rezoluției, dispunând citarea părților, cu respectarea dispozițiilor art. 156 C. pr. civ.

Legiuitorul a prevăzut și care este procedura în cazul în care nu se depune întâmpinare sau răspuns la întâmpinare, arătând că, la expirarea termenelor corespunzătoare depunerii acestora, dispozițiile privind stabilirea primului termen de judecată, precum și durata acestuia se aplică prin asemănare și în ipoteza în care intimatul nu a depus întâmpinare sau contestatorul nu a depus răspuns la întâmpinare.

Potrivit dispozițiilor art. 716 C. pr. civ., contestațiile se fac cu respectarea cerințelor de formă prevăzute pentru cererile de chemare în judecată.

Contestatorul care nu locuiește sau nu are sediul în localitatea de reședință a instanței poate, prin cererea sa, să își aleagă domiciliul sau sediul procesual în această localitate, arătând persoana căreia urmează să i se facă comunicările.

Întâmpinarea este obligatorie.

Contestația la executare se depune în numărul de exemplare stabilit la art. 149 alin. (1) C. pr. civ., iar la cerere se va anexa dovada achitării taxei judiciare de timbru, ce va fi stabilită în raport de dispozițiile art. 10 alin. (2) sau (3) din O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru⁴.

De menționat că în situația în care contestația la executare nu este timbrată sau este insuficient timbrată, contestatorului i se pune în vedere, în condițiile art. 200 alin. (2) teza finală din Codul de procedură civilă, obligația de a timbra cererea în cuantumul stabilit de instanță și de a transmite instanței dovada achitării taxei judiciare de timbru, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării instanței. Prin aceeași comunicare instanța îi pune în vedere contestatorului posibilitatea de a formula, în condițiile legii, cerere de acordare a facilităților la plata taxei judiciare de timbru, în termen de 5 zile de la primirea comunicării.

Dispozițiile art. 33 alin. (2) teza finală din O.U.G. nr. 80/2013 prevăd că instanța nu va proceda la comunicarea cererii de chemare în judecată în condițiile art. 201 alin. (1) C. pr. civ., decât după soluționarea cererii de acordare a facilităților la plata taxei judiciare de timbru.

2) În situația în care contestația la executare vizează o executare silită începută ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 138/2014, dispozițiile art. 200 C. pr. civ. nu mai sunt aplicabile, judecătorul dispunând de îndată comunicarea contestației la executare și a unui exemplar al înscrisurilor depuse către intimat, în condițiile mai sus descrise, procedura de comunicare și de stabilire a termenului de judecată descrisă la pct. 1), a taxei judiciare de timbru sau a altor măsuri necesare pregătirii judecății fiind aplicabilă întocmai și în situația de față.

Trebuie menționate și disp. art. 717 alin. (2) C. pr. civ., potrivit căruia, instanța sesizată va solicita de îndată executorului judecătoresc să îi transmită în termenul fixat, copii certificate de acesta de pe actele dosarului de executare contestate, dispozițiile art. 286 C. pr. civ. fiind aplicabile în mod corespunzător și îi va pune în vedere părții interesate să achite cheltuielile ocazionate de acestea.

Părțile vor fi citate în termen scurt, iar judecarea contestației se face de urgență și cu precădere.

Pentru soluționarea cu celeritate a cauzei, contestatorul se citează cu mențiunea de a depune la dosar dovada achitării taxei judiciare de timbru (în cazul în care contestația la executare nu este timbrată sau este insuficient timbrată) și de a achita executorului judecătoresc cheltuielile ocazionate de efectuarea de copii de pe înscrisurile din dosarul de executare și alte măsuri necesare pentru pregătirea judecății.

La cererea părților sau atunci când apreciază că este necesar, instanța va putea solicita relații și explicații scrise de la executorul judecătoresc.

Art. 53 alin. (1) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară⁵, republicată, cu modificările și completările ulterioare, prevede că repartizarea cauzelor pe complete de judecată se face în mod aleatoriu, în sistem informatizat.

Art. 101 alin. (1) din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești, aprobat prin Hotărârea Plenumului Consiliului Superior al Magistraturii nr. 1375/2015⁶ reglementează modalitățile concrete de repartizare aleatorie, precum și metodele prin care se evită direcționarea unui anumit dosar către un anumit complet.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 392 din 29 iunie 2013.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 576 din 29 iunie 2004 republicată în M. Of. nr. 827/13 aprilie 2005.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 970 din 28 decembrie 2015.

Aceste metode au înlăturat astfel posibilitatea părților de a-și „alege completul”, prin depunerea în repetate rânduri a aceleași cereri de chemare în judecată și renunțarea ulterioară la judecata cauzei în fața celorlalte complete.

În acest sens sunt dispozițiile art. 107 din H.C.S.M. nr. 1375/2015, potrivit cărora: „(1) Dacă ulterior înregistrării unei cereri se constată că la instanță s-a depus cel puțin o cerere formulată de aceleași părți, chiar împreună cu altele, având unul dintre obiectele inițiale, toate cererile vor fi repartizate primului complet investit dacă cererile nu au fost soluționate încă. ... (3) Prevederile alin. (1) se aplică și dacă primul complet investit a luat act de renunțarea la judecarea cererii sau a anulat cererea ca netimbrată, ca nesemnată ori pentru neîndeplinirea celorlalte condiții prevăzute de art. 194-197 din Codul de procedură civilă, ori cererea de deschidere a procedurii de insolvență a fost respinsă în condițiile art. 67 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, cu modificările și completările ulterioare⁷, precum și atunci când cererea a fost respinsă ca inadmisibilă în condițiile art. 1016 alin. (2) din Codul de procedură civilă.

Subiectele contestației la executare

Contestația la executare pornește la inițiativa contestatorului care, potrivit art. 9 C. pr. civ. fixează prin actul de sesizare a instanței, obiectul și limitele procesului, având în condițiile legii, drept de dispoziție, ce include posibilitatea acestuia de a renunța la judecată, de a renunța la dreptul dedus judecății oricând, inclusiv în căile de atac, aceasta nefiind condiționată de acceptarea cererii de renunțare la drept de către intimat; poate recunoaște pretențiile părții adverse; se poate învoi cu aceasta pentru a pune capăt, în tot sau în parte, procesului; poate renunța la exercitarea căilor de atac ori la executarea hotărârii.

Contestația la executare poate fi formulată atât de părțile executării silite (creditor sau debitor), cât și de terții vătămați prin executare.

„Specific contestației la executare este faptul că aceasta este deschisă nu numai părților executării silite, ci și terților vătămați prin urmărirea nelegală a bunurilor lor. Atunci când contestația la executare este introdusă de o terță persoană care pretinde scoaterea de sub urmărire a bunurilor sale urmărite greșit ca fiind ale debitorului, contestația la executare este o adevărată acțiune de scoatere de sub urmărire, care nu are caracterul unei simple plângeri împotriva actelor de executare ... Terțul cere să se constate că bunul urmărit este al său, sau, dacă bunul nu se află în posesia sa, terțul îl revendică cu ocazia executării silite de la cel care a ajuns pe nedrept în posesia lui. Terțul proprietar al bunului urmărit angajează astfel un adevărat litigiu petitoriu cu privire la proprietate, în cadrul căruia se pune în discuție și trebuie să se facă dovada dreptului de proprietate”⁸.

Trebuie menționată și prevederea art. 92 alin. (1) C. pr. civ., potrivit căreia „Procurorul poate porni orice acțiune civilă, ori de câte ori e necesar pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale minorilor, ale persoanelor puse sub interdicție și ale dispăruților, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege, dar și dispozițiile alin. (5) al aceluiași articol conform cărora „procurorul poate să ceară punerea în executare a oricăror titluri emise în favoarea persoanelor prevăzute la alin. (1)”. Nu în ultimul rând trebuie menționat și elementul de noutate referitor la obligativitatea introducerii în proces a titularului dreptului, care, dobândind calitatea de parte, are posibilitatea să se prevaleze de dreptul de dispoziție, putând să ceară continuarea judecății sau a executării silite, în situația în care

⁷ Publicată în M. Of. nr.466 din 25 iunie 2014

⁸ G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 1020.

procurorul își retrage cererea, sau să renunțe la judecată sau la dreptul pretins, ori să stingă litigiul prin încheierea unei tranzacții sau a unui acord de mediere.

Obiectul contestației la executare

Contestația la executare reprezintă mijlocul procesual prevăzut de lege, prin care părțile interesate sau vătămate prin executare au posibilitatea, în faza executării silite, să solicite instanței competente verificarea legalității actelor de executare sau a executării înseși, precum și a încheierilor întocmite de executorul judecătoresc în cadrul executării silite.

Totodată, pe calea contestației la executare, la solicitarea părților interesate, se realizează controlul judiciar al încheierii de investire cu formulă executorie (pentru situațiile în care – anterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 1/2016 pentru modificarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și a unor acte normative conexe⁹ – s-a dispus investirea cu formulă executorie), precum și al încheierii de încuviințare a executării silite, dar numai după începerea executării silite.

Mai mult decât atât, părțile interesate au posibilitatea să conteste refuzul executorului judecătoresc de a efectua o executare silită sau de a îndeplini un act de executare, în condițiile prevăzute de lege.

Pe calea contestației la executare se poate solicita și lămurirea înțeleșului, întinderii sau aplicării titlului executoriu, dacă nu s-a utilizat procedura prevăzută la art. 443 C. pr. civ.

Împărțirea bunurilor proprietate comună pe cote-părți sau în devălmășie poate fi hotărâtă, la cererea părții interesate, și în cadrul judecării contestației la executare.

Instanța competentă

În ceea ce privește competența, contestația la executare se introduce la instanța de executare, care, potrivit disp. art. 651 alin. (1) C. pr. civ. poate fi:

- judecătoria în circumscripția căreia se află, la data sesizării organului de executare, domiciliul sau sediul debitorului, în afara cazurilor când legea dispune altfel;
- judecătoria în circumscripția căreia se află, la data sesizării organului de executare, domiciliul sau, după caz sediul creditorului, în situația în care domiciliul sau sediul debitorului nu se află în țară;
- judecătoria în a cărei circumscripție se află sediul biroului executorului judecătoresc investit de creditor, în ipoteza în care domiciliul sau sediul creditorului nu se află în țară.

Ceea ce interesează sub aspectul datei în raport de care se determină instanța de executare competentă, este data sesizării organului de executare, orice schimbare ulterioară a domiciliului sau sediului debitorului, ori, după caz, al creditorului după începerea executării silite nu atrage schimbarea competenței instanței de executare.

Dispozițiile art. 714 alin. (2) C. pr. civ. instituie o competență teritorială alternativă în cazul urmăririi silite a imobilelor, al urmăririi silite a fructelor și a veniturilor generale ale imobilelor, precum și în cazul predării silite a bunurilor imobile, dacă imobilul se află în circumscripția altei curți de apel decât cea în care se află instanța de executare, dând posibilitatea contestatorului să poată opta între a sesiza instanța de executare, astfel cum este ea reglementată la art. 651 alin. (1) C. pr. civ., fie judecătoria de la locul situării imobilului.

⁹ Publicată în M. Of. nr.85 din 4 februarie 2016.

O situație aparte este reglementată în privința competenței instanței învestite cu lămurirea înțelesului, întinderii sau aplicării titlului executoriu, în acest caz fiind competentă instanța (secția specializată sau completul specializat după caz) care a pronunțat hotărârea ce se execută, aceasta putând fi: judecătorie, tribunal, tribunal specializat, curte de apel sau Înalta Curte de Casație și Justiție.

Un alt element de noutate reglementat de Codul de procedură civilă se referă la competența teritorială, în raport de calitatea persoanei (judecător, procuror, magistrat asistent și grefier) reglementată de disp. art. 127 alin. (1) C. pr. civ., care se referă la obligativitatea acestora de a sesiza una dintre instanțele de același grad din circumscripția oricăreia dintre curțile de apel învecinate, în situația în care au calitatea de contestator într-o cerere de competență instanței la care își desfășoară activitatea.

Sintagma folosită de legiuitor în art. 127 C. pr. civ. „instanța la care își desfășoară activitatea” nu poate fi interpretată în sens larg, de curte de apel în a cărei circumscripție își desfășoară activitatea judecătorul, procurorul, magistratul asistent sau grefierul contestator, ci are înțelesul de instanță judecătorească la care acesta funcționează efectiv.

Soluțiile pe care le poate pronunța instanța

În situația în care contestația la executare nu a fost timbrată sau a fost insuficient timbrată instanța, în raport de disp. art. 197 C. pr. civ. va anula contestația la executare.

Cu excepția contestațiilor la executare formulate împotriva refuzului executorului judecătoresc de a efectua o executare silită sau de a îndeplini un act de executare, potrivit legii, acesta nu are calitate procesuală pasivă în cadrul contestațiilor formulate de creditor, debitor sau terțul vătămat prin executare, situație în care dacă s-a formulat contestație la executare împotriva executorului judecătoresc (cu excepția situațiilor de mai sus), contestația va fi respinsă ca fiind formulată împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă.

Un alt aspect ce trebuie analizat se referă la termenul de introducere a contestației la executare, astfel cum este reglementat de disp. art. 715 C. pr. civ., depunerea peste termen atrăgând respingerea ca tardiv formulată a contestației la executare.

Disp. art. 720 C. pr. civ. reglementează efectele soluționării contestației la executare, astfel:

- dacă admite contestația, instanța va îndrepta ori anula actul de executare contestat, va dispune anularea ori încetarea executării înseși, va anula ori lămuri titlul executoriu;
- dacă s-a cerut partajarea bunurilor proprietate comună, instanța va hotărî și asupra împărțelii acestora, potrivit legii;
- în cazul respingerii contestației, contestatorul poate fi obligat, la cerere, la despăgubiri pentru pagubele cauzate prin întârzierea executării, iar când contestația la executare a fost exercitată cu rea-credință, el va fi obligat și la plata unei amenzi judiciare de la 1.000-7.000 lei.

În privința admisibilității contestației la executare, din dispozițiile art. 713 C. pr. civ. rezultă situațiile de inadmisibilitate a contestației la executare, astfel că, în cadrul contestației la executare pot fi invocate apărări de fond doar în situația în care titlul executoriu nu este o hotărâre judecătorească sau arbitrală.

O altă condiție de admisibilitate a invocării unor apărări de fond în cazul titlurilor executorii (altele decât o hotărâre judecătorească sau arbitrală) este inexistența unei căi procesuale specifice, la care fac referire disp. art. 713 alin. (2) C. pr. civ.

Un alt element de noutate îl constituie inadmisibilitatea formulării unei noi contestații de către aceeași parte pentru motive care au existat la data primei contestații.

În materie fiscală, disp. art. 260 Cod procedură fiscală reglementează posibilitatea persoanelor interesate de a formula contestație la executare împotriva oricărui act de executare efectuat cu încălcarea prevederilor Codului de procedură fiscală de către organele de executare, precum și în cazul în care aceste organe refuză să îndeplinească un act de executare în condițiile legii.

Contestația poate fi formulată și împotriva titlului executoriu în temeiul căruia a fost pornită executarea, în cazul în care acest titlu nu este o hotărâre pronunțată de o instanță judecătorească sau de un alt organ jurisdicțional și dacă pentru contestarea lui nu există o altă procedură prevăzută de lege.

În cazul în care se anulează actelor de executare contestate sau al încetării executării înseși și al anulării titlului executoriu, instanța poate dispune prin aceeași hotărâre să i se restituie celui îndreptățit suma ce i se cuvine din valorificarea bunurilor ori din reținerile prin poprire.

În materie fiscală, apărările de fond împotriva actului administrativ fiscal pot fi supuse controlului de legalitate numai în cadrul contestației la executare.

O situație aparte se întâlnește în cadrul contestației la executare formulate împotriva titlului executoriu reprezentat de cambie, cec, bilet la ordin, în privința cărora pot fi invocate apărări de fond pe calea contestației la executare, întrucât dispozițiile Legii nr. 58/1934 Legii nr. 59/1934 nu reglementează o altă cale procesuală specifică prin care să se poată solicita desființarea acestora.

Căi de atac

O altă problemă ce comportă discuții este legată de actul de dezinvestire al instanței, pornind de la prevederile art. 651 alin. (3) C. pr. civ., potrivit cărora instanța de executare soluționează *contestațiile la executare, precum și orice alte incidente apărute în cursul executării silit*, cu excepția celor date de lege în competența altor instanțe sau organe și dispozițiile alin. (4) al aceluiași articol, conform cărora „*în toate cazurile instanța de executare se pronunță prin încheiere executorie care poate fi atacată numai cu apel, în termen de 10 zile de la comunicare, dacă prin lege nu se dispune altfel*”.

Or, în condițiile în care art. 651 alin. (4) C. pr. civ., instituie regula soluționării „*în toate cazurile prin încheiere executorie*”, iar disp. art. 718 alin. (1) C. pr. civ. și art. 720 alin. (4) C. pr. civ. fac referire la *hotărârea* pronunțată cu privire la contestația la executare apare o neconcordanță între textele de lege menționate, cu atât mai mult cu cât art. 651 alin. (3) fac referire la „*contestația la executare, precum și orice alte incidente apărute în cursul executării silit*”.

Apreciem că actul de dezinvestire al instanței în cazul contestației la executare este sentința, iar nu încheierea, ținând seama și de dispozițiile art. 424 alin. (1) C. pr. civ.

În ceea ce privește calea de atac formulată împotriva hotărârilor pronunțate în contestația la executare, se stabilește regula potrivit căreia, hotărârea pronunțată într-o astfel de situație poate fi atacată *numai cu apel*, cu excepția hotărârilor pronunțate în temeiul dispozițiilor art. 712 alin. (4) și art. 715 alin. (4) care pot fi atacate în condițiile dreptului comun.

Hotărârea prin care s-a soluționat contestația privind înțelesul, întinderea sau aplicarea titlului executoriu este supusă aceluiași căi de atac ca și hotărârea ce se execută. Dacă prin contestație s-a cerut lămurirea înțelesului, întinderii sau aplicării unui titlu care nu

constituie hotărâre a unui organ de jurisdicție, hotărârea prin care s-a soluționat contestația va putea fi atacată numai cu apel, dispozițiile alin. (1) aplicându-se în mod corespunzător.

În situația în care instanța a pronunțat o hotărâre în temeiul unui text de lege în privința căruia se invocase excepția de neconstituționalitate a partea interesată sau vătămată prin executare poate formula revizuire împotriva hotărârii definitive indiferent dacă evoca sau nu evoca fondul.

O situație aparte s-ar putea întâlni în cazul în care, ulterior pronunțării Deciziei nr. 895/17 decembrie 2015¹⁰ a Curții Constituționale, în contestațiile la executare aflate pe rolul instanțelor, s-a invocat excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 666 din Codul de procedură civilă până la data publicării acestei decizii, respectiv 4 februarie 2016.

Paragraful 28 din considerentele deciziei sus-menționate enumeră efectele pe care le produce admiterea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 666 C. pr. civ., printre aceste efecte fiind și anularea tuturor executărilor silite în care s-au formulat contestații la executare împotriva încheierii de încuviințare a executării silite de către executorul judecătoresc, aflate pe rolul instanțelor la data publicării deciziei, precum și a celor în care s-a invocat excepția de neconstituționalitate.

Apreciem că, chiar în raport de considerentele deciziei sus-menționate, nu se poate trece direct la anularea actelor de executare fără a ține seama dacă contestația la executare este timbrată, dacă a fost depusă în termenul prevăzut de dispozițiile legale, dacă este formulată de o persoană care justifică un interes, dacă este admisibilă etc.

Un alt aspect esențial este legat de faptul că trebuie verificat dacă excepția invocată are legătură cu dispozițiile art. 666 C. pr. civ., referitoare la atribuția executorului judecătoresc de încuviințare a executării silite, în caz contrar, nefiind aplicabile efectele prescrise de Decizia nr. 895/17 decembrie 2015.

¹⁰ Publicată în M. Of. nr.84/4 februarie 2016

LUPTA ÎMPOTRIVA FRAUDEI ȘI EVAZIUNII FISCALE ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ

Mihaela AGHENIȚEI*

Abstract:

In its conclusions of 18 December 2014, the European Council refers to „an urgent need to intensify efforts to combat tax evasion and tax planning aggressive, both globally and at EU level.” Since December 2014, the Commission quickly launched the first steps towards adopting an approach at EU level. Meanwhile, the OECD has completed work on defining global rules and standards for these purposes.

By Directive 0010/2016/EU amending Directive 2011/16/EU as part of the package antievaziune Commission, addresses the political priority of combating tax evasion and aggressive tax planning. It also constitutes a response to requests from the European Parliament, which is consistent with the initiatives announced in the Commission's action plan on creating a fairer system of taxation of companies [COM (2015) 302] aimed at combating tax evasion.

Keywords: „tax fraud” tax evasion „,” global „,” tools to fight

Rezumat:

În concluziile sale din 18 decembrie 2014, Consiliul European face referire la „o nevoie urgentă de intensificare a eforturilor de combatere a evaziunii fiscale și a planificării fiscale agresive, atât la nivel mondial, cât și la nivelul UE”. Începând din decembrie 2014, Comisia a lansat rapid primele măsuri în vederea adoptării unei abordări la nivelul UE. Între timp, OCDE și-a finalizat lucrările privind definirea normelor și standardelor globale în aceste scopuri.

Prin directiva 0010/2016/UE, care modifică Directiva 2011/16/UE a Consiliului ca parte a pachetului antievaziune al Comisiei, abordează prioritatea politică de combatere a evaziunii fiscale și a planificării fiscale agresive. De asemenea, constituie un răspuns la solicitările Parlamentului European, fiind în concordanță cu inițiativele anunțate în planul de acțiune al Comisiei privind crearea unui sistem mai echitabil de impozitare a întreprinderilor [COM (2015) 302] care vizează combaterea evaziunii fiscale.

Cuvinte-cheie: „fraude fiscale”, evaziunea fiscală”, „nivel global”, „instrumente de luptă”

În data de 02 martie 2012, Consiliul Europei a invitat Consiliul și Comisia să elaboreze rapid modalități concrete de îmbunătățirea luptei împotriva fraudei fiscale și a evaziunii fiscale, inclusiv cu privire la țările terțe și să prezinte un raport. În aprilie 2012 Parlamentul European a adoptat o Rezoluție – ecou la nevoia urgentă de acțiune.

Ca un prim răspuns, Comisia a adoptat la 27 iunie 2012 o Comunicare – „Comunicarea din iunie”¹ – prin care a subliniat modul în care respectarea obligațiilor fiscale, eliminarea

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Dunărea de Jos”, Galați; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: maghenitei@gmail.com.

fraudelor și a evaziunii pot fi îmbunătățite printr-o mai bună utilizare a instrumentelor existente în așteptarea adoptării propunerilor Comisiei. Aceasta din urmă a identificat deasemenea, domenii în care măsurile legislative sau de coordonare ar fi în beneficiul Uniunii Europene și a statelor membre, demonstrând că această colaborare ar conduce la o eficientizare sporită a luptei împotriva fraudei și evaziunii fiscale.

Comunicarea din iunie a anunțat pregătirea, înainte de sfârșitul anului 2012, a unui plan de acțiune care stabilește măsuri concrete de consolidare a cooperării administrative și de sprijinire a dezvoltării politicii de guvernare existente, problemele mai extinse de interacțiune cu paradisurile fiscale și de planificare a combaterii fraudei fiscale agresive și de alte aspecte, inclusiv de infracțiuni legate de taxe.

Comisia a prezentat în acest nou plan de acțiune, noi inițiative care au progresat în tot acest an și în anii următori, necesitând o perioadă mai îndelungată. Totodată, Comisia a fost conștientă de necesitatea de a nu supraîncărca statele membre, ținând cont și de capacitatea acestora de a lua măsurile necesare.

În esență, acest plan de acțiune conține măsuri practice care pot oferi rezultate concrete în toate statele membre și să ofere sprijinul acelor state membre cărora le-au fost adresate recomandări specifice de țară cu privire la necesitatea de a consolida colectarea impozitelor, în contextul european de exercițiu.

Statele membre și părțile interesate au fost consultate cu privire la conținutul planului de acțiune și prioritățile care urmează să fie acordate pe fiecare element în parte, luând în considerare toate punctele de vedere. Mesajul cel mai puternic din partea statelor membre a fost că trebuie acordată prioritate acțiunilor deja pornite cu aplicarea legislației recent adoptate privind cooperarea administrativă și combaterea fraudei fiscale. Statele membre au subliniat de asemenea, necesitatea de a adopta rapid propunerile în curs în cadrul Consiliului și de a acorda o atenție deosebită luptei împotriva fraudei în domeniul TVA și a evaziunii²

Comisia va continua să promoveze utilizarea mai eficientă de către toate statele membre a unor instrumente informatice practice pentru toate impozitele, o abordare concertată a impozitelor directe și indirecte, între impozitare și uniunea vamală prin utilizarea adecvată a programelor Fiscalis și vamale, pentru a îmbunătăți comunicarea și pentru a promova o repartizare mai sistematică a celor mai bune practici și instrumente, acolo unde se impune. Acest fapt poate conduce și ajuta la eficientizarea auditului și controlului de specialitate, pentru a reduce povara asupra contribuabililor. Toate acțiunile propuse sunt coerente și compatibile cu actualul cadru financiar multianual, respectiv cu noul cadru financiar 2014-2020.

Cu toate eforturile concertate, fraudă fiscală și evaziunea fiscală a căpătat o dimensiune transfrontalieră importantă, ce poate fi rezolvată de statele membre în mod eficient numai dacă lucrează împreună. „Îmbunătățirea cooperării administrative între administrațiile

¹ COM (2012) 351 finalul datei de 27.06.2012 Comunicarea Comisiei către Parlamentul European și Consiliu cu privire la modalitățile concrete de consolidare a luptei împotriva fraudei fiscale și a evaziunii fiscale, inclusiv în relația cu țările terțe;

² Recomandările specifice fiecărei țări au fost adresate Bulgaria, Cipru, Republica Cehă, Estonia, Ungaria, Italia, Lituania, Malta, Polonia și Slovacia. Rețineți că statele membre care beneficiază în prezent de asistență financiară în cadrul Fondului european de stabilitate financiară (FESF), a Mecanismului european de stabilizare financiară (MESF) sau în conformitate cu dispozițiile articolului 143 din tratat, se recomandă să pună în aplicare măsurile prevăzute în deciziile lor de aplicare și menționate în continuare în memorandumuri de înțelegere și posibile completările ulterioare. Aceasta se referă la Grecia, Irlanda, Portugalia și România;

fiscale ale statelor membre” este prin urmare, un obiectiv-cheie al strategiei Comisiei în acest domeniu. Au fost făcuți deja o serie de pași importanți.

1. Noul Cadru de cooperare administrativă

Pornind de la propunerile Comisiei, Consiliul a adoptat un nou cadru de cooperare administrativă. Acest set nou legislativ privind cooperarea administrativă în domeniul fiscal și de abrogare a Directivei 77/799/CEE – JO L 64 din instrumente, deschide calea pentru dezvoltarea de noi instrumente, chir între Comisie și statele membre. Comunicarea din Iunie evidențiază faptul că utilizarea lor eficientă și cuprinzătoare de către statele membre este în curs de atingere³.

2. Acoperirea lacunelor privind impozitarea veniturilor din economii

Adoptarea modificărilor propuse de Comisie cu privire la Directiva privind impozitarea veniturilor din economii vor permite acoperirea lacunelor din Directivă și astfel se va îmbunătăți eficacitatea acestui instrument. Acest lucru va ajuta statele membre să asigure o mai bună impozitare efectivă a economiilor din venituri transfrontaliere. După adoptarea în Consiliu, acesta dă un mandat Comisiei de a solicita modificări corespunzătoare ale acordurilor de impozitare de economii existente cu țările terțe.

3. Proiectul antifraudă și acord de cooperare fiscală

În mod similar, Comisia a invitat Consiliul să semneze și să încheie proiectul de antifraudă și acordul de cooperare fiscală între Uniunea Europeană, statele sale membre și Lichtenstein, propunere prezentată Consiliului în 2009⁴ și să adopte proiectul de mandat pentru deschiderea negocierilor cu alte patru țări terțe vecine. Acest fapt a făcut posibil ca și Comisia să negocieze acorduri care să asigure aceleași instrumente pentru lupta împotriva fraudei și standarde ridicate de transparență, schimb de informații, disponibile astfel pentru toate statele membre.

4. Mecanismul de reacție împotriva fraudei în domeniul TVA

Comisia la 31 iulie 2012 a prezentat o propunere pentru un mecanism de reacție rapidă împotriva fraudei în domeniul TVA. După adoptarea de către Consiliu, aceasta permite Comisiei să autorizeze foarte repede un stat membru să adopte măsuri de derogare cu caracter temporar, în scopul de a aborda cazurile de fraudă bruscă și masivă⁵, cu un impact financiar major. Consiliul a fost îndemnat să adopte rapid această propunere ca fiind o mare prioritate în domeniu.

5. Aplicarea opțională a TVA inversează mecanismul de taxare

Comisia a prezentat în 2009 o propunere cu privire la aplicarea opțională a mecanismului de taxare inversă TVA în legătură cu furnizarea anumitor bunuri și servicii care prezintă risc de fraudă. Adoptarea de către statele care nu au agreeat inițial propunerea, ar permite tuturor statelor membre să aplice mecanismul de taxare inversă în aceleași

³ Council conclusions of December 2011 (doc. 9586/12 – FISC 63 OC 213);

⁴ Directiva 2010/24/UE din 16 martie privind asistența reciprocă în materie de recuperare a creanțelor legate de impozite, taxe și alte măsuri (JO L 84 din 31.3.2010, P. 1); Regulamentul Consiliului nr 904/2010/UE din 7 octombrie 2010 privind cooperarea administrativă și combaterea fraudei în domeniul taxei pe valoarea adăugată (JO L 268 din 12.10.2010, P. 1); Directiva 2011/16/UE din 15 februarie 2011

⁵ COM (2008) 727 final, 13.11.2008

condiții în sectoare în care reprezintă cel mai eficient instrument de „fraudă de tip carusel”⁶ în loc de a adopta derogări individuale de la Directiva TVA, care ar putea avea un impact negativ asupra luptei împotriva fraudei în alte state membre.

6. Forumul Uniunii Europene cu privire la TVA

Autoritățile fiscale de afaceri recunosc că sistemul actual TVA este greu de gestionat și vulnerabil la fraudă. În cedarea îmbunătățirii guvernantei TVA la nivelul Uniunii Europene, Comisia a decis să creeze un forum al TVA: în acest dialog, reprezentanții platformelor de întreprinderi mari, mijlocii și mici, respectiv autoritățile fiscale, pot face schimb de opinii cu privire la aspectele practice transfrontaliere de administrare al TVA-ului, precum și să identifice, respectiv să discute cele mai bune practici ce ar putea contribui la eficientizarea managementului sistemului TVA, care vizează reducerea costurilor de conformare, în timp ce se și asigură veniturile din TVA. Comisia a invitat statele membre să participe cât mai mult posibil pe forumul de TVA⁷ al Uniunii Europene pentru atingerea obiectivelor sale. Împreună cu acest plan de acțiune, Comisia prezintă și o serie de noi inițiative care răspund la unele dintre nevoile identificate pentru a asigura o politică coerentă *vis-a-vis* de țările terțe, pentru a îmbunătăți schimbul de informații și pentru a aborda anumite tendințe de fraudă.

7. Recomandarea cu privire la măsurile menite să încurajeze țările terțe să aplice standardele minime de bună guvernanta în domeniul fiscal

Ținând cont de libertățile care le sunt acordate atunci când operează pe piețele interne, companiile pot structura acorduri cu astfel de jurisdicții, prin intermediul statului cu cel mai slab răspuns la cerințele europene. Ca urmare, protecția generală a veniturilor fiscale a statelor membre tinde să fie doar la fel de echivalentă cu eficiența celui mai slab răspuns dat de unul din statele membre. Acest fapt erodează nu numai „bazele fiscale ale statelor membre”, dar de asemenea pune în pericol condițiile de concurență echitabile pentru afaceri și, în cele din urmă, perturbă funcționarea pieței interne. Cu scopul de a aborda această problemă, Comisia recomandă adoptarea de către statele membre a unui set de criterii pentru identificarea țărilor terțe care nu îndeplinesc standardele minime ale bunei guvernante în chestiuni fiscale și „un set de instrumente” de măsuri în ceea ce privește țările terțe, în funcție de care, dacă nu sunt conforme cu aceste standarde, ori s-au angajat să le respecte, se va proceda în consecință. Aceste măsuri presupun o posibilă „listă neagră” de jurisdicții neconforme și renegociere, suspendarea sau încheierea de convenții fiscale duble (DTC-uri). Pentru a evita promovarea afacerii de către țările terțe cu nerespectarea cerințelor Comisiei, aceasta a invitat statele membre să ia măsuri complementare, suplimentare, cu respectarea deplină a legislației Uniunii Europene. Mai mult decât atât, statele membre ar trebui să ia în considerare detașamente ad-hoc de experți pentru a sprijini administrațiile fiscale în țările terțe care se angajează să respecte standardele minime, dar au nevoie de asistență tehnică. Această recomandare este un important prim-pas concret pentru a alinia atitudinile adoptate de statele membre în ceea ce privește nerespectarea standardelor minime în zona respectivă.

⁶ COM (2009) 644 final, 23.11.2009 and COM (2009) 648 final, 23. 11. 2009

⁷ COM (2012) 428 final of 31.07.2012

8. Recomandare privind planificarea fiscală agresivă

Planificarea fiscală agresivă ar putea fi, astfel, considerată contrară principiilor de responsabilitate socială a întreprinderilor⁸, și deci, sunt necesare măsuri concrete de rezolvare a problemei. Prin acțiuni concrete în acest sens s-ar putea îmbunătăți, de asemenea, funcționarea pieței interne, aceasta fiind, de altfel și recomandarea Comisiei, respecti ca statele membre să ia măsuri eficiente comune în domeniu. În mod special, statele membre sunt încurajate să includă o clauză în convențiile încheiate, de evitare a dublei convenții fiscale (DTC-uri) încheiate cu alte state membre ale Uniunii Europene și cu țările terțe pentru a rezolva problema dublei impozitări. Comisia recomandă în acest sens, utilizarea unei reguli comune anti-abuz, generale.

Directivele fiscale ale Uniunii Europene⁹ permit deja statelor membre să aplice măsuri de protecție anti-abuz. Respectând în același timp legislația Uniunii Europene, statele membre pot utiliza aceste posibilități pentru a evita planificarea fiscală abuzivă. Mai mult decât atât, Comisia este dispusă să contribuie cu lucrări în cadrul forurilor internaționale fiscale, cum ar fi OCDE, pentru a aborda complexitatea fenomenului de impozitare a comerțului electronic prin elaborarea unor standarde internaționale adecvate.

În concluziile sale din 18 decembrie 2014, Consiliul European face referire la „o nevoie urgentă de intensificare a eforturilor de combatere a evaziunii fiscale și a planificării fiscale agresive, atât la nivel mondial, cât și la nivelul UE”. Începând din decembrie 2014, Comisia a lansat rapid primele măsuri în vederea adoptării unei abordări la nivelul UE. Între timp, OCDE și-a finalizat lucrările privind definirea normelor și standardelor globale în aceste scopuri.

Prin directiva 0010/2016/UE, care modifică Directiva 2011/16/UE¹⁰ a Consiliului ca parte a pachetului antievaziune al Comisiei, abordează prioritatea politică de combatere a evaziunii fiscale și a planificării fiscale agresive. De asemenea, constituie un răspuns la solicitările Parlamentului European, fiind în concordanță cu inițiativele anunțate în planul de acțiune al Comisiei privind crearea unui sistem mai echitabil de impozitare a întreprinderilor [COM (2015) 302] care vizează combaterea evaziunii fiscale.

Întreprinderile au considerat în mod tradițional planificarea fiscală ca fiind legitimă pe motiv că utilizează mecanisme juridice pentru a-și reduce datoriile fiscale. Cu toate acestea, planificarea fiscală a devenit mai complexă în ultimii ani, dezvoltându-se de la o jurisdicție la alta și transferând profiturile impozabile către statele cu regimuri fiscale avantajoase. Această formă „agresivă” de planificare fiscală se poate manifesta în diverse moduri, de exemplu prin exploatarea detaliilor tehnice ale unui regim fiscal sau a neconcordanțelor dintre două sau mai multe regimuri fiscale pentru a reduce sau a evita datoriile fiscale. Printre consecințele acestei practici se numără deducerile duble (de exemplu, aceeași cheltuială se deduce atât în statul de origine, cât și în statul de rezidență) și dubla

⁸ COM (2012) 428 final din 31.07.2012 Numai partea de care propunere cu privire la cu efect de seră 11.3.2011, p. 1); Regulamentul Consiliului nr 389/2012/UE din 2 mai 2012 privind cooperarea administrativă în domeniul accizelor și de abrogare a Regulamentului (CE) nr 2073/2004 (JO L 121 din 8.5.2012, p. 1) a cotelor de emisie de gaze a fost adoptată martie 2010 Directiva 2010/23/UE din 16.03.2010 de modificare a Directivei 2006/112/CE privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată, cu privire la aplicarea opțională și temporară a mecanismului de taxare inversă în legătură cu furnizarea anumitor servicii sensibile la fraudă (JO L 72 din 20.03.2010, p. 1);

⁹ Decizia Comisiei (2012/C198/05) din 3 iulie 2012 privind înființarea forum TVA în UE;

¹⁰ Directiva a Consiliului Europei de modificare a Directivei 2011/16/UE în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal; Rezoluția 2058/2015 a PE.

neimpozitare (de exemplu, veniturile nu sunt impozitate nici în statul de origine, nici în statul de rezidență al beneficiarului).

Spre deosebire de întreprinderile mici și mijlocii sau de contribuabilii individuali, grupurile de întreprinderi multinaționale se află într-o poziție care le permite să exploateze lacunele existente în legislația fiscală națională și internațională pentru a transfera profiturile dintr-o țară în alta cu scopul de a-și reduce contribuțiile fiscale.

Prezenta directivă prevede obligația grupurilor de întreprinderi multinaționale de a furniza, în fiecare an și pentru fiecare jurisdicție fiscală în care desfășoară activități economice, anumite informații, inclusiv cuantumul veniturilor, profitul anterior impozitării veniturilor, impozitele pe venit plătite și acumulate, numărul de salariați, capitalul social, câștigurile de capital reținute și activele corporale. Aceste informații vor permite autorităților fiscale să reacționeze la practicile fiscale dăunătoare prin modificarea legislației sau prin evaluări adecvate ale riscurilor și audituri fiscale corespunzătoare.

Noile cerințe în materie de transparență ar trebui să garanteze reducerea la minimum a sarcinii administrative impuse întreprinderilor. În principiu, grupurile de întreprinderi multinaționale din UE nu ar trebui să fie obligate să transmită informațiile tuturor statelor membre ale UE în care desfășoară activități, ci numai autorităților fiscale din statul lor de rezidență. Conform prezentei directive, statele membre au obligația ca, imediat după primirea raportului pentru fiecare țară în parte, să transmită informațiile statelor membre în care, după cum reiese din raport, societățile aparținând grupului de întreprinderi multinaționale în cauză fie au rezidența fiscală, fie sunt impozabile pentru activitatea desfășurată prin intermediul unui sediu permanent.

9. Crearea unei Platforme pentru o bună guvernare fiscală

Comisia intenționează să creeze o Platformă pentru o bună guvernare fiscală, alcătuită din experți din state membre și reprezentanți ai altor părți interesate, pentru a oferi asistență în pregătirea raportului său privind punerea în aplicare a celor două recomandări, precum și în activitatea sa în curs de desfășurare privind planificarea fiscală agresivă și buna guvernare în materie fiscală.

10. Îmbunătățiri în domeniul impozitării afacerilor dăunătoare și în domeniile conexe

În conformitate cu cele analizate în lucrare și așa cum rezultă din analiza anuală¹¹ de creștere economică, Comisia a subliniat în continuare necesitatea urgentă de a da un nou impuls economiei productive, prin adoptarea Codului de Conduită pentru Afaceri și Impozitare (Code)¹².

În ultimii anii a făcut progrese și a obținut rezultate tangibile Codul de Conduită JO Grupul însărcinat cu evaluarea măsurilor fiscale, dar care la rândul său poate face obiectul Codului (Code)¹³. De asemenea, Codul de Conduită are în prezent în vedere problemele de neconcordanță în care sunt necesare soluții urgente. În cazul în care astfel de probleme de neconcordanță nu-și găsesc soluționarea cu stabilirea de termene concrete, Comisia este pregătită să facă propuneri de măsuri legislative. În plus, în cazul în care directivele

¹¹ Anexa la analiza anuală a creșterii 2012 "politicile fiscale favorabile creșterii în statele membre și coordonare fiscală mai bună în UE", COM (2011) 815 final, VOL. 5/5 – Anexa IV, alin. 3.1;

¹² Directivele privind dobânzile și redevențele, Fuziuni și mamă și Filiala;

¹³ Anexa la analiza anuală a creșterii 2012 "politicile fiscale favorabile creșterii în statele membre și coordonare fiscală mai bună în UE", COM (2011) 815 final, VOL. 5/5 – Anexa IV, alin. 3.1;

existente conduc la planificări și oportunități de planificare fiscală agresivă, Comisia poate interveni, ca în cazul dublei impunerii. La rândul său, Comisia va continua să sprijine statele membre pentru a asigura promovarea eficientă a Codului de Conduită pentru Impozitarea Afacerilor în țări terțe și pentru a promova o concurență fiscală loială la nivel global prin negocierea dispozițiilor privind buna guvernare în acordurile relevante încheiate cu țări terțe, precum și prin acordarea de asistență¹⁴ țărilor în curs de dezvoltare.

11. Portalul „TIN în EUROPA”

Acesta este un nou instrument practic prezentat de Comisie, în vederea îmbunătățirii cooperării administrative în domeniul impozitării directe. Identificarea corectă a contribuabililor este esențială pentru un schimb eficient de informații între administrațiile fiscale ale Statelor Membre. Prin lansarea aplicației „TIN în EUROPA”, Comisia oferă mostre de documente de identitate oficiale care conțin numere de identificare fiscale (TIN) la nivelul Uniunii Europene. Aceasta permite ca orice terță parte și în special instituțiile financiare, să identifice în mod ușor și corect, respectiv să conserve înregistrările în relațiile transfrontaliere. În plus, un sistem on-line de verificare similară a VIES (sistemul de schimb de informații privind TVA) face posibilă verificarea structurii sau a algoritmului de un anumit TIN, respectiv dacă acesta este corect. Această nouă aplicație ar putea fi un prim pas spre o abordare mai coerentă a TIN la nivelul Uniunii Europene și va contribui la un schimb de informații în mod automat și mult mai eficient.

12. Formulare standard pentru schimbul de informații în domeniul fiscal

Directiva 2011/16/UE adoptată la 15 februarie 2011, prevede formulare standard pentru schimbul de informații la cerere, pentru schimbul spontan de informații, de notificare și de feedback. Comisia a adoptat și un regulament de punere în aplicare a Directivei, în vederea sporirii eficienței și eficacității implementării formularelor în schimbul de informații. Comisia a elaborat, de asemenea, și o aplicație IT pentru ca formularele să poată fi regăsite în toate limbile folosite în Uniunea Europeană, care au fost deja puse la dispoziția statelor membre începând cu 1 ianuarie 2013.

13. Un EURO denaturat pentru alcoolul denaturat parțial sau total

Modificările adoptate în decembrie 2012, în zona de denaturare cuprinde o formulare comună a Uniunii Europene pentru denaturarea completă a alcoolului (CDA)¹⁵. Obiectivul principal este de a reduce posibilitățile de fraudă. Acesta mai este destinat simplificării și armonizării sarcinilor administrative pentru tranzacțiile ilicite, reducerea costurilor de producție și îmbunătățirea accesului la piață pentru producătorii de alcool denaturat în Uniunea Europeană și la nivel global. Aceeași formulă este valabilă și pentru alcoolul parțial denaturat (PDA).¹⁶

Toate centrele financiare ale lumii, sub impulsul G20 și adoptarea standardelor de către OCDE, au făcut un angajament în 2009, pentru a pune capăt secretului bancar motivat – fiscal. Pe fondul excepțional al crizei financiare, fiscale și politice existente nu mai există nicio scuză pentru tolerarea evaziunii sau fraudei fiscale agresive. Titlurile de banner nu ar trebui să umbrească progresele importante care au fost făcute, chiar dacă mai sunt multe de făcut. Nu sunt de așteptat totuși scurgeri de informații Offshore, și să se întreprindă ceva în

¹⁴ OJ C 2, 6.1.1998, p. 2;

¹⁵ OJ C 99, 1.4.1999, p. 1;

¹⁶ COM (2010) 163 final of 21.04.2010;

acest sens, ca și eforturi de anvergură. Toate centrele financiare din lume care s-au angajat să pună capăt secretului bancar, sub presiune. Mai multe țări cum ar fi Lichtenstein, a cărui legislație a fost considerată insuficientă, și-a modificat legile ca răspuns la aceste cereri. Alte țări au fost invitate să-și accelereze reformele, ca o condiție prealabilă pentru revizuirii mai extinse. În cele din urmă Global Forum va examina modul în care fiecare țară a înțeles să aplice schimbul de informații și fiecărei țări îi va fi dat un rating de ansamblu, care va sancționa comportamentul său. O primă serie de 50 de ratinguri au fost disponibile încă din toamna lui 2012, astfel încât cei care respectă normele și cele care nu pot fi imediat identificate în mod clar să fie cunoscute.¹⁷

De exemplu, Luxemburg, a acceptat schimbul de informații bancare, urmând ca tot mai multe state să depășească acest stadiu și să facă un salt calitativ în transparență, care a fost constituit de schimbul de informații bancare. Următorul pas îl constituie schimbul automat de informații, și se lucrează activ în acest sens. Țările G20 au decis să fie exemplare în acest domeniu iar țările G8 au cerut să se pună în aplicare o platformă multilaterală prin care statele pot face schimb de informații în mod sigur și eficient. În scopul de a satisface noile cerințe ale Statelor Unite ale Americii sub denumirea de Actul Respectării Obligațiilor Fiscale Externe (FATCA), mai multe țări, cum ar fi Elveția, au semnat acorduri de așteptare de anvergură în legătură cu schimburile preconizate. În coordonare cu Uniunea Europeană, este de competența Comisiei de a asigura eficiența acestor acorduri inclusiv de a le face accesibile tuturor țărilor interesate. Mai multe țări, cum ar fi Arabia Saudită, Belize și Maroc se pregătesc să semneze Convenția OCDE multilaterală privind asistența administrativă reciprocă în materie fiscală, ce prevede toate formele de schimb de informații, inclusiv pentru asistență privind încasarea plăților restante din colectarea taxelor. Peste 60 de țări au aderat ulterior la ceea ce a devenit instrumentul de referință pentru o lume mai transparentă, în care nu va mai fi posibil în viitor să se ascundă averi sau tranzacții, astfel încât să se evite paradisurile fiscale. În plus, evaziunea fiscală masivă nu mai este tolerată de societate, opinia publică respingându-o definitiv. Dar, nicio țară nu poate opri acest flagel pe cont propriu. Acțiunea coordonată și unită a guvernelor este decisivă. De asemenea, G20 a solicitat revizuirea normelor fiscale internaționale în scopul de a impune IMM-urile și companiile multinaționale pe picior de egalitate. Eliminarea dublei impuneri a investițiilor transnaționale este necesară pentru creșterea economică și ocuparea forței de muncă. În timp ce acest obiectiv trebuie să fie menținut, este necesar a se face neaplicarea dublei impuneri cu deplasarea profiturilor în jurisdicții duty-free, în cazul în care nu există nicio activitate reală.

CONCLUZII

Este important să se ia măsurii eficiente pentru a lupta împotriva evaziunii fiscale și a fraudei fiscale, în special în contextul actual de consolidare fiscală, în scopul de a proteja veniturile și de a asigura încrederea publicului în corectitudinea și eficiența măsurilor fiscale. Sunt necesare eforturi sporite în acest domeniu, care să combine măsurile la nivel național, european și mondial, cu respectarea deplină a competențelor statelor membre și a tratatelor.

¹⁷ Regulamentul (CE) nr 3199/93 din 22 noiembrie 1993 privind recunoașterea reciprocă a procedurilor pentru denaturarea completă a alcoolului în scopul scutirii de la plata accizelor (JO L 288 din 23.11.1993), P. 12.

RECEPTAREA PRINCIPIULUI SUPREMAȚIEI CONSTITUȚIEI ȘI A CONSECINȚELOR ACESTUIA ÎN NOILE CODURI PENALE

Marius ANDREESCU*

Abstract:

The supremacy of constitution has as main consequence the compliance of entire law with the constitutional norms. Guaranteeing of the observance of this principle is essential for the rule of law, is primarily an attribute of the Constitutional Court, but also an obligation of the legislature to receive by texts adopted, within its content and form, the constitutional norms. Entering into force of the new criminal codes generated a significant jurisprudence of the Constitutional Court on the verification of constitutionality of some regulations in the Criminal Code and Criminal Procedure Code. Through this study we intend to analyze the following key issues: a) how were the constitutional principles and values embodied in some criminal and criminal procedural norms of the new codes; b) the effects of Constitutional Court decisions in the process of constitutionalizing of the criminal law; c) applying into judicial activities of the Constitutional Court decisions, particularly those through which the new Criminal Code regulations were found unconstitutional.

Keywords: *Supremacy of Constitution; constitutionality of some regulations in the new criminal codes; effects of Constitutional Court decisions in criminal law; application of Constitutional Court decisions in criminal proceedings*

Rezumat:

Supremației Constituției are ca principală consecință conformitate întregului drept cu normele constituționale. Garantarea respectării acestui principiu, esențial pentru statul de drept, este în primul rând un atribut al Curții Constituționale, dar și obligație a puterii legislative de a recepta prin actele normative adoptate, în conținut și formă, normele constituționale. Intrarea în vigoare a noilor Coduri penale a generat o jurisprudență semnificativă a Curții Constituționale privind verificarea constituționalității unor reglementări din Codul penal și Codul de procedură penală. Prin acest studiu ne propunem să analizăm următoarele aspecte mai importante: a) modul în care au fost concretizate principiile și valorile constituționale în unele norme penale și procesual penale ale noilor coduri; b) efectele deciziilor Curții Constituționale în procesul de constituționalizare al dreptului penal; c) aplicarea în activitatea de judecată a deciziilor Curții Constituționale, în mod special a celor prin care s-a constatat neconstituționalitatea unor reglementări din noile Codurile penale.

Cuvinte-cheie: *Supremația Constituției; constituționalitatea unor reglementări din noile coduri penale; efectele deciziilor Curții Constituționale în dreptul penal; aplicarea deciziilor Curții Constituționale în procesul penal*

* Judecător, Curtea de Apel Pitești; lect. univ. dr., Universitatea din Pitești; andreescu_marius@yahoo.com

I. Scurte considerații privind principiul supremației Constituției

Supremația constituției exprimă poziția supraordonată a legii fundamentale atât în sistemul de drept, cât și în tot sistemul social politic al fiecărei țări. În sens restrâns, fundamentarea științifică a supremației constituției rezultă din forma și conținutul acesteia. Supremația formală este exprimată de forța juridică superioară, de procedurile derogatorii față de dreptul comun privind adoptare și modificarea normelor constituționale, iar supremația materială rezultă din specificul reglementărilor, din conținutul acestora, în special din faptul că, prin constituție, sunt stabilite premise și reguli de organizare, funcționare și atribuții ale autorităților publice.

În legătură cu acest aspect, în literatura de specialitate s-a afirmat că principiul supremației legii fundamentale „Poate fi considerat un percept *sacru*, intangibil (...) ea se află în vârful piramidei tuturor actelor juridice. Și nici nu ar fi posibil altfel: Constituția legitimează puterea, convertind voințele individuale sau colective în voințe de stat; ea conferă autoritate guvernanților, îndreptățindu-le deciziile și garantându-le aplicare; ea determină funcțiile și atribuțiile ce revin autorităților publice, consacrand drepturile și datoriile fundamentale, diriguiește raporturile dintre cetățeni, dintre ei și autoritățile publice; ea indică sensul sau scopul activității statale, adică valorile politice, ideologice și morale sub semnul cărora este organizat și funcționează sistemul politic; constituția reprezintă temeiul fundamental și garanția esențială a ordinii de drept; ea este, în cele din urmă, reperul decisiv pentru aprecierea validității tuturor actelor și faptelor juridice. Sunt, toate acestea, elementele substanțiale care converg spre una și aceeași concluzie: *supremația materială a Constituției*. Dar constituția este supremă și în sens *formal*. Procedura de adoptare a constituției exteriorizează o forță particulară, specifică și inaccesibilă, care se atașează dispozițiilor ei, așa încât nicio altă lege în afara unei a constituționale nu poate abroga sau modifica dispozițiile așezământului fundamental, dispoziții care se sprijină pe ele însele, postulându-și supremația”¹.

Conceptul de supremație a constituției nu poate fi însă redus la o semnificație formală și materială. Profesorul Ioan Muraru afirma că: „Supremația constituției este o noțiune complexă în conținutul căreia se cuprind trăsături și elemente (valori) politice și juridice, care exprimă poziția supraordonată a constituției nu numai în sistemul de drept, ci în întregul sistem social-politic al unei țări”². Deci, supremația constituției reprezintă o calitate sau o trăsătură ce situează legea fundamentală în vârful instituțiilor politico-juridice dintr-o societate organizată statal și exprimă poziția supraordonată a acesteia, atât în sistemul de drept, cât și în tot sistemul social politic.

Temeiul juridic al supremației Constituției îl reprezintă dispozițiile art. 1 alin. 5 din Legea fundamentală: „În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”. Dimensiunea normativă a supremației constituției implică obligații juridice importante a căror nerespectare poate atrage sancțiuni juridice. În acest sens, Cristian Ionescu sublinia: „Strict formal, obligația (de a respecta supremația legii fundamentale – n.n.) se adresează cetățenilor români. În realitate, respectarea Constituției, inclusiv a supremației sale, precum și a legilor, era o obligație cu totul și cu totul generală, ai

¹ Deleanu I, *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul roman și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 221-222

² Muraru I., Tănăsescu E.S., *Constituția României – Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 18

cărei destinatari erau toate subiectele de drept – persoane fizice și juridice (naționale și internaționale) aflate în raporturi juridice, inclusiv diplomatice, cu statul român”³.

Aplicând aceste considerente la realitatea normativă a noilor Coduri penale, remarcăm faptul că, într-un interval de timp relativ scurt care a trecut de la adoptarea acestora, Curtea Constituțională a admis numeroase excepții de neconstituționalitate, constatând neconstituționalitatea a unui număr important de norme din Codul penal și Codul de procedură penală, aspect ce ridică, în opinia noastră, trei probleme:

Prima are în vedere constituționalitatea activității de legiferare a Parlamentului, care a avut ca rezultat adoptarea Codurilor penale. Dat fiind numărul mare al excepțiilor de neconstituționalitate admise, apreciem că preocuparea legiuitorului de a respecta principiul supremației Legii fundamentale în forma sa cea mai simplă, respectiv conformitatea normelor din Codul penal și Codul de procedură penală cu Legea fundamentală a țării nu a fost o prioritate a procesului de legiferare în această materie;

A doua problemă are în vedere procesul concret de constituționalizare a legislației penale prin deciziile pronunțate de instanța noastră constituțională. Avem în vedere atât deciziile Curții Constituționale prin care au fost respinse excepții de neconstituționalitate privind normele din codurile penale și care, prin argumentarea adusă, contribuie la procesul de constituționalizare a dreptului, dar mai ales deciziile prin care s-a constatat neconstituționalitatea unor dispoziții normative.

O a treia problemă se referă la receptarea de către legiuitorul infra-constituțional, în elaborarea celor două Coduri penale, a unor dispoziții normative constituționale, a principiilor și rațiunilor Legii fundamentale, importante pentru întreaga operă de codificare în materie penală.

În prezentul studiu insistăm asupra acestui din urmă aspect, mai puțin abordat în literatura de specialitate și care nu poate forma obiectul controlului de constituționalitate al instanței noastre constituționale, deoarece aceasta funcționează ca „un legiuitor negativ” și, în consecință, nu poate sancționa eventualele omisiuni ale legiuitorului infra-constituțional de a prelua în legea elaborată și adoptată aspecte din conținutul normativ al Constituției. Avem în vedere în mod deosebit principiile constituționale în baza cărora se structurează întreg sistemul normativ al Codurilor penale.

II. Constituționalitatea și constituționalizarea unor reglementări din Codurile penale

Legiuitorul nu a manifestat un interes deosebit pentru a consacra în Codul penal și Codul de procedură penală principii generale ale dreptului, în special cele a căror origine o formează normele constituționale, prin care să se confere o coeziune sistemică și explicativă a întregului conținut normativ a codurilor și la care să se poată raporta cel care aplică și interpretează legea penală.

Considerăm că exprimarea normativă în cele două Coduri penale a unor principii generale ale dreptului, care, prin natura lor, sunt și principii constituționale, ar fi avut ca rezultat un nivel de constituționalitate ridicat pentru cele două acte normative printr-o mai bună armonizare a conținutului normativ al acestora cu normele Legii fundamentale. Acest nivel ridicat de constituționalitate ar fi avut drept consecință stabilitatea funcțională a codurilor și eficiența acestora.

³ Ionescu C., *Constituția României. Titlul I. Principii generale art. 1-14. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 48

Importanța principiilor dreptului pentru coeziunea și armonia întregului sistem normativ a fost analizată și subliniată în literatura de specialitate⁴. Principiile dreptului conferă legitimitate valorică și coerență normelor cuprinse în conținutului unei legi. În acest sens, Mircea Djuvara remarca: „Toată știința dreptului nu consistă în realitate, pentru o cercetare serioasă și metodică, decât în a degaja din multitudinea dispozițiilor de lege esențialul lor, adică tocmai aceste principii ultime de justiție din care derivă toate celelalte dispoziții. În felul acest întreaga legislație devine de o mare claritate și se prinde ceea ce se cheamă spiritul juridic. Numai astfel se face elaborarea științifică a unei legi”⁵. La fel de semnificative sunt și cuvintele marelui filosof Immanuel Kant: „E veche dorința care, cine știe când?, se va împlini odată: să se descopere în locul infinitei varietăți a legilor civile principiile lor, căci numai în aceasta poate consta secretul de a simplifica, cum se spune, legislația”⁶.

Sub aspect normativ, sursa principiilor oricărei ramuri juridice și, mai ales a unui cod, trebuie să fie în primul rând normele constituționale care, prin natura lor, cuprind reguli de maximă generalitate, ce se constituie ca temei, dar și sursă de legitimitate pentru toate celelalte norme juridice.

Codul penal nu are un titlu destinat principiilor generale aplicabile în acest domeniu, iar în Codul de procedură penală Titlul I reglementează împreună atât aspecte privind principiile, cât și limitele aplicării legii procesual penale. Apreciem că această tehnică legislativă este deficitară, deoarece nu individualizează în mod clar și distinct regulile generale ale procedurii penale, considerate a fi și principii cu valoare normativă. Soluția normativă a legiuitorului, regăsită în Codul penal, este și mai deficitară în raport cu aceea aplicată în Codul de procedură penală. În conținutul normativ al Capitolul I, cu denumirea marginală „Principii generale” din Titlul I, cu denumirea marginală „Legea penală și limitele ei de aplicare”, în fapt se reglementează normativ un singur principiu, și anume „Legalitatea incriminării și a sancțiunilor de drept penal”. Capitolul al II-lea din Titlul I al Codului penal este dedicat reglementării aplicării legii penale în timp. Pentru considerentele mai sus expuse, apreciem că ar fi fost util, pentru o coerență sistematizare a dispozițiilor normative și legitimitatea constituțională a Codului penal, inclusiv pentru corecta interpretare și aplicare a normelor penale, exprimarea normativă explicită a principiului constituțional al activității legii, consacrat în dispozițiile art. 15 alin. 2 din Constituție, însoțit de reglementarea aspectelor particulare specifice dreptului penal în Titlul I al Capitolului I din Codul penal.

Există și alte principii înscrise în Constituție, care, în opinia noastră, ar fi trebuit să-și găsească expresia normativă concretă în Codul penal și în Codul de procedură penală. Scopul final al întregii legislații penale, dar și al procesului penal, îl constituie garantarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, considerate a fi o componentă de bază a ordinii sociale și de drept și o cerință importantă a statului de drept. Așa cum se subliniază în mod constant în literatura de specialitate, principiul respectării demnității omului este

⁴ A se vedea în acest sens: Craiovan I, *Introducere în filosofia dreptului*, Ed. All Beck, București, 1998; Mihai Gh. C., Motica R.I., *Fundamentale dreptului. Teoria și filosofia dreptului*, Ed. All. Beck, București, 1997; Popa N., *Teoria Generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1999; Dabin J., *Theorie generale du Droit*, Bruxelles, 1953; Andreescu M., *Principii și valori constituționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2016.

⁵ Djuvara M., *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 265

⁶ Kant I, *Critica rațiunii pure*, Ed. Universul Enciclopedic Gold, București, 2008, p 276-277.

esența drepturilor și libertăților fundamentale și, în același timp, scopul garantării acestora prin lege, dar și prin mijloace și mecanisme instituțional-procedurale.

Demnitatea omului este un principiu constituțional consacrat explicit în dispozițiile art. 1 alin. 3 din Constituție, fiind considerat definitoriu pentru statul de drept. Recunoașterea ca principiu și valoare constituțională a demnității omului are drept consecință juridică obligația autorităților statului, inclusiv cele judiciare, de a se abține de la orice acțiuni sau măsuri de natură a leza personalitatea omului, atât în dimensiunea sa biologică, cât și spirituală, rațională sau morală și, totodată, obligația pozitivă de a aplica măsurile necesare pentru respectarea acestei importante dimensiuni valorile a existenței umane. Acest aspect este foarte important în cazul procesului penal și, în general, pentru întreaga legislație penală, pentru că reglementează aplicarea unor măsuri restrictive și coercitive specifice instrucției penale prin care se poate restrânge, limita sau condiționa în principal valori precum libertatea individuală. Conform principiului respectării demnității umane, orice măsură restrictivă sau coercitivă de natură penală nu poate să aducă atingere elementelor existențiale ale persoanei umane prin care însăși calitatea de om este definită. Avem în vedere atât dimensiunea biologică, cât și dimensiunea spirituală, rațională și morală a omului.

Esența acestei obligații, care poate fi transpusă în norme și formule juridice, de a garanta și de a nu leza în nicio împrejurare demnitatea omului, este în același timp o maximă a rațiunii practice la care se referea Immanuel Kant: „Omul trebuie considerat întotdeauna ca scop și niciodată ca mijloc”⁷. Fără a încerca a dezvolta mai mult în acest studiu aspectele teoretice privind conceptul demnității umane, subliniem ideea că respectarea acestei valori esențiale ar trebui să fie una dintre cele mai importante cerințe, care să fie regăsită printr-o consacrare normativă explicită în legea penală. În acest sens, cu titlu de exemplu menționăm că individualizarea judiciară a pedepselor trebuie să aibă ca rațiune ultimă respectarea demnității umane, prin tot ceea ce înseamnă dimensiunea complexă, biologică, rațională și morală a omului, considerat ca persoană, și nu ca un simplu element (indivd) în sistemul relațional social și statal

Legiuitorul nu a consacrat demnitatea umană ca principiu în Codul penal și nici nu a instituit normativ obligația respectării acestei valori. Apreciem că această omisiune legislativă este și un minus de constituționalitate al Codului penal, deoarece nu s-a dat eficiența cuvenită supremației Legii fundamentale, care, printre altele, impune obligația pentru legiuitor de a concretiza principiul demnității umane ca valoare fundamentală a dreptului penal material. Necesitatea unei astfel de consacrări normative rezultă din însăși natura răspunderii penale, axată în mod deosebit pe elemente de constrângere juridică

Spre deosebire de Codul penal, în conținutul normativ al Codului de procedură penală acest principiu este consacrat în art. 11 cu denumirea marginală „Respectarea demnității umane și a vieții private”. Remarcăm și în acest caz că, pentru o corectă sistematizare a normelor din Codul procedură penală, acest principiu ar fi trebuit consacrat într-un titlu special dedicat principiilor generale ale procesului penal. Principiul respectării demnității umane, chiar și în situația consacrării normative, așa cum este cazul Codului de procedură penală, are o valoare aproape exclusiv teoretică și formală, deoarece nu sunt reglementate sancțiuni procedurale în cazul încălcării acesteia pe parcursul procesului penal.

Dispozițiile art. 1 alin. 3 din Constituție, referitoare la caracterele statului român, enumeră, printre altele, ca și componentă esențială a statului de drept, a statului democratic

⁷ Pentru dezvoltări a se vedea Kant I, *Critica rațiunii practice*, Ed. Antet, București, 2013, p. 141-144.

și social, consacrarea drepturilor și libertăților cetățenilor, ca valori supreme, înțelese prin raportare la tradițiile democratice ale poporului român și a idealurilor Revoluției din decembrie 1989. Potrivit aceleiași norme constituționale, drepturile și libertățile cetățenilor, ca valori supreme ale statului de drept, sunt garantate.

Față de aceste dispoziții constituționale, apreciem că principiul garantării și respectării drepturilor și libertăților cetățenești, mai ales în situația în care exercițiul acestora ar putea fi supus unor condiții, limite sau restrângeri, este esențial pentru legislația penală materială, dar și pentru procesul penal. Pentru rațiunile mai sus expuse, considerăm că ar fi fost util dacă, într-un capitol dedicat în mod expres și exclusiv principiilor generale ale dreptului penal și ale dreptului procesual penal din noile Coduri penale, legiuitorul ar fi reglementat în mod expres principiul potrivit căruia *respectarea și garantarea drepturilor și libertăților cetățenilor constituie o obligație a autorităților judiciare în aplicarea legii penale*. Util ar fi fost, de asemenea, în ipoteza unei astfel de reglementări, să se prevadă și sancțiuni în cazul nerespectării de către autoritățile judiciare a drepturilor și libertăților subiective și, în primul rând, a drepturilor fundamentale constituționale. Nerespectarea în cadrul procedurilor judiciare a drepturilor și libertăților fundamentale ar putea constitui un exces de putere din partea autorităților statului, iar sancțiunea aplicabilă în acest caz nu poate fi decât nulitatea absolută a oricărui act procesual sau procedural care ar aduce atingere în mod nejustificat acestor drepturi.

Principiul constituțional al egalității în drepturi și principiul non-discriminării, consacrate de dispozițiile art. 16 alin. (1) și respectiv art. 4 alin. (2) din Constituție, nu au fost preluate și, în consecință, consacrate normativ ca principii specifice pentru dreptul penal și dreptul procesual penal în cele două Coduri penale. Nu trebuie să mai subliniem importanța celor două principii constituționale, în mod deosebit pentru procesul penal și necesitatea consacrării normative a acestora atât în Codul penal, cât și în Codul de procedură penală, prin valorificarea a doctrinei și jurisprudenței în materie. Cu titlu de exemplu, avem în vedere un aspect particular al principiului egalității, respectiv ceea ce în doctrină și jurisprudență se numește „egalitatea armelor”, element esențial pentru buna desfășurare a procesului penal.

Principiul proporționalității este consacrat explicit sau implicit de normele constituționale. În forma sa explicită, dispozițiile art. 53 din Constituția României îl consacră ca și condiție în situația restrângerii exercițiului unor drepturi. Remarcăm, totodată, că proporționalitatea este un principiu general al dreptului intern, dar și un principiu fundamental al dreptului Uniunii Europene. Dimensiunea procedurală cea mai importantă a acestui principiu se referă la ideea de corespondență, justă adecvare a unei decizii statale la situația de fapt și scopul legitim urmărit. Respectarea acestui principiu conferă nu numai legalitate măsurilor autorităților statale, dar și legitimitate, materializând în acest fel și dimensiunea valorică a acțiunii statale prin referire concretă la valori esențiale, cum ar fi: dreptatea, justa măsură, echitatea, dar și respectarea diversității situației de fapt în cadrul generalității normei juridice. Altfel spus proporționalitatea este principiul prin care reglementarea normativă generală și impersonală se concretizează⁸.

Spațiul dedicat acestui studiu nu ne permite a intra în amănunte, totuși considerăm ca exemplificativă afirmația profesorului Ion Deleanu, referitor la acest principiu: „Astfel zis și

⁸ Pentru dezvoltări a se vedea Tofan D.A., *Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, Ed. All Beck, București, 1999; Lazăr R.A., *Legalitatea actului administrativ. Drept românesc și drept comparat*, Ed. All Beck, București, 2004, Andreescu M., *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2007,

pe scurt, punerea în operă a proporționalității – contextualizată și circumstanțială – implică trecerea de la regulă la meta-regulă, de la normativitate la normalitate, de la ipostazierea în fața norme juridice la descoperirea și valorizarea sensului și a scopului ei. Criterii de referință într-un astfel de raționament îl constituie, mai presus de toate, idealurile și valorile unei societăți democratice, luate în considerație prin convenție (Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale – n.n.) și, de altfel, singurul care este compatibil cu ea.⁹

Scopul aplicării acestui principiu în procesul penal este evitarea și, am spune noi, sancționarea excesului de putere din partea autorităților judiciare. Instituțiile penale în care principiul proporționalității trebuie să aibă o aplicare frecventă sunt individualizarea sancțiunilor penale și aplicarea măsurilor preventive. Acest principiu nu este consacrat ca principiu general nici în Codul penal și nici în Codul de procedură penală, așa cum ar fi fost firesc, în opinia noastră, având în vedere și dimensiunea constituțională a proporționalității. Există însă reglementări care în mod implicit sau explicit evocă proporționalitatea. De exemplu, dispozițiile art. 202 alin. 3 Cod procedură penală se referă la proporționalitate ca și condiție generală de alegere și aplicare a măsurilor preventive. În schimb, dispozițiile art. 74 din Codul penal, care reglementează criteriile generale de individualizare a pedepselor, nu se referă în mod explicit la cerința proporționalității. Cu toate acestea, respectarea unei astfel de cerințe ar putea rezulta din interpretarea sistematică a criteriilor generale de individualizare la care se referă acest text de lege.

Pentru considerentele mai sus expuse, apreciem că este necesară, în baza principiului supremație Constituției, consacrarea explicită, normativă a principiului proporționalității ca principiu general atât în Codul penal, cât și în Codul de procedură penală. În acest fel, s-ar realiza o concretizare sistematică a aspectelor procedurale a principiului în raport cu cele două instituții penale la care am făcut referire mai sus.

Dispozițiile art. 53 din Legea fundamentală, având denumirea marginală „Restrângerea exercițiului unor drepturi”, instituie o garanție importantă în cazul aplicării unor măsuri ce se constituie ca limite, condiții sau restrângeri și care vizează drepturile subiective și în mod deosebit drepturile fundamentale constituționale. Norma constituțională instituie garanția fundamentală, potrivit căreia orice măsură restrictivă care vizează un drept subiectiv se poate aplica *numai exercitării acestuia și nu poate aduce atingere însăși substanței dreptului*. În opinia noastră, această cerință constituțională transpusă în dreptul penal este o garanție importantă a respectării drepturilor subiective și în special a drepturilor fundamentale ale omului, mai ales în situația în care, prin măsuri coercitive, exercitarea lor ar putea fi restrânsă, condiționată sau limitată.

Niciunul dintre cele două Coduri penale nu preia normativ această cerință constituțională. Apreciem că ar fi fost util, având în vedere rațiunile mai sus expuse, ca într-un capitol special, dedicat principiilor generale ale procedurii penale, să se prevadă în mod expres că *„orice măsură de prevenție nu trebuie să aducă atingere substanței dreptului subiectiv, aceasta putând viza numai exercitarea dreptului.”* Sub aspect practic, se constituie o garanție importantă a drepturilor și libertăților subiective, în situația în care, prin măsuri de prevenție, exercitarea acestora este restrânsă sau limitată. În concret, se creează și un criteriu esențial pentru a se aprecia asupra rezonabilității duratei măsurilor de prevenție.

În câteva succinte considerații dorim să ne referim și la un alt aspect privind constituționalitatea noilor Coduri penale, și anume la posibile inadvertențe între normele

⁹ Deleanu I., *Drepturile fundamentale ale părților în procesul civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 367.

Constituției și dispoziții ale Codurilor penale, aspecte ce nu au fost până în prezent obiectul analizei Curții Constituționale și nici în doctrina de specialitate.

Dispozițiile art. 23 din Legea fundamentală consacră dreptul la libertate individuală și enumeră măsurile preventive prin care se poate aduce restrângere exercițiului acestui drept. Conform dispozițiilor art. 23 alin. 3 și 4, aceste măsuri de prevenție sunt reținerea și arestarea preventivă.

Codul de procedură penală, în Titlul al V-lea, Capitolul I, reglementează și alte trei măsuri preventive care nu sunt menționate de textul constituțional. Este vorba de arestul la domiciliu, controlul judiciar și controlul judiciar pe cauțiune. Se pune problema dacă există consecințe juridice a acestei diferențe de reglementare între Constituție și legea specială, având în vedere că, prin conținutul său, art. 23 din Legea fundamentală, este unul analitic, descriptiv, scopul legiuitorului constituțional fiind acela de a garanta prin însăși forța juridică a Constituției dreptul fundamental la libertatea individuală. În opinia noastră, nu există un aspect de neconstituționalitate prin faptul că cele trei măsuri preventive reglementate de Codul de procedură penală nu sunt menționate și în textul constituțional. Considerăm că enumerarea realizată în art. 23 din Constituție, privind măsurile de prevenție, are un caracter enumerativ, și nu exhaustiv. Prin urmare, legea specială poate să reglementeze și alte măsuri preventive, condiția fiind aceea de a se respecta rațiunile constituționale, așa cum rezultă din reglementările mai sus-amintite, privind garantarea libertății individuale.

Jurisprudența Curții Constituționale în această materie vine să confirme o astfel de interpretare doctrinară. Prin Decizia nr. 740/3.11.2015¹⁰ s-a admis excepția de neconstituționalitate și s-a constatat că dispozițiile art. 222 alin. 10 din Codul de procedură penală. Pentru analiza noastră interesează și considerentele pentru care instanța constituțională s-a pronunțat în acest sens: „Curtea reține, însă, că norma constituțională analizată trebuie interpretată, în sens larg, ca limitând pe parcursul urmăririi penale la 180 de zile durata maximă a arestării, indiferent că este vorba despre arestarea preventivă sau despre arestul la domiciliul (...). A permite ca prin cumularea duratei celor două măsuri preventive privative de libertate să se depășească limita maximă de 180 de zile înseamnă a înfrânge exigențele normei constituționale prevăzute de art. 23 alin. 5”.

III. Unele concluzii privind efectele deciziilor Curții Constituționale în procesul penal

Un ultim aspect pe care dorim să-l analizăm succint în acest studiu se referă la efectele deciziilor Curții Constituționale prin care s-a constatat neconstituționalitatea unor reglementări din Codul penal sau Codul de procedură penală. În baza dispozițiilor art. 147 alin. 1 din Legea fundamentală, dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare constată ca fiind neconstituționale își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale. În acest interval de timp, Parlamentul sau Guvernul după caz, au obligația să pună de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatăte ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept¹¹.

¹⁰ Publicată în M. Of. nr. 927 din 15 decembrie 2015

¹¹ Pentru dezvoltări privind efectele deciziilor constituționale a se vedea Muraru I, Elena Simina Tănăsescu E.S., *Constituția României – Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 1418-1424; Andreescu M., Puran A.N., *Drept Constituțional. Instituții constituționale și politice*, ed. a III-a, Ed. Sitech,

Prezintă interes practic mai ales situația în care legiuitorul nu a intervenit pentru a pune de acord dispozițiile normative din Codurile penale declarate neconstituționale cu normele Constituției. Există mai multe astfel de situații în care norme din Codul penal și Codul de procedură penală au fost constatate ca fiind neconstituționale fără ca legiuitorul să intervină în sensul dispozițiilor art. 148 alin. 1 din Legea fundamentală. Cu titlu de exemplu avem în vedere dispozițiile art. 301 alin. 1 și art. 308 alin. 1 din Codul penal a căror neconstituționalitate a fost constatată prin Decizia nr. 603/6 octombrie 2015¹²; dispozițiile art. 335 alin. 4 din Codul de procedură penală¹³ sau dispozițiile art. 347 alin. 1 din Codul de procedură penală¹⁴. avem în vedere de asemenea și Decizia nr. 423/9 iunie 2015¹⁵ prin care s-a constatat neconstituționalitatea dispozițiilor art. 488/4 alin. 5 din Codul de procedură penală.

Pentru judecătorul care este chemat să aplice dispozițiile Codului penale și ale Codului de procedură penală această situație poate avea o rezolvare diferită în funcție de aspectele concrete reținute de către instanța constituțională pentru care textul de lege în cauză a fost constatat ca fiind contrar normelor Legii fundamentale. În acest sens, putem distinge între deciziile interpretative ale Curții Constituționale, prin care se clarifică rațiunile constituționale ale textului analizat, iar pe de altă parte deciziile instanței constituționale prin care norma juridică este înlăturată ca fiind contrară prin conținutul ei normelor relative din Constituție. În prima situație, judecătorul aplică norma penală sau norma procesual penală în sensul și rațiunile conferite de către Curtea Constituțională. În cea de-a doua ipoteză, în lipsa intervenției legiuitorului, norma constatată a fi neconstituțională nu mai poate fi aplicată.

Pasivitatea legiuitorului în apune de acord normele constestate neconstituționale cu dispozițiile corelative din Legea fundamentală poate avea consecințe grave pentru buna desfășurare a procesului penal. În practică, pentru a evita astfel de situații, mai ales în ipoteza în care reglementările cuprinse în Codul de procedură penală, contrare principiului publicității ședinței de judecată sau participării părților și a procurorului, instanțele au procedat la aplicarea regulilor generale, în primul rând cele constituționale, care consacră principiul publicității ședinței de judecată (art. 27 din Constituție); precum și principiul egalității, inclusiv în forma sa particulară a egalității armelor, așa cum rezultă din dispozițiile art. 16 coroborat cu art. 124 din Constituție. Această soluție este justă, deoarece în procesul penal judecătorul are posibilitatea și chiar obligația a aplica nemijlocit principii și norme constituționale atunci când legiuitorul a omis să-și îndeplinească obligația prevăzută de art. 147 alin. 1 din Constituție sau chiar în ipoteza în care aplică și interpretează o normă penală sau o normă procesual penală.

Apreciem ca fiind necesară intervenția legiuitorului pentru a elimina aceste deficiențe și a conferi un grad ridicat de constituționalitate Codului penal și Codului de procedură penală.

Craiova, 2015, p. 286-289; Iancu Gh., *Drept Constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 386-387

¹² Publicată în M. Of. nr. 845/13 noiembrie 2015

¹³ Constatate ca fiind neconstituționale prin Decizia nr. 496/23 iunie 2015 a Curții Constituționale, publicată în M. Of. nr. 708/29 noiembrie 2015

¹⁴ Constatate ca fiind neconstituționale prin Decizia nr. 631/8 octombrie 2015 a Curții Constituționale publicată în M. Of. nr. 831/6 noiembrie 2015.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 538/20 iulie 2015

Bibliografie:

- Ion Deleanu – *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul roman și în dreptul comparat* –, Ed. C.H. Beck, București 2006
- Ion Deleanu, *Drepturile fundamentale ale părților în procesul civil*, Ed. Universul juridic, București, 2008
- Ioan Muraru – Elena Simina Tănăsescu, *Constituția României – Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2009,
- Ioan Muraru, Simina Elena Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2013,
- Cristian Ionescu – *Constituția României. Titlul I. Principii generale art. 1-14. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București,
- Jean Dabin, *Theorie generale du Droit*, Bruxelles, 1953
- Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. All Beck, București, 1999
- Marius Andreescu, *Principii și valori constituționale*, Ed. Universul Juridic, 2016
- Marius Andreescu, *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2007

DE LA DREPTUL LA UN MEDIU ÎNCONJURĂTOR CURAT LA DREPTURILE NATURII ȘI LA DREPTURILE PLANETEI TERRA: PERSPECTIVA AGENDEI 2030

Mădălina Virginia ANTONESCU*

Abstract:

Among the rights of solidarity (named also „the IIIrd generation of human rights”), the right to a healthy, clean, sustainable environment is revealing itself as a distinct right, under the influence of the „sustainable development” paradigm, promoted into the 2030 Agenda as a document of particular importance, adopted under the UN aegis. Within this paper, we’ll try to briefly analyze the legal content of this right (that can be seen as an individual right and equally as a collective right), by taking into account the advanced opportunities of development that the present international environmental law has (to be transformed gradually into a global environmental law or into a global law of nature). Rights of nature and rights of the planet as such (protecting the planet representing one of key-objectives into the 2030 Agenda) represent other legal terms debated into the next sections of our paper.

Keywords: *rights of nature, rights of planet Earth, right to healthy and sustainable environment, international environmental law, global law of nature*

Rezumat:

Dintre drepturile de solidaritate (sau din generația a III-a de drepturi ale omului) se desprinde, ca un drept distinct, dreptul la un mediu curat, sănătos, durabil (sub influența paradigmei promovate în Agenda 2030, ca document de importanță majoră, adoptat sub egida ONU). În prezenta lucrare vom încerca să prezentăm pe scurt conținutul juridic al acestui drept (ce poate fi privit atât ca drept individual, al omului dar și ca drept colectiv, al popoarelor), având în vedere posibilitățile de dezvoltare ale actualului drept internațional al mediului într-un drept global al mediului sau al naturii. Drepturile naturii și drepturile planetei ca atare (protecția planetei fiind un obiectiv-cheie în Agenda 2030) reprezintă alte sintagme juridice dezbătute în următoarele două secțiuni ale lucrării.

Cuvinte-cheie: *drepturile naturii, drepturile planetei Pământ, dreptul la un mediu sănătos și durabil, dreptul internațional al mediului, dreptul global al naturii*

1. Dreptul la un mediu înconjurător curat și sănătos, ca un drept de generația a III-a

Între drepturile omului din a treia generație (consacrate în doctrină și ca „drepturi de solidaritate”¹), drepturi care, se arată în doctrină, implică o realizare și o respectare a lor nu doar de către state, ci de întreaga comunitate internațională în ansamblul său, drepturi cu un caracter colectiv, de respectarea cărora depinde însăși existența și funcționarea întregii

* Doctor în drept, cercetător științific, Institutul Diplomatic Roman; e-mail: madyantonescu@gmail.com

¹ Diaconu, Ion, *Drepturile omului*, IRDO, București, 1993, p. 45-46.

comunități internaționale, se numără și *dreptul omului la un mediu sănătos*². Este vorba aici de o *definiție lato sensu a mediului* (atât cel natural cât și cel social; cu extensie, poate cuprinde, în opinia noastră, și mediul urban dar și mediul cultural – dat fiind faptul că și poluarea morală sau invazia unor forme de incultură sau de sub-cultură este socotită în doctrină ca fiind forme de afectare a mediului³).

Definițiile date mediului în doctrina și în legislația națională a diferitelor țări, precum și la nivel regional european și internațional sunt numeroase și variate. După cum a remarcat un jurist, noțiunea de „mediu” seamănă cu o „noțiune cameleon”⁴-, corespunzând unei «idei clare despre nucleul său dar fiind imperfect în contururile sale». „Mediul” este o noțiune extensibilă, putând include și sintagma de «mediul muncii» (conform unei rezoluții OIM din 27 iunie 1972)⁵.

Pe plan juridic internațional *nu există o definiție unanim recunoscută* asupra noțiunii de „mediu” iar documentele emise sub egida ONU preferă accepțiuni largi, chiar vagi asupra termenului. Mediul este definit prin enumerarea componentelor lui, în Declarația de la Stockholm/1972, ca fiind format din: resursele naturale ale globului, inclusiv aerul, apa, pământul, flora și fauna și, în special, eșantioanele reprezentative ale ecosistemelor naturale.

Dreptul la un mediu înconjurător curat, sănătos și nepoluat privește atât mediul natural cât și mediul social; este un drept recunoscut și la nivel individual (ca drept al omului) dar și un drept al statelor, al comunității internaționale (privite, mai recent, din perspectiva paradigmei dezvoltării durabile, adică a unei paradigme destinate să schimbe însuși modelul societății industriale, poluatoare pe scară largă, consumiste, de exploatare irațională și chiar de distrugere a naturii – considerate un obiect, un bun destinat consumului-).

Acest drept privește *o anume calitate a mediului* (natural și social, aici inclusiv mediul urban ca spațiu al marilor habitate umane în plină extindere teritorială), care trebuie să fie un mediu *sănătos, curat, nepoluat*, care să fie capabil să *ofere resurse satisfăcătoare* generațiilor viitoare astfel încât acestea să aibă *beneficiul real și deplin* al tuturor drepturilor omului, inclusiv *prosperitate*. În Declarația Conferinței Națiunilor Unite asupra mediului, de la Stockholm, din 15-16 iunie 1972, s-a consacrat «dreptul fundamental al omului la libertate, egalitate și condiții de viață satisfăcătoare, într-un mediu a cărui calitate să-i permită să trăiască în demnitate și bunăstare, precum și obligația de a proteja și ameliora mediul pentru generațiile prezente și viitoare»⁶. Reafirmarea acestui drept fundamental al omului se dispune la Conferința de la Rio de Janeiro privind mediul/septembrie 1992, care accentuează nevoia asigurării de către state a unui mediu înconjurător sănătos, ca fiind

² Miga Beșteliu, Raluca, *Drept internațional. Introducere în dreptul internațional public*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 198-199.

³ Despre o definiție extinsă a stării de sănătate, a se vedea Popescu, Octavian, *Dreptul la sănătate și sănătatea acestui drept*, IRDO, București, 2007, p. 27, p. 31-32.

⁴ Prieur, Michel, *Droit de l'environnement*, Paris, 5e éd., Dalloz, Paris, p. 2, citat în Duțu, Mircea; Duțu, Andrei *Dreptul de proprietate și exigențele protecției mediului*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 180-182.

⁵ După Duțu, Mircea; Duțu, Andrei, *op. cit.*, p. 181.

⁶ Unii autori vorbesc de inaugurarea, cu acest prilej, a unei „autentice diplomații verzi” care însă, suferă de o vulnerabilitate majoră („lipsa de coordonare între textele juridice, imprecizia principiilor și slăbiciunea mijloacelor puse la dispoziție”, slăbiciuni provenite din „caracterul esențial declaratoriu” al dreptului internațional al mediului). A se vedea Roche, Jean Jacques, *Relations internationales*, LGDJ, Paris, 2005, p. 278-279.

legată de dreptul la dezvoltare al omului, de afirmarea personalității umane, în contextul combaterii sărăciei, poluării și altor fenomene ce afectează deplina dezvoltare a personalității umane⁷.

În doctrină există controverse cu privire la formularea juridică (« drept de mediu», acesta fiind privit doar ca un drept colectiv, din categoria drepturilor de solidaritate sau, în a doua variantă, de un «drept la mediu»)⁸. De asemenea, există dezbateri doctrinară și cu privire la titularul dreptului la un mediu sănătos (individul sau natura). Într-o opinie, s-a considerat că „natura” (concept care cuprinde și omul) are dreptul să fie ocrotită ca atare și deci, să fie titularul acestui drept iar în alte opinii s-a considerat că numai omul poate fi titular de drepturi și nu natura, „omul fiind unicul beneficiar al acestui drept”⁹. În general, părerea majoritară a doctrinei înclină spre a conferi dreptului la un mediu sănătos o dimensiune colectivă, încadrându-l în categoria drepturilor de solidaritate¹⁰.

2. Drepturile naturii

În opinia doctrinei, „natura” este un alt concept vag¹¹. După juristul Michel Prieur, «orice nu face obiectul unei intervenții umane ar fi natură»¹². În accepțiunea acestui autor, natura „văzută în globalitatea ei, grupează siturile și peisajele, precum și ecosistemele”. Și termenul de „mediu” se apropie, în unele definiții juridice, de cel de „natură”, până la identificare (în accepțiunea sa cea mai fizică, mediul fiind descris ca fiind „habitatul creat pe pământ pentru ființele vii”). Conform O.U.G. nr. 202/2002 privind gospodărirea integrată a zonei costiere, prin termenul juridic de „mediu” se înțeleg: resursele naturale abiotice și biotice, precum aerul, apele subterane și de suprafață, solul, clima, fauna și flora și habitatul acestora; bunurile care fac parte din mediul construit și din patrimoniul natural; aspectele caracteristice ale peisajului; calitatea vieții și a mediului de viață, în măsura în care au sau pot avea influență asupra bunăstării și sănătății omului; *interacțiunea* factorilor precedenți.

Potrivit O.U.G. nr. 195/2005, mediul este definit ca fiind „*ansamblul de condiții și elemente naturale ale Terrei*, cuprinzând: aerul, apa, solul, subsolul, aspectele caracteristice ale peisajului, toate straturile atmosferice, toate materiile organice și anorganice, precum și ființele vii, sistemele naturale *în interacțiune*, cuprinzând elementele enumerate anterior, inclusiv unele valori materiale și spirituale, *calitatea vieții și condițiile* care pot influența bunăstarea și calitatea mediului”¹³. Potrivit accepțiunii Înaltei Curți de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia 4607 din 9 dec. 2008, se preia această definiție a mediului de mai sus, recunoscându-se de către Curte că noțiunea de „mediu” cuprinde și componenta de „patrimoniu cultural”¹⁴. O definiție a „mediului natural” (a naturii, *lato sensu*), pe plan juridic internațional, apare în Convenția Benelux în materie de conservare a naturii și de protecție a peisajelor, din 8 iunie 1982: „mediul natural al omului, cuprinzând elementele abiotice (nevii), precum rocile, apa și atmosfera și elementele biotice (vii), incluzând biocenozele naturale și semi-naturale, inclusiv flora și fauna în stare sălbatică”. O altă definiție a „mediului natural” o găsim într-o altă convenție internațională,

⁷ A se vedea Miga Beșteliu, Raluca, *op. cit.*, p. 200.

⁸ În Marinescu, Daniela, *op. cit.*, p. 387.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Dușu, Mircea; Dușu, Andrei, *Dreptul de proprietate....*, *op. cit.*, p. 28.

¹¹ *Ibidem*, p. 181.

¹² Prieur, Michel, *op. cit.*, p. 4, citat în Dușu, Mircea; Dușu, Andrei, *Dreptul de proprietate....*, *op. cit.*, p. 181.

¹³ A se vedea Dușu, Mircea; Dușu, Andrei, *op. cit.*, p. 179-180.

¹⁴ *Ibidem*, p. 179.

anume Convenția privind răspunderea civilă pentru daune rezultând din exercitarea de activități periculoase pentru mediu/1993: «cuprinde resursele naturale abiotice și biotice, cele precum aerul, apa, solul, fauna și flora, și interacțiunea dintre acești factori, bunurile care compun moștenirea culturală și aspectele caracteristice ale peisajului».

Prin termenul de «*natură*» s-a încercat acreditarea unei perspective juridice destul de restrânsă, în opinia noastră, mărginite la ariile protejate, rezervațiile naturale cu peisaje nealterate de mâna omului, parcurile naționale (considerate pe plan internațional ca fiind «cele mai eficiente unități de conservare a biodiversității ecosistemelor, speciilor și variațiilor genetice»¹⁵). Astfel, trebuie aici amintită formularea rezoluției din 1959, adoptate la cea de a 27-a sesiune a Consiliului Economic și Social al ONU, conform căreia «parcurile naționale și rezervațiile analoage sunt un instrument național important de utilizare rațională a resurselor naturale»¹⁶. Prin „natură” s-au înțeles astfel, ariile protejate din fiecare țară sau patrimoniul natural pus în pericol printr-un proces de degradare constantă, la nivel global, a ecosistemelor naturale din cauza unui model învechit de dezvoltare, așa cum s-a remarcat în doctrină¹⁷.

Mai trebuie menționată și contribuția la *clarificarea conținutului juridic* de „patrimoniu natural”¹⁸, (pus în legătură cu „patrimoniul cultural”) din Convenția privind patrimoniul mondial cultural și natural, adoptată la Paris, în 16 noiembrie 1972, de Conferința ONU pentru Educație, Știință și Cultură, care a considerat patrimoniul natural și pe cel cultural ca fiind două elemente ale patrimoniului unic, patrimoniul mondial. Din patrimoniul natural se consideră în Convenție că fac parte: monumentele naturale constituite din formațiuni fizice și biologice sau grupuri de asemenea formațiuni care au o valoare universală excepțională din punct de vedere estetic sau științific; formațiuni geologice sau fiziografice și zonele strict delimitate constituind habitatul speciilor animale și vegetale amenințate sau care au o valoare excepțională din punct de vedere științific sau al conservării; siturile naturale sau zonele naturale strict delimitate care au o valoare universală excepțională din punct de vedere științific, al conservării sau al frumuseții naturale¹⁹. Statele părți la Convenție recunosc că bunurile patrimoniului cultural și natural constituie un patrimoniu universal pentru a cărui ocrotire trebuie să coopereze întreaga comunitate internațională, cu respectarea suveranității statului respectiv. În Convenția Benelux din 8 iunie 1982, în domeniul conservării naturii și a protejării peisajelor, găsim o definiție a „*zonei naturale*” (ca fiind „zona în care biocenozele nu sunt mai mult sau mai puțin influențate de acțiunea omului, cu excepția situației când acestea vizează preservarea sau dezvoltarea biocenozelor”) și a termenului de „*peisaj*” (ca „parte perceptibilă a pământului, definită prin relația și interacțiunea dintre diverși factori: sol, relief, apă, climă, floră, faună și om”).

În domeniul *protecției naturii lato sensu*, conform actualului drept internațional al mediului, se cuvine să menționăm și alte documente juridice internaționale sau regionale precum²⁰: Acordul internațional de la Geneva asupra pădurilor tropicale/1983

¹⁵ În Marinescu, Daniela, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a IV-a, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 362-363.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 363.

¹⁸ Convenția privind conservarea vieții sălbatice și a habitatelor naturale din Europa, adoptată la Berna, în 19 sept. 1979 și intrată în vigoare în 1982, în preambul folosește sintagma de „patrimoniu natural” referitor la flora și fauna sălbatică, la care adaugă și dimensiunea sustenabilității și a valorii estetice și culturale (patrimoniu cultural).

¹⁹ *Ibidem*, p. 363-364.

²⁰ În Marinescu, Daniela, op. cit., p. 362-368.

(recunoscându-se rolul esențial al pădurilor tropicale în echilibrul ecologic mondial); Convenția asupra protecției naturii în Pacificul de Sud, de la Apia/1976 privind resursele naturale esențiale și vulnerabile și recomandând crearea de zone protejate; Convenția Africană asupra conservării naturii și a resurselor naturale/1968, care completează Convenția de la Londra/1900 pentru protejarea animalelor sălbatice, a păsărilor și a peștilor din Africa (în care au fost consacrate principiul protejării indivizilor speciilor amenințate și a locurilor în care aceștia viețuiesc; principiul responsabilității statului pe al cărui teritoriu se găsește o specie rară); Convenția privind protecția naturii și prezervarea vieții sălbatice în emisfera vestică/Washington, 1940, privind înființarea de parcuri naționale; Convenția asupra conservării naturii și a resurselor naturale/Kuala Lumpur, 1985, care consacră parcurile naționale și rezervațiile în categoria zonelor protejate; prevederile inovatoare ale Celui de-al IV-lea Congres Mondial al Parcurilor Naturale și al Ariilor Protejate din Venezuela/1992, care a conectat concepția privind protejarea naturii cu principiile dezvoltării durabile. Alte documente internaționale care protejează alte elemente ale naturii (animalele sălbatice, flora etc.) și care trebuie menționate pentru a întregi prezentarea succintă a regimului internațional existent referitor la *componentele conceptului de „natură”*, sunt: Convenția de la Paris din 1902 privind protecția unor specii de păsări ce nu sunt supuse exploatării în scopuri economice; Convenția internațională de la Paris privind protecția păsărilor/1950, care a consacrat principiul general al protejării tuturor speciilor de păsări; Convenția de la Ramsar/1971 privind zonele umede de importanță internațională, în special ca habitat al păsărilor acvatice, modificată prin Protocolul de la Paris din 1982 (unde se recunoaște interdependența om-mediul și care au recunoscut juridic importanța zonelor umede pentru ecosistemele acvatice și nu numai); Declarația de la Stockholm/1972, care consacră principiul răspunderii speciale a omului față de apărarea și administrarea înțeleaptă a patrimoniului constituit din flora și fauna sălbatică și din mediul lor înconjurător; Convenția de la Washington, din 1973, privind comerțul internațional cu specii sălbatice de floră și de faună amenințate cu dispariția; Declarația universală a drepturilor animalelor, sub egida UNESCO, din 1978, revăzută în 1989; Convenția de la Bonn din 1979 privind conservarea speciilor migratoare aparținând faunei sălbatice; Convenția de la Berna din 1979, privind conservarea vieții sălbatice și a habitatelor naturale din Europa²¹. La aceste documente se mai adaugă și altele, precum: Carta Mondială a Naturii/28 oct. 1982, adoptată de Adunarea Generală ONU, care recomandă aplicarea pe întreaga suprafață a planetei a principiilor de conservare, introducându-se o concepție globală privind conservarea vieții sălbatice, a patrimoniului genetic al planetei și a habitatelor; Protocolul de acord privind conservarea resurselor naturale comune/Khartoum, 1982; Convenția asupra dreptului mării/Montego Bay, din 1982, dispozițiile privind conservarea resurselor biologice ale mării; Convenția privind diversitatea biologică/Rio, 1992, adoptată în urma conferinței Națiunilor Unite pentru Protecția Mediului, unde sunt consacrate ca principii: principiul conservării diversității biologice; principiul responsabilității statelor pentru conservarea diversității biologice; drepturile suverane ale statelor asupra propriilor resurse biologice; principiul anticipării, al prevenirii și al opririi cauzelor de reducere semnificativă sau chiar pierdere a diversității biologice; conservarea diversității biologice in situ (în mediul natural); importanța măsurilor ex-situ (în afara mediului natural) în țara de origine²². Această Convenție a fost

²¹ În Marinescu, Daniela, *op. cit.*, p. 316-321.

²² A se vedea și Smouts, Marie-Claude; Battistella, Dario; Vennesson, Pascal, *Dictionnaire des relations internationales*, Dalloz, Paris, 2006, p. 201-202.

completată cu Protocolul de la Cartagena privind securitatea biologică, din 2000 (privind riscurile potențiale ale manipulării și folosirii organismelor rezultate din experimente biotehnologice moderne)²³. Conferința de la Rio/1992 a readus în atenție ca un concept de importanță globală, „*biodiversitatea*” (care presupune diversitatea genetică, diversitatea specifică și diversitatea ecosistemică). La aceasta se adaugă și diversitatea culturală, lingvistică și religioasă (care însă nu sunt deocamdată incluse în definițiile juridice ale Convenției de la Rio). În prezent, Convenția privind Diversitatea Biologică de la Rio/1992 a fost semnată de 188 de state²⁴.

Pentru oamenii de știință, *există o identificare a termenului de „biodiversitate”* (utilizat pentru prima dată în 1986, la Forumul Internațional de Biodiversitate, de la Washington), de „*diversitate biologică*” cu acela de „*natură*”.

În cadrul orientării juridice post-patrimonialiste (adică de tratament juridic a naturii ca *un subiect juridic* și nu ca un obiect, ca un lucru pasiv menit să suporte până la distrugere efectele unui drept de proprietate al omului/al corporațiilor nelimitat, absolutist) se înscrie și ideea de a atribui naturii „o protecție eficace și efectivă”. Astfel, după cum remarcă doctrina²⁵, s-a propus ca naturii să i se acorde nu doar drepturi, ci și calitatea de subiect de drept și chiar elementelor naturii (considerate, conform concepției antropocentriste, ca bunuri inventariabile și cu valoare comercială, economică) precum clima, arborii, atmosfera, animalele, habitate, stratul de ozon, să li se recunoască statutul de subiecte de drept. Această tendință juridică o apreciem ca fiind una extrem de novatoare, ducând dreptul mediului înconjurător spre o nouă etapă de dezvoltare, desprinsă de vechea concepție patrimonialistă asupra naturii, specifică sec. XIX, dacă nu chiar anterioare. În opinia noastră, „*a acorda drepturi naturii derivă din a acorda calitatea de „subiect de drept” naturii*, deci este vorba de o direcție de dezvoltare în actualul drept al mediului internațional (dar și intern) în acord cu *schimbarea de paradigmă de la nivel internațional* (societatea post-consumistă, post-industrială, bazată pe paradigma globală a dezvoltării durabile, conform viziunii Agendei 2030). Este vorba de *o deschidere a dreptului actual al mediului înconjurător spre concepția holistică* (omul, parte integrantă a naturii și nu stăpân abuziv asupra ei), prin care natura are posibilitatea juridică de a își apăra drepturile în instanțele naționale, regionale și internaționale, întocmai ca și alți actori non-statali (organizații internaționale non-guvernamentale, companii transnaționale etc.).

În *procesul transformării dreptului mediului înconjurător* (care, în forma sa actuală, este prin esență, *un drept inter-statal* dar care privește din ce în ce mai mult *un regim juridic global* al mediului) într-un *drept global al mediului*, putem asista inclusiv la transformarea noțiunii vechi de „mediu” în cea mult mai amplă, de „natură”, ajungându-se la un regim global de protecție, de preservare pentru uzul generațiilor prezente și viitoare, a naturii. Spre deosebire de concepțiile antropocentriste, în care natura era privită ca un obiect aflat la dispoziția absolută a proprietarului sau a celui care o folosea efectiv, acesta putând să o exploateze și să o distrugă²⁶, în noul regim juridic global pe care organizații ca ONU le consacră, „natura” devine un subiect de drept, cu reprezentanți juridici speciali, cu competență recunoscută de state de a își apăra drepturile în justiție, indiferent de nivel (instanța națională, regională, internațională). De la transformarea elementelor naturii în bunuri cu o valoare comercială determinată (concepția patrimonialistă, care ține să se

²³ În Marinescu, Daniela, *op. cit.*, p. 321-326.

²⁴ Marinescu, Daniela, *op. cit.*, p. 324-325.

²⁵ Duțu, Mircea; Duțu, Andrei, *op. cit.*, p. 33.

²⁶ *Ibidem*, p. 29.

reproducă și în sec. XXI prin intermediul unor sintagme insuficient analizate juridic, precum „patrimoniul comun al umanității”²⁷, „patrimoniu natural”) se trece spre un model nou de producție și consum al societăților umane de azi, conform cerințelor Agendei 2030; se tinde inclusiv spre o concepție nouă asupra relației om, societate umană, corporație și natură, de cealaltă parte. Conceptul juridic de „natură” este mai larg decât cel de „mediu înconjurător” (un concept pleonastic), mai larg față de conceptele de „ecosistem”, de „habitat”, de „resurse naturale”, de „zone protejate”, de „rezervație naturală”, de „biocenoze” sau „biotopuri”. Natura reprezintă totalitatea ecosistemelor, ajungând la o similitudine de sensuri cu „biosfera” (conform concepției Terrei ca planetă vie, ca super-organism alcătuit dintr-o multitudine de ecosisteme ce *interacționează* organic și permanent între ele, aflate într-un *echilibru fragil* care susține viața). *Nu este suficient să se asigure „protecția ecosistemelor” ca elemente izolate ale unei biosfere privity într-un sens atomizat și nu în totalitatea ei organică și funcțională, ci trebuie să se asigure protecția juridică, în dreptul global al mediului (mai precis, al naturii) a însuși echilibrului fragil dintre aceste ecosisteme, echilibru care le leagă într-un tot unitar și care face posibilă viața pe întreaga planetă. Nu doar ecosistemele trebuie prezervate de la o exploatare irațională și de la distrugere, ci și lanțul de interacțiuni între ecosisteme și din interiorul ecosistemelor, adică toate tipurile de micro-echilibre și macro-echilibre care se stabilesc la toate nivelele biosferei, echilibre care includ nu doar elementele vii, ci și elementele nevii, precum rocile, apa, atmosfera, care constituie habitate unice și vitale pentru existența speciilor vii și care fac posibilă susținerea ecosistemelor.”* A prezerva natura” spre a o transmite nealterată, cu resurse bogate către generațiile viitoare, spre a le asigura acestora un real beneficiu al drepturilor omului și drepturilor popoarelor (dreptul la prosperitate, dreptul la dezvoltare durabilă) înseamnă deci, a asigura printr-o legislație națională, regională și internațională *cu mult mai evoluată* decât ceea ce avem azi, o protecție juridică *de tip consolidat*, naturii, *privită în accepțiunea sa holistică, dinamică și complexă*. Esențial de protejat juridic în viitor nu este doar ansamblul de ecosisteme, ci *interacțiunile dintre acestea, din interiorul acestora și cu însăși biosfera*, interacțiuni care pot fi, la rândul lor, unele naturale și unele afectate de om sau care presupun intervenția omului. Pentru a fi protejată juridic corespunzător, *natura trebuie privită ca o entitate vie, complexă, dinamică, o entitate capabilă de reacții de protecție* împotriva intervențiilor nesăbuite ale omului, intervenții care afectează uneori iremediabil *echilibrele dintre ecosistemele sale și înseși ecosistemele sale unice*.

Nivelul de protecție juridică în sec. XXI trebuie să se ridice cu mult peste actuala legislație inter-statală, spre a atinge un nivel global de reglementare și sancționare, astfel încât să fie posibilă transmiterea spre generațiile viitoare a unei naturi curate, sănătoase, capabile de auto-susținere, plină de resurse. Acest lucru presupune nu doar întărirea reglementărilor de mediu, ci și *acordarea calității juridice naturii, de subiect de drept global al mediului*, crearea de *instituții globale și regionale* cu competențe foarte puternice de control, verificare, judecare și sancționare a statelor și companiilor care adoptă sau practică strategii, măsuri ce afectează sistematic, grav și iremediabil, natura sau care nu aplică cu bună credință politicile, măsurile și strategiile de *dezvoltare durabilă*.

²⁷ Principiu juridic care, la început, viza regimul juridic la marilor adâncimi marine, al Lunii și celorlalte corpuri cerești, al Antarcticii, al spectrului frecvențelor radioelectrice și al orbitei sateliților geostaționari, pentru menținerea păcii, prevenirea tensiunilor internaționale, pentru respectarea drepturilor omului și împiedicarea exploatării neraționale a resurselor naturale. A se vedea Marinescu, Daniela, op. cit., p. 85.

3. Drepturile planetei Terra – Agenda 2030

Conform celui mai important document adoptat sub egida ONU, menit a ghida acțiunile statelor pentru următoarele decade, adoptat prin rezoluția Adunării Generale ONU, în 25-27 sept. 2015, numit Agenda 2030²⁸, se introduce expres și *planeta Terra*, ca fiind unul dintre pilonii viziunii Agendei, alături de oameni, prosperitate, pace. Încă din preambul se arată că documentul reprezintă „un plan de acțiune pentru oameni, planetă și prosperitate” (cei trei piloni ai Agendei 2030), părțile asumându-și expres (în alineatul II/Preambul), obiective ambițioase precum „a elibera specia umană de tirania sărăciei și a nevoilor și de a însănătoși și a face sigură planeta”. Apare precizat și principiul (de tip social) „nimeni nu va fi lăsat în urmă”. În ceea ce privește pilonul intitulat „Planeta”, el este situat după cel denumit „Oameni” și înaintea altor piloni precum „Prosperitate”, „Pace” și „Parteneriat”. Referitor la relația comunitate internațională (state ce și-au asumat juridic Agenda 2030) - planetă, se instituie expres principiul protejării planetei de degradare, inclusiv prin schimbarea modelului de producție și consum și prin trecerea la un model de producție și consum durabil; principiul managementului sustenabil al resurselor naturale; principiul acțiunii urgente în materia schimbării climatice, toate aceste principii fiind atașate la paradigma dezvoltării durabile. Printre alte principii și obiective (toate fiind legate într-un ansamblu juridic coerent) se numără și acela al construirii sau al reorganizării de habitate umane sigure, durabile și cu acces universal la energie durabilă, regenerabilă. De asemenea, mai apare precizat și principiul dezvoltării și aplicării de tehnologii care să nu pună în pericol clima, care să respecte bio-diversitatea și care să fie durabile; obiectivul unui trai al oamenilor în armonie cu natura și o societate globală în care viața sălbatică și alte specii vii să beneficieze de protecție; obiectivul construirii unei societăți care să promoveze un turism sustenabil, să combată poluarea apelor și degradarea pământurilor, deșertificarea, care să promoveze reducerea riscurilor de dezastre naturale. La punctul 59 din Agenda 2030 se reafirmă că „planeta Pământ și cu ecosistemele sale” reprezintă casa comună a umanității. Agenda 2030 fixează un set de Scopuri ale Dezvoltării Durabile și de ținte de atins, la care se angajează statele părți, aceste scopuri și obiective fiind considerate ca „indivizibile, integrate, globale în natură și universal aplicabile”.

Agenda 2030 constituie un document juridic major, adoptat sub egida ONU, care fixează obiective și scopuri de importanță planetară, pentru întreaga comunitate internațională, conectate la paradigma dezvoltării durabile. *Planeta Pământ devine o entitate distinctă*, cu o consacrare juridică expresă, deschizând drumul către posibilitatea de accesare, în viitor, a calității de *subiect de drept*, într-un *drept global al mediului*, cu mult consolidat față de nivelul actual de protecție juridică a mediului.

Bibliografie:

- Diaconu, Ion, *Drepturile omului*, IRDO, București, 1993
- Duțu, Mircea; Duțu, Andrei, *Dreptul de proprietate și exigențele protecției mediului*, Ed. Universul Juridic, București, 2011
- Institutul Român pentru Drepturile Omului, *Principalele instrumente internaționale privind drepturile omului la care România este parte*, vol. II, *Instrumente regionale*, București, 1997

²⁸ UNGA, A/RES/70/1, Resolution adopted by the General Assembly on 25 sept. 2015, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, www.un.org/ga/search, accesat la data de 12.10.2015.

- Marinescu, Daniela, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a IV-a, Editura Universul Juridic, București, 2010
- Miga Beșteliu, Raluca, *Drept internațional. Introducere în dreptul internațional public*, Ed. All Beck, București, 1998
- Popescu, Octavian, *Dreptul la sănătate și sănătatea acestui drept*, IRDO, București, 2007
- Prieur, Michel, *Droit de l'environnement*, Paris, 5e ed., Dalloz, Paris, p. 2, citat în Duțu, Mircea; Duțu, Andrei, *Dreptul de proprietate și exigențele protecției mediului*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 180-182.
- Roche, Jean Jacques, *Relations internationales*, LGDJ, Paris, 2005
- Smouts, Marie-Claude; Battistella, Dario; Vennesson, Pascal, *Dictionnaire des relations internationales*, Dalloz, Paris, 2006
- UNGA, A/RES/70/1, Resolution adopted by the General Assembly on 25 sept. 2015, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, www.un.org/ga/search, accesat la data de 12.10.2015

TENDINȚE ALE RĂSPUNDERII PENALE ÎN PROBLEMATICA PROTECȚIEI MEDIULUI

Angelica COBZARU*

Abstract:

The new problems facing global society in the environmental domain protection, led to a rethinking of the system of penalties in environmental law. From the liability established in laws and non-criminal misdemeanors and civil liability type, the main forms of punishment acts against the environment, it has reached a more effective – the criminal liability. Creating environmental criminal law has emerged as a necessity amid the increasing number of acts of serious harm to our environment and to punish appropriately those actions detrimental ecological sometimes incommensurable. The new Criminal Code and he brings his contribution to the development of the industry as the new sanctions that punish offenses against the environment.

Keywords: *environmental protection, criminal liability, environmental crime, environmental criminal law*

Rezumat:

Noile probleme cu care se confruntă societatea globală în domeniul ecologic, au dus la o regândire a sistemului sancționator în dreptul mediului. De la nivelul răspunderii consacrate în legi nepenale și de la contravenții și răspunderea de tip civil, ca principale forme de pedepsire a faptelor îndreptate împotriva mediului, s-a ajuns la o formă mai eficientă – cea a răspunderii penale. Crearea dreptului penal al mediului a apărut ca o necesitate, pe fondul creșterii numărului de fapte cu efecte negative grave asupra mediului în care trăim și pentru a pedepsi, adecvat aceste acțiuni care aduc prejudicii ecologice, uneori incomensurabile. Noul Cod penal își aduce și el contribuția la dezvoltarea acestei ramuri noi de drept prin sancțiunile care pedepsesc infracțiunile îndreptate împotriva mediului.

Cuvinte-cheie: *protecție a mediului, răspundere, infracțiuni îndreptate împotriva mediului, drept penal al mediului*

Creșterea rolului răspunderii penale într-un domeniu relativ nou cum este dreptul mediului, se datorează intensificării acțiunilor cu impact negativ asupra mediului care vin atât direct din partea oamenilor, cât și indirect, de pe urma activităților umane.

Pe fondul înțelegerii necesității găsirii unor sancțiuni mai adecvate pentru noile tipuri de infracțiuni apărute în domeniul protecției mediului, a început să se configureze un drept penal al mediului. Este adevărat că această disciplină se află abia într-o etapă inițială de reconfigurări, însă tendințele actuale converg spre o dezvoltare rapidă a domeniului, sub imperiul numărului crescut de contravenții și infracțiuni care aduc un mare prejudiciu mediului și vieții omului.

* Lect. univ. dr., Universitatea Ecologică din București; e-mail: angiecobzaru@gmail.com

În acest moment, **răspunderea contravențională și cea penală constituie un veritabil drept represiv al mediului având ca funcție protejarea, prin sancțiuni specifice, a valorilor ecologice recunoscute ca importante pentru societate.**

Lucrarea surprinde evoluția răspunderii penale de la un instrument accesoriu de sancționare în dreptul mediului la unul care tinde să devină principal, fapt demonstrat de prevederea în noul Cod penal – Legea nr. 286/2009 a unor infracțiuni care sancționează faptele de natură penală îndreptate asupra mediului. În plus, și alte legi nepenale cu dispoziții penale, precum și Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 195/2005 (completată și modificată) ocrotesc din punct de vedere legal valorile ecologice.

1. Aspecte generale privind intervenția penală în dreptul mediului

Răspunderea de tip penal în domeniul protecției, conservării și ameliorării mediului constituie una dintre modalitățile de sancționare a daunelor ecologice de dată relativ recentă, și aceasta, întrucât, mult timp ea a avut un rol subsidiar.

Din punct de vedere istoric, normele de tip penal au fost considerate printre primele care au fost aplicate pentru protecția mediului, însă un fascicul reprezentativ de norme specifice aferente unui drept penal al mediului sunt de dată mai recentă.

Mult timp, pe primul loc s-au aflat acțiunile de tip preventiv care, în dreptul mediului au fost considerate cele mai eficiente măsuri de reparare a prejudiciului adus mediului, urmate de cele de natură civilă și contravențională. Sancțiunile de natură penală au fost cerute de creșterea fenomenului infracțional în acest domeniu și de necesitatea aplicării unor măsuri mai aspre și adecvate noilor tipuri de fapte săvârșite de om împotriva mediului în care trăiește.

Pe acest fond, răspunderea de tip penal în dreptul mediului a căpătat o importanță mai mare, iar la nivel național, european și internațional a devenit tot mai evident interesul pentru crearea unui fascicul specific de „infracțiuni ecologice” și a unui drept penal al mediului.

„Din această perspectivă, dreptul penal a venit în mod specific în ajutorul dreptului public, fie al dreptului constituțional, a dreptului administrativ, dreptului fiscal, legislației economice și chiar al dreptului internațional public, prin instituirea unor reglementări penale particulare în materie până la coagularea lor într-un drept penal specific, cu tendințe de autonomie”.¹

Infracțiunile ecologice propriu-zise trebuie să vizeze atingerile aduse mediului care au efecte deosebit de distructive ce afectează mediul și colectivitățile umane. Prin răspunderea penală trebuie protejat mediul, componentele sale (aer, apă, sol, subsol, biodiversitate) și apărat dreptul omului la un mediu sănătos garantat constituțional.

„În privința urmăririi infracțiunilor ecologice apar o serie de dificultăți legate de necesitatea existenței unor mijloace și dotări speciale de constatare și de probă, de o anumită calificare a agenților instrumentari, de caracterul difuz ori dificil de constatat al efectelor poluării ș.a.”²

Codul penal românesc cu infracțiunile stabilite în cadrul său nu a avut mult timp pedepse specifice pentru prejudiciile aduse mediului. Pentru depășirea unei astfel de situații, dreptul penal a trebuit să cunoască modificări semnificative la nivelul condițiilor de

¹ Duțu Mircea, *Răspunderea în dreptul mediului*, Ed. Academiei Române, București, 2015, p. 253.

² Duțu Mircea, *Dreptul mediului. Tratat. Abordare integrată*, vol. I, Ed. Economică, București, 2003, p. 435

incriminare, al sancțiunilor (pedepselor) aplicabile, precum și a mijloacelor de realizare a răspunderii.

Printre formele inedite de pedeapsă, alături de cele consacrate deja (amenda și închisoarea) se numără: închiderea pe o anumită perioadă sau definitivă a activităților poluante, excluderea de pe piețele publice, interdicția pentru o anumită perioadă de a emite cecuri, interdicția de a face apel public la împrumuturi, interdicția de a exercita anumite activități sociale sau profesionale, dizolvarea persoanei juridice care a deturnat scopul sau obiectul său de activitate pentru comiterea infracțiunii etc. La nivel procedural au apărut „expertiza tehnică ecologică”, „cazierul judiciar ecologic” etc.

Infracțiunile „ecologice” propriu-zise se referă la atingeri aduse nu atât intereselor indivizilor, bunurilor și drepturilor lor, ci unor interese colective, majore.

În ceea ce privește dreptul românesc, materia penală în domeniul dreptului mediului a avut mult timp un caracter incomplet, parțial și nedefinitivat.

În doctrină, se consideră, pe drept cuvânt că dreptul penal apare ca un fel de drept pozitiv de *gradul al doilea*, receptând indirect și mediat influențele generale ale noilor orientări manifestate în plan social.³

2. Contribuția noului Cod penal la dezvoltarea dreptului penal al mediului

Prin particularitățile sale, dreptul penal al mediului este considerat o manifestare, printre altele, a fenomenului de proliferare a *drepturilor sancționatoare tehnice*, appendice al reglementărilor de disciplină socială.⁴

Specific pentru dreptul mediului (în general) este faptul că, incriminările ecologice au fost răspândite inițial în legislația mediului și mai puțin în Codul penal și doar conștientizarea treptată a pericolului adus de faptele îndreptate împotriva mediului au condus la o reorientare accentuată spre normele de drept penal.

Noul Cod Penal român – Legea nr. 286/2009 nu alocă un capitol distinct infracțiunilor îndreptate împotriva mediului, însă există o serie de prevederi care cu problematica de mediu, fără însă a fi incriminări directe ale unor infracțiuni strict ecologice, le regăsim în Titlul VI – ***Infracțiuni care aduc atingere unor activități de interes public sau altor activități reglementate de lege***, Capitolul IV – ***Infracțiuni privitoare la regimul stabilit pentru unele activități reglementate de lege*** și în Titlul IX – ***Infracțiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială***, Capitolul II – ***Infracțiuni contra sănătății publice***.⁵

Deși Legea nr. 187/24 octombrie 2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal și-a afirmat ca *principal obiectiv punerea de acord a legislației penale existente cu prevederile acestuia*,⁶ o astfel de cerință nu a operat în dreptul penal al mediului.

În Capitolul IV al Titlului VI, sunt incriminate următoarele fapte: nerespectarea regimului armelor și munițiilor (art. 279); nerespectarea regimului materialelor nucleare sau a altor materii radioactive (279¹) și nerespectarea regimului materiilor explozive (art. 280).

În Capitolul II al Titlului IX sunt consacrate trei infracțiuni care privesc sănătatea umană ce pot fi extinse și la consecințele pe care le pot produce mediului. Este vorba de:

³ Boulloc B., *Droit penal general*, 22^e édition, Editions Dalloz, Paris, 2011, p. 26

⁴ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, 3^e édition mise à jour, PUF, Paris, 2011, p. 478

⁵ Coord. Valerian Cioclei, *Codul penal și Codul de procedură civilă*, București, Ed. C.H. Beck, 2010, p. 111-11 și 123-124.

⁶ Duțu M., *Opere citate*, p. 336

răspândirea bolilor la animale sau plante (art. 310), infectarea apei (art. 311) și traficul de substanțe toxice (art. 312)

Rezultă că, în noul Cod Penal, infracțiunile de mediu nu sunt prevăzute într-un fascicul distinct și au doar o legătură incidentală cu problematica mediului. Chiar și în cazul art. 311 – infestarea apei, deși este vorba despre o faptă îndreptată direct împotriva mediului (a unei componente de mediu), aceasta este privită ca o faptă accesorie celei principale care se referă la ocrotirea și grija față de sănătatea oamenilor.

În toate cele șase articole din noul Cod penal sunt incriminate fapte îndreptate împotriva omului, care, însă, pot avea consecințe și asupra mediului fără ca acest lucru să fie specificat.

Din analiza prevederilor Noului Cod Penal reiese că nu există o consacrare expresă a infracțiunilor de mediu (ecologice), ci doar una incidentală și indirectă care nu poate fi operabilă decât pentru câteva situații limitative.

Ca atare, numeroasele modificări aduse legislației mediului prin intermediul acestui act normativ nu reprezintă decât *simple ajustări de etapă, fără nicio legătură directă cu obiectivul autodeclarat, ale unor incriminări și sancțiuni în domeniu.*⁷

Nu putem să nu amintim faptul că în Codul Penal în forma sa modificată în anul 2004 (Legea nr. 301/2004), exista un capitol distinct privitor la infracțiunile de mediu. Este vorba de Capitolul V intitulat sugestiv „**Crime și delikte contra mediului înconjurător**”, parte componentă a Titlului VIII denumit „**Crime și delikte de pericol public**”.

Această formă a Codului a suferit imediat modificări, s-a renunțat la titulatura de „crime și delikte” în favoarea uneia mai adecvată, cea de infracțiune, iar capitolul dedicat infracțiunilor îndreptate împotriva mediului a fost abrogat.

Deși Codul penal din 2004 a optat pentru o soluție inovatoare, cea a consacrării unui capitol specific dedicat infracțiunilor îndreptate împotriva mediului, din păcate nu a ajuns să intre în vigoare, astfel încât nu putem ști cum ar fi decurs evoluția aplicării prevederilor sale.

Însă, doctrina⁸ consideră că, *pe conținut, progresul adus de Codul din 2004 era aproape inexistent, fiind vorba de o simplă preluare din legislația existentă, fără niciun efort creator semnificativ.*

În acest moment, cele mai multe infracțiuni contra mediului sunt prevăzute în legile nepenale,⁹ considerate ca fiind reglementări sectoriale care vizează protecția anumitor elemente și factori de mediu, ori unele activități în strânsă legătură cu acestea. Locul central în cadrul acestora revine Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 195/2005 care incriminează numeroase fapte care aduc vătămări mediului.

Legislația românească se caracterizează prin „existența unui număr mare de reglementări în materie, dar aproape deloc a unui drept penal al mediului, în sensul constituirii unui fascicul bine încheiat, în cadrul unui sistem propriu al infracțiunilor de mediu, unitar și eficient.”¹⁰ Mai mult decât atât, există un număr mare de incriminări a unor

⁷ Ibidem, p. 336-337

⁸ Duțu M., *Introducere în dreptul penal al mediului*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 186; Duțu M., *Opere citate*, p. 335

⁹ Legea apelor nr. 107/1996; Legea nr. 111/1996 privind desfășurarea în siguranță a activităților nucleare; O.U.G. nr. 243/2000 privind protecția atmosferei; O.U.G. nr. 2/2008 privind pescuitul și acvacultura; Legea nr. 407/2006 a vânătorii și protecției fondului cinegetic; O.U.G. nr. 57/2007 privind regimul ariilor naturale protejate, conservarea habitatelor naturale, a florei și a faunei sălbatice; etc.

¹⁰ Mircea Duțu, *Implicații ale transpunerii în dreptul român a Directivei 2008/99/CE din 19 noiembrie 2008 privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal*, articol publicat în Revista Dreptul, nr. 6/2010, p. 221.

fapte, adesea aflate în concurs, prevăzute ca infracțiuni de mai multe texte legale în vigoare în același timp, fapt ce conduce la o slabă operativitate și eficiență a sancțiunilor penale în domeniul protecției mediului.

3. Răspunderii penală din perspectiva Directivei 2008/99/CE a Parlamentului European

Neincriminarea infracțiunilor ecologice în cadrul unui capitol distinct din cadrul noului Cod Penal a fost compensată de adoptarea proiectului Legii privind protecția mediului prin răspunderea penală. Acest lucru a fost realizat ca urmare a necesității transpunerii în plan intern a obligațiilor impuse de Directiva nr. 2008/99/CE¹¹ a Parlamentului European și a Consiliului din 18 noiembrie 2008 privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal, care stabilește necesitatea ca statele membre să prevadă în legislația națională a unor sancțiuni penale eficace, proporționale și disuasive, pentru încălcări grave ale dispozițiilor din dreptul Uniunii privind protecția mediului. (considerentul 10).

Directiva 2008/99/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 19 noiembrie 2008 privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal propune stabilirea unor măsuri eficiente care să combată creșterea fenomenului infracțional în domeniul protecției mediului. Scopul declarat al Directivei este stabilit încă din Preambulul său:

„Comunitatea este preocupată de creșterea numărului de infracțiuni împotriva mediului și de efectele acestora, care se extind din ce în ce mai mult în afara granițelor statelor în care acestea sunt comise. Astfel de infracțiuni reprezintă o amenințare la adresa mediului și necesită, prin urmare, un răspuns adecvat.

„Experiența a demonstrat că actualele sisteme de sancționare nu au fost suficiente pentru a garanta respectarea, în totalitate, a legislației privind protecția mediului. O astfel de respectare poate și ar trebui să fie consolidată prin prevederea de sancțiuni penale...”.¹²

Incriminările cuprinse în această lege se raportează la nerespectarea anumitor dispoziții legale care reglementează aspecte importante specifice ale gestionării substanțelor poluante sau ale protecției mediului în general, dispoziții care constituie fie transpunerea unor acte normative comunitare, fie chiar regulamente în materie ale Uniunii Europene.¹³

Acesta este, spre exemplu, cazul operațiunilor cu deșeuri respectiv sancționarea desfășurării operațiunilor cu deșeuri, care intră sub incidența art. 3 al Legii. În prezent, efectuarea acestor operațiuni fără respectarea dispozițiilor legale este incriminată doar în ceea ce privește deșeurile periculoase, însă Legea privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal vine cu o nouă incriminare în ceea ce privește regimul de colectare, transport, valorificare sau eliminare al deșeurilor, altele decât cele periculoase.

În privința infracțiunilor la regimul materialelor nucleare sau substanțe radioactive periculoase, legea vine să completeze prevederile existente în cadrul Codului penal sau al unor legi speciale în materie, cum ar fi Legea nr. 111/1996 privind desfășurarea în siguranță, reglementarea, autorizarea și controlul activităților nucleare, cu anumite

¹¹ Publicată în *Jurnalul oficial al Uniunii Europene* L 328/29 din 6 decembrie 2008. Directiva a fost transpusă în dreptul român prin Legea nr. 101/2011 pentru prevenirea și sancționarea unor fapte privind degradarea mediului (M. Of. nr. 449/28 iunie 2011).

¹² Conform paragrafelor 2 și 3 din Preambulul Directivei 2008/99/CEE din 19 noiembrie 2008 privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal, publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* L 328.

¹³ Conform Informării de presă din 06.10.2010, apărută pe site-ul www.mmedia.ro, cu privire la adoptarea proiectului Legii privind protecția mediului prin dreptul penal.

modalități de săvârșire a infracțiunilor necuprinse în legislația actuală și pe care directiva le cuprinde ca atare.

4. Infracțiuni penale prevăzute în O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului înconjurător

În dreptul intern al mediului, rolul răspunderii penale a jucat un rol subsidiar în ceea ce privește sancționarea faptelor îndreptate împotriva mediului. Actualmente, asistăm la o redimensionare a răspunderii juridice în domeniul ecologic în cadrul căreia începe să capete o pondere mai mare răspunderea penală. Întrucât pașii făcuți în direcția stabilirii unui loc prioritar al răspunderii penale în politica protecției mediului sunt abia la început, nu putem să nu constatăm faptul că actul normativ care alocă cea mai mare importanță infracțiunilor ecologice este Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 195/2005 aprobată prin Legea nr. 265/2006 privind protecția mediului.

În cadrul legii sunt stabilite categoriile de infracțiuni, pedepsele și cuantumul amenzilor penale aferente. Astfel, art. 98 alin. 1-6 și art. 99 alin. 1-2, prezintă în mod concret toate tipurile de activități susceptibile de a fi pedepsite prin sancțiuni de ordin penal. Infracțiunile ecologice sunt pedepsite cu închisoare de la un minim de 3 luni – 1 an, la un maxim de 3 ani – 10 ani pentru faptele foarte grave. Conform art. 98 alin. 6 „Tentativa se pedepsește”.¹⁴

Constatarea și cercetarea infracțiunilor se face din oficiu de către organele de urmărire penală, conform competențelor legale.

Concluzii

Din analiza evoluției legislative în planul dreptului penal al mediului reiese faptul că, la nivel strict legislativ, preocupările pentru îmbogățirea domeniului cu acte normative specifice s-au intensificat treptat.

În același timp, se remarcă slaba efectivitate a aplicării noii legislații aferente dreptului penal al mediului, precum și lipsa de aplicare concretă în litera și spiritul său.

Chiar dacă în Noul Cod penal nu există un capitol distinct destinat „infracțiunilor ecologice”, acest lucru este compensat de implementarea conținutului Directivei 2008/99/CE a Parlamentului European în legislația românească, de aplicarea prevederilor O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului, precum și a altor legi nepenale și penale care incriminează faptele de natură penală îndreptate împotriva mediului.

Bibliografie:

1. Bouloc B., Droit penal general, 22^e édition, Editions Dalloz, Paris, 2011;
2. A. Van Lang, Droit de l'environnement, 3^e édition mise à jour, PUF, Paris, 2011;
3. Cioclei Valerian, Codul penal și Codul de procedură civilă, București, Editura C.H. Beck, 2010;
4. Crișu Constantin, Codul penal aprobat prin Legea nr. 301/2004 și 69 de legi speciale care prevăd sancțiuni penale, Argeș; Editura Argessis;
5. Duțu Mircea, Dreptul mediului. Tratat. Abordare integrată, București, Editura Economică, 2003, Vol. I, II;
6. Duțu Mircea, dreptul mediului, ediția a III-a, București, Editura C.H. Beck, 2010;
7. Duțu Mircea, Răspunderea în dreptul mediului, Editura Academiei Române, București, 2015;

¹⁴ Conform O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului, art. 98

-
8. Duțu M., Introducere în dreptul penal al mediului, Editura Hamangiu, București, 2013;
 9. Directiva 2008/99/CEE din 19 noiembrie 2008 privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 328;
 10. Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 195/2005 aprobată prin Legea nr. 265/2006 privind protecția mediului;
 11. Revista Dreptul, 2010;
 12. www.mmedia.ro.

„TERMENUL REZONABIL” DIN NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ – EXIGENȚĂ A PROCESULUI ECHITABIL GARANTAT DE ART. 6 DIN CONVENȚIA EUROPEANĂ A DREPTURILOR OMULUI

Anelis-Vanina ISTRĂTESCU*

Abstract:

The fair trial represents a priority for each society governed by democracy and its inherent rules in which the judicial act should reflect the State's capability to offer the adequate instruments and means able to ensure the exercise of rights and legitimate interests of individuals being under its jurisdiction, before courts or other agents of public force. Among the specific guarantees of each State based on the rule of law, one can also identify the right to have the settlement of the dispute within a reasonable time, which the new Code of civil procedure describes as a "optimum and predictable time" of which observance required, inter alia, the establishment of the priority of the international treaties on human rights, the applicability of the principle of settlement of cases without undue delay in each and every phase or stage of the litigation, including in the course of the appealing stages, as well as in the phase of enforcement of judicial decisions, the regulation of the magistrates' responsibility for the management of the trials submitted to them, by taking into account the measures taken by them and their behaviour towards the litigating parties or other participants at the trials, having effects on the length of the proceedings. The same requirements should also be met in case of the other agents of public force having attributions during the phase of enforcement of judicial decisions or of other compulsory acts, so that the non-observance of such demands both in the course of the trial and during the enforcement phase could engage the State's responsibility based on Article 6 of the European Convention on Human Rights in the light of the principles enshrined in the relevant ECHR's case-law.

Keywords: celerity, effectiveness, judicial act, ECHR's case-law

Rezumat:

Procesul echitabil constituie o prioritate pentru orice societate guvernată de democrație și regulile ei inerente, în care actul de justiție trebuie să reflecte capacitatea statului de a oferi arsenalul și mijloacele adecvate valorificării drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor aflate sub jurisdicția sa, în fața instanțelor judecătorești sau altor agenți ai forței publice. Între garanțiile specifice statului de drept figurează și dreptul la soluționarea cauzei într-un termen rezonabil, pe care noul Cod de procedură civilă îl califică drept termen „optim și previzibil”, pentru respectarea căruia au fost reglementate, între altele, prioritatea tratatelor internaționale privitoare la drepturile omului, aplicarea principiului tranșării cu celeritate a cauzelor în toate fazele și etapele procesuale, inclusiv în căile de atac și în faza executării silite, responsabilizarea magistraților în gestionarea proceselor cu care sunt investiți, prin prisma măsurilor aplicate și conduitei manifestate față de părțile litigante ori alți participanți la proces, cu implicații asupra duratei litigiilor. Aceleași exigențe se aplică și în cazul celorlalți agenți ai forței publice, cu atribuții în faza de punere în executare a hotărârilor judecătorești

* Asist. univ. dr., Universitatea „Spiru Haret” București; Formator – Institutul Național pentru Pregătirea și Perfecționarea Avocaților București; Baroul București; e-mail: istratescu_anelis@yahoo.com

sau altor titluri executorii, nerespectarea unor asemenea cerințe atât în cursul derulării judecății, cât și în faza executării silite, putând angaja răspunderea statului, în temeiul art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului, prin raportare la principiile afirmate în jurisprudența CEDO cristalizată în această materie.

Cuvinte-cheie: *celeritate, eficiență, act de justiție, jurisprudența CEDO*

Apariția noului Cod de procedură civilă în ansamblul reglementărilor inovatoare ale ultimilor ani a suscitat un real interes din partea practicienilor dreptului, inclusiv din perspectiva dispozițiilor normative menite să consolideze credibilitatea actului de justiție și să îi sporească eficiența, într-o societate aflată în continuă transformare, în care problematica celerității proceselor continuă să producă polemici sau să nască controverse. Iată de ce, ne propunem, în cele ce urmează, să analizăm dacă pârghiile legislative create prin intermediul noului act edictat în domeniul procesual civil satisfac cerințele *termenului rezonabil*, în accepțiunea consacrată în jurisprudența CEDO referitoare la dreptul la un proces echitabil, de esența căruia este rezolvarea promptă a diferendelor deduse judecății.

De altfel, implementarea unor noi mecanisme susceptibile să impulsioneze cursul proceselor și să ofere justițiabililor garanția eficacității, se înscrie în categoria obligațiilor asumate de state¹ de a-și organiza sistemul judiciar, astfel încât să soluționeze orice litigiu într-un termen rezonabil, dincolo de dificultățile generate de factori care pot întârzia procedurile judiciare naționale². Prin prisma principiilor afirmate de instanța de la Strasbourg încă din zorii cristalizării unei jurisprudențe constante în această materie, autoritățile judiciare naționale au obligația tranșării fără întârziere a cauzelor cu care sunt investite, statul fiind răspunzător pentru activitatea ansamblului serviciilor sale³. În aceeași ordine de idei, Curtea Europeană a statuat și că durata rezonabilă a procedurii interne trebuie evaluată, ținând seama de complexitatea cauzei, comportamentul reclamantilor și al autorităților relevante⁴, aceste trei elemente fiind analizate ori de câte ori sunt reclamate atingeri aduse dreptului la soluționarea cu celeritate a pricinii.

Transpunerea în practică a unor astfel de exigențe în actualul Cod de procedură civilă s-a concretizat mai întâi, în cuprinsul art. 3, prin instituirea obligativității aplicării prioritare a tratatelor internaționale privitoare la drepturile omului în raport cu reglementările interne, atunci când cele dintâi conțin norme mai favorabile individului, aspect reglementat anterior și prin art. 11 și 20 din Constituția României, din interpretarea cărora decurge suveranitatea art. 6, par. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului în domeniul procesual civil, sub aspectul garanțiilor evidențiate de CEDO, în exercitarea controlului european asupra sistemelor și practicilor interne ale statelor părți la Convenție.

Durata rezonabilă a procesului, consacrată de CEDO ca noțiune autonomă, capătă însă noi valențe în accepțiunea art. 6 din noul Cod de procedură civilă, care înglobează în categoria principiilor fundamentale ale procesului civil, dreptul oricărei persoane la judecarea cauzei sale, *în termen optim și previzibil*, exigență conferită de legiuitor, în toate

¹ Pentru atingerea unui astfel de obiectiv, a fost adoptată, spre exemplu, Recomandarea Comitetului de Miniștri (2010)3 din 24 februarie 2010 privind remediile efective de limitare a duratei excesive a procedurilor interne.

² *Guincho c. Portugaliei*, cererea nr. 8990/80, hotărârea CEDO din 10 iulie 1984, par. 38.

³ *Vernillo c. Franței*, cererea nr. 11889/85, hotărârea CEDO din 20 februarie 1991, par. 38.

⁴ *Velcescu și alții c. României*, cererile nr. 29190/04, nr. 25966/05, nr. 1781/07, nr. 16270/07, nr. 20277/07 și nr. 57610/08, hotărârea CEDO din 5 iulie 2011, par. 8.

fazele și etapele procesuale, inclusiv în etapa executării silite. Sub acest aspect, prezintă relevanță disp. art. 482 și art. 494 din Cod, în conformitate cu care dispozițiile de procedură privind judecata în primă instanță se aplică și în instanța de apel și respectiv în instanța de recurs.

După cum se poate lesne observa, dispoziția procesuală amintită nu se limitează doar să evoce acest drept individual, menit să întărească funcționalitatea mecanismului jurisdicțional de tranșare a unei dispute, ci impune în sarcina magistratului investit cu soluționarea cauzei, obligații specifice de garantare a unui astfel de drept, stipulând că *„instanța este datoare să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății.”* Legiuitorul nu definește însă, nici noțiunea de *optim* și nici pe aceea de *previzibil*, ceea ce implică verificarea respectării unor asemenea rigori *in concreto*, de la caz la caz, în funcție de specificul și particularitățile fiecărui litigiu. Cu toate acestea, art. 238 din actualul Cod prevede îndatorirea instanței de judecată de a estima încă de la primul termen de judecată, durata necesară pentru cercetarea procesului, ținând cont de împrejurările cauzei, astfel încât procesul să fie soluționat într-un termen optim și previzibil.

Așadar, inovația legislativă adusă prin această dispoziție a Codului are rolul de a spori celeritatea procesului, de a-l responsabiliza pe judecător în gestionarea actului de justiție pe care îl înfăptuiește, în calitatea sa de agent statal, concluzie ce se desprinde și din reglementarea obligației de a consemna prin încheiere de ședință, durata estimată a procesului, dar și de a reconsidera durata estimată inițial, atunci când există motive temeinice. Faptul că durata estimată a procesului trebuie menționată în cuprinsul încheierilor de ședință, constituie în opinia noastră, un mijloc adecvat de aplicare a principiului soluționării cauzelor cu celeritate, dar și un instrument util, un veritabil barometru al respectării garanțiilor fundamentale, intrinseci procesului echitabil, în condițiile în care instanța trebuie să își asume sarcina soluționării pricinii cu promptitudine, încă de la debutul acesteia și să manifeste o conduită procesuală de natură să satisfacă o atare cerință.

Modificarea legislativă la care ne-am referit anterior, este perfect justificată, în condițiile în care judecătorul este cel care trebuie să asigure pregătirea și desfășurarea rapidă a procesului, ca factor decizional, dar și ca exponent al puterii judecătorești, pornind de la premisa că statele trebuie să ofere mijloacele corespunzătoare, adaptate obiectivelor urmărite, astfel încât să le permită îndeplinirea exigențelor procesului echitabil ⁵.

Prin urmare, comportamentul judecătorului în soluționarea cauzei va fi analizat, nu doar prin prisma acordării unor termene scurte – fixate de regulă, la nivel instituțional, în raport de alcătuirea completelor și programarea ședințelor pe secții –, ci și prin raportare la măsurile efective luate în timpul judecății, în scopul optimizării duratei procesului. Avem aici în vedere, de pildă, posibilitatea instanței de a aplica sancțiuni, potrivit disp. art. 187-188 din noul Cod de procedură civilă, părților sau altor participanți în litigiu, ale căror fapte au drept efect, tergiversarea judecății, cum ar fi: introducerea cu rea-credință a unor cereri sau exercitarea unor căi de atac vădit netemeinice, formularea cu rea-credință a unor cereri de recuzare sau de strămutare, contestarea cu rea-credință a scrierii sau semnăturii unui înscris sau a autenticității unei înregistrări audio sau video, neprezentarea martorului legal citat sau neducerea la termenul fixat a martorului încuviințat uneia dintre părți, neprezentarea avocatului ori a reprezentantului părții sau neîndeplinirea îndatoririlor, cu consecința amânării procesului, omisiunea depunerii rapoartelor de expertiză sau

⁵ Renucci J.-F., *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 468.

furnizarea informațiilor solicitate de la experți⁶ ori refuzul sau omisiunea autorităților sau instituțiilor sesizate de a lua măsurile pentru efectuarea expertizelor, pentru prezentarea înscrisurilor sau bunurilor ori pentru comunicarea datelor aflate în evidențele lor.

Suntem de părere că disp. art. 187 C. pr. civ., care prevede că judecătorul va putea sancționa anumite abateri generatoare de amânare a procesului ar trebui modificate, în sensul de a stipula că judecătorul *va sancționa* astfel de fapte, tocmai pentru că imperativul tranșării procesului într-un interval rezonabil reclamă îndatorirea magistratului de a acționa cu fermitate pentru atingerea unui astfel de obiectiv.

Sub auspiciile obligației generale a instanței de a asigura o judecată rapidă, noul Cod de procedură civilă a adus schimbări de esență în exercițiul drepturilor procesuale, cu implicații asupra termenului rezonabil, pe care le vom aborda exemplificativ, iar nu exhaustiv, în încercarea de a afla răspunsul la întrebarea ce formează obiectul prezentei cercetări: îndeplinește noul act normativ exigențele duratei rezonabile a procesului reglementate de art. 6, par. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului?

O astfel de modificare a fost introdusă prin art. 142, alin. 1 din actualul Cod de procedură civilă⁷ și a vizat instituirea competenței curților de apel în soluționarea cererilor de strămutare întemeiate pe motiv de bănuială legitimă, dacă instanța de la care se cere strămutarea este o judecătorie sau un tribunal din circumscripția acesteia. Rațiunea unui astfel de demers legislativ a fost tocmai aceea de a preîntâmpina tergiversarea nejustificată a cursului judecătii, știut fiind că în vechea reglementare, transmiterea cererilor de strămutare de la toate instanțele judecătorești la instanța supremă avea drept efect, nu doar aglomerarea excesivă a acesteia din urmă, dar conducea în egală măsură, la prelungirea nejustificată a proceselor, cu consecința afectării cerinței celerității, în însăși esența sa.

Prin art. 143 din același Cod se conferă instanței judecătorești posibilitatea, iar nu obligația, de a suspenda judecarea procesului, cu darea unei cauțiuni de 1000 lei, rămânând la latitudinea fiecărui judecător să aprecieze în raport de circumstanțele faptice și juridice concrete ale speței, dacă subzistă motive temeinice pentru aplicarea unei măsuri radicale de „blocare” a cursului judecătii.

Apreciam că în acest caz, magistratul național va trebui să manifeste o deosebită prudență în luarea deciziei suspendării, în virtutea faptului că metodele de tergiversare folosite de una dintre părți nu îl exonerează de obligația de a asigura derularea procedurilor într-un termen rezonabil⁸. De altfel, în aplicarea raționamentului ei privitor la termenul rezonabil, însăși Curtea Europeană a Drepturilor Omului a conchis că le revine statelor, în temeiul regulilor aplicabile în propriile sisteme judiciare, atributul de a decide care procedură corespunde în maniera cea mai adecvată cerinței de eficiență, dar că o astfel de procedură va trebui să se conformeze totodată cerinței de echitate garantată de art. 6 din Convenție⁹.

⁶ a se vedea în acest sens, *Versini c. Franței*, cererea nr. 40096/98, hotărârea CEDO din 10 iulie 2001, par. 29 și *Surmeli c. Germaniei*, cererea nr. 75529/01, hotărârea CEDO din 8 iunie 2006, par. 129.

⁷ Potrivit art. 39, alin. 2 VCPC, cererea de strămutare întemeiată pe motive de bănuială legitimă sau de siguranță publică era de competența Înaltei Curți de Casație și Justiție; spre deosebire de vechea reglementare, Codul actual stabilește competența curților de apel în cazul bănuielii legitime, ceea ce a degrevat în mod considerabil lista cauzelor înaintate instanței supreme, cu excepția situațiilor în care strămutarea este solicitată de la curțile de apel, ceea ce atrage competența de soluționare a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

⁸ *Mincheva c. Bulgariei*, cererea nr. 21558/03, hotărârea CEDO din 2 septembrie 2010, par. 68.

⁹ *Vlad și alții c. României*, cererile nr. 40756/06, nr. 41508/07 și nr. 50806/07, hotărârea CEDO din 26 noiembrie 2013, par. 112.

Un alt element de noutate adus regulilor de desfășurare a procesului civil constă în reglementarea procedurii de regularizare a cererii de chemare în judecată, în cadrul căreia completul căruia i s-a repartizat aleatoriu cauza, are obligația de a verifica *deîndată* competența sa în soluționarea cauzei, ca și îndeplinirea cerințelor procesuale privitoare la elementele acțiunii, numărul de exemplare atașate, ca și aspectul timbrajului. Practica judiciară conturată ulterior intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă reflectă faptul că noțiunea „deîndată”, consacrată de legiuitor în vederea optimizării duratei procesului, este percepută și aplicată diferit de instanțele judecătorești, pe considerentul că dispoziția cuprinsă în art. 200 din Cod ar avea caracter dispozitiv și nu imperativ, cu consecința fixării primului termen de judecată, în unele cazuri, chiar și după 8-12 luni de la data demarării litigiului, în detrimentul justițiabilului, care se vede privat de o garanție procesuală fundamentală. Ne referim aici la practica curentă a instanțelor de stabilire a așa-numitelor „termene administrative”, prelabile primului termen de judecată la care părțile sunt legal citate, situație care nu concordă cu litera legii, dar mai ales cu spiritul ei, acela de a garanta o justiție eficientă, fluidă și dinamică, în care cel ce caută dreptatea, ar trebui să se simtă protejat de autoritățile statale și să aibă sentimentul obținerii unei soluții într-un termen previzibil¹⁰.

Rațiunea accelerării procedurii judiciare a fost avută în vedere și prin art. 201, alin. 1 și 2 din actualul Cod de procedură civilă, în conformitate cu care judecătorul dispune comunicarea *deîndată* a cererii de chemare în judecată către pârât, în situația îndeplinirii condițiilor prevăzute de lege, ca și comunicarea întâmpinării formulate de reclamant către pârât, *deîndată* ce instanța o primește.

În opinia noastră, abordarea eronată a naturii termenului (calificat ca fiind de recomandare) golește de conținut, dar și de orice finalitate, prevederile legale care impun instanțelor obligația de a acționa imediat pentru corecta aplicare a principiului soluționării cauzelor cu celeritate, care, în condițiile date, se reduce la o noțiune pur teoretică, incompatibilă cu garanțiile procesului echitabil. De altfel, cu privire la acest aspect, însăși CEDO a statuat că nu poate impune un anumit mijloc unui stat, dar aceasta va fi deosebit de atentă la eficacitatea mijloacelor puse în aplicare de autoritățile naționale.¹¹ Considerăm că eradicarea practicii termenelor administrative, care conduc în mod inevitabil la întârzierea stabilirii primului termen de judecată, este imperios necesară, prin raportare la exigențele termenului rezonabil, căci punctul de la care începe să curgă această durată de timp este constituit în principiu, în materie civilă, de sesizarea jurisdicției¹², cu excepția situațiilor în care anterior declanșării litigiului în fața instanței, este necesară parcurgerea unei proceduri prelabile în fața unei autorități administrative, când durata procedurii va fi examinată prin prisma momentului inițierii unei astfel de proceduri¹³.

Pe de altă parte, nici supraaglomerarea instanțelor judecătorești și nici încărcătura excesivă a dosarelor repartizate fiecărui judecător nu pot servi drept justificare pentru anihilarea sensului clar și explicit al dispozițiilor procedurale care conferă destinatarilor

¹⁰ Pentru comentarii privind prerogativele instanței în desfășurarea procesului civil, a se vedea Deleanu I., *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 903.

¹¹ *Eckle c. Germaniei*, cererea nr. 8130/78, hotărârea CEDO din 15 iulie 1982, par. 92.

¹² Sudre F., Marguenaud J-P., Andriantsimbazovina J., Gouttenoire A., Levinet M., *Marile hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ed. Rosetti International, București, 2011, p. 286, cu referire la hotărârea dată de CEDO în cauza *Bucholz c. Germaniei*, 6 mai 1981.

¹³ *X c. Franței*, cererea nr. 18020/91, hotărârea CEDO din 31 martie 1992, par. 31.

normelor, beneficiul judecării cauzelor într-un termen optim și previzibil, asemenea chestiuni constituind deficiențe ale administrării justiției, care nu exonerează statele de obligația pozitivă de a asigura accesul la justiție, sub aspectul duratei rezonabile a procedurii interne¹⁴.

Un alt instrument eficace de impulsioneare a cursului judecării îl reprezintă instituția contestației privind tergiversarea procesului, pe care o regăsim în cuprinsul prev. art. 522-526 din Noul Cod de procedură civilă, instituție a cărei reglementare s-a impus, tocmai în considerarea necesității de a remedia viciul legislativ din codul anterior, ca o măsură de protecție a justițiabilului prejudiciat prin modalitatea defectuoasă de conducere și derulare a procesului, dar și prin întârzierile nejustificate în soluționarea litigiului. Cazurile în care se poate apela la această procedură, sunt expres și limitativ prevăzute de legiuitor prin art. 522 din Cod, normă din care decurg practic obligațiile instanței investite cu o cauză dată, de a se pronunța sau de a motiva o hotărâre în termenul legal de finalizare a unei proceduri, de a lua măsurile legale față de participantul în proces care nu și-a îndeplinit obligația de a efectua un act de procedură, de a lua măsurile prevăzute de lege față de persoana sau autoritatea care nu a comunicat instanței într-un anumit termen, un înscris, date ori alte informații rezultate din evidențele ei, necesare soluționării procesului, precum și obligația de a soluționa cauza într-un termen optim și previzibil, prin luarea măsurilor legale sau prin îndeplinirea din oficiu a unor acte de procedură necesare soluționării cauzei.

Instituirea unor termene scurte atât în procedura de soluționare a contestației înaintate instanței care judecată procesul (de cel mult 5 zile), cât și în procedura de soluționare a plângerii formulate împotriva încheierii de respingere a contestației, dedusă soluționării instanței ierarhic superioare (de cel mult 10 zile de la primirea dosarului), consolidează utilitatea recurgerii la acest mijloc procesual, menit a potența credibilitatea, dar și eficiența actului de justiție, în ansamblul său.

Considerăm că implementarea unui astfel de mecanism, indispensabil accelerării judecării cauzelor, răspunde într-o manieră adecvată imperativului reformării sistemului judiciar, la nivel legislativ și instituțional, afirmat de CEDO¹⁵ în vederea ocrotirii justițiabililor, ce se consideră victime ale procedurilor judiciare interne excesiv de lungi și contribuie în mod substanțial la crearea unui climat de securitate juridică, în care părțile litigante își pot exercita pe deplin dreptul la obținerea soluției într-un termen optim și previzibil.

Apreciem însă că recurgerea la acest remediu procesual trebuie să se facă cu prudență și bună-credință, pentru ca cel ce se pretinde victimă a încălcării dreptului la un proces echitabil, să nu fie el însuși direct răspunzător de pretinsa încălcare¹⁶, având în vedere că unul din elementele examinate pentru verificarea termenului rezonabil constă chiar în comportamentul petiționarului ce reclamă tergiversarea judecării pricinii. În susținerea raționamentului nostru, facem trimitere expresă la prev. art. 526 din noul Cod de procedură

¹⁴ *Stancu c. României*, cererea nr. 30390/02, hotărârea CEDO din 29 aprilie 2008, par. 36.

¹⁵ Necesitatea unei astfel de reformări a format, de pildă, obiectul analizei Curții Europene a Drepturilor Omului, cu ocazia pronunțării hotărârii din cauza *Vlad și alții c. României*, *precit.*, în care instanța de la Strasbourg a observat existența unei probleme sistemice în dreptul intern și a conchis că autoritățile judiciare române trebuie să ia în continuare măsuri coerente pe termen lung pentru a asigura respectarea dreptului la un proces echitabil, fie prin modificarea căilor interne de recurs, fie prin crearea altora noi.

¹⁶ Principiu statuat de CEDO în cauza *Paşa și Erkan Erol c. Turciei*, hotărârea din 12 decembrie 2006, cererea nr. 51358/99, par. 21 și 22

civilă, prin care se stabilește sancționarea pecuniară a celui care formulează cu rea-credință contestație privind tergiversarea procesului ori plângere împotriva soluției de respingere a contestației, fie sub forma plății unei amenzi judiciare de 500 lei la 2000 lei, fie sub forma plății unei despăgubiri pentru repararea prejudiciului cauzat prin introducerea contestației sau plângerii.

O altă noutate legislativă destinată accelerării procedurii judiciare privește faza executării silită, privită ca parte integrantă din proces, plecând de la premisa că dreptul de acces la justiție protejează și punerea în executare a hotărârilor judecătorești definitive, care, într-un stat care respectă preeminența dreptului, nu pot rămâne fără efect în defavoarea unei părți¹⁷; din această perspectivă, merită amintite pe de o parte, prev. art. 626 NCPC potrivit căruia statul este obligat să asigure, prin agenții săi, executarea în mod *prompt* și efectiv a hotărârilor judecătorești și a altor titluri executorii, iar pe de altă parte, prev. art. 627 din același cod, în lumina căruia în tot cursul executării, executorul judecătoresc este obligat să aibă rol activ, stăruind prin toate mijloacele admise de lege, pentru realizarea integrală și *cu celeritate* a obligației prevăzute în titlul executoriu. Pe aceeași linie de gândire, prin art. 658 din Cod s-a prevăzut obligația agenților forței publice de a sprijini îndeplinirea *promptă* și efectivă a tuturor actelor de executare silită, ca și aceea de a lua măsuri *de urgență* pentru a se evita tergiversarea sau împiedicarea executării.

Aceste garanții specifice sunt menite să asigure îndeplinirea obligației pozitive a autorităților statale de a organiza cadrul punerii în executare a hotărârilor judecătorești, atât din punct de vedere legal, cât și la nivelul practicii judiciare și de a asigura cât mai rapid valorificarea lor¹⁸. Altfel spus, atunci când autoritățile interne nu își îndeplinesc obligația de punere în executare a unei hotărâri judecătorești, omisiunea acestora poate antrena răspunderea statului în temeiul art. 6, par. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului¹⁹.

În lumina principiilor afirmate de CEDO, este evident că orice acte sau fapte care împiedică ori tergiversează punerea în executare a deciziilor irevocabile emise în realizarea puterii judecătorești, alterează funcționalitatea sistemului judiciar, lipsindu-l de eficiență și putere coercitivă.

Concluzii

Incursiunea noastră succintă în dispozițiile procesuale noi privind garantarea dreptului la un proces echitabil în materie civilă relevă atât preocuparea legiuitorului național pentru a reglementa expres importanța soluționării cauzelor cu celeritate, cât și pentru a îndeplini angajamentele asumate de statul român în cadrul Consiliului Europei, anume de a crea și folosi arsenalul juridic cel mai adecvat pentru transpunerea în practică a îndatoririlor ce îi revin, în calitatea sa de Înaltă Parte Contractantă la Convenția europeană a drepturilor omului.

Atingerea acestor obiective nu constituie o misiune ușor de îndeplinit, ci dimpotrivă, reclamă vigilență maximă și concentrarea eforturilor în vederea înlăturării impedimentelor care afectează celeritatea judecătii, ca exigență primordială a procesului echitabil, aflat la temelia oricărei societăți democratice.

¹⁷ *Ruianu c. României*, cererea nr. 34647/97, hotărârea CEDO din 17 iunie 2003, par. 65.

¹⁸ A se vedea *Flaviu și Dalia Șerban c. României*, cererea nr. 36446/04, hotărârea CEDO din 14 septembrie 2010, par. 52; *mutatis mutandis*, *Fuklev c. Ucrainei*, cererea nr. 71186/01, hotărârea CEDO din 7 iunie 2005, par. 84.

¹⁹ *Parohia Greco-Catolică din Bogdan Vodă c. României*, cererea nr. 26270/04, hotărârea CEDO din 19 noiembrie 2013, par. 44.

NOILE CODURI ȘI URBANISMUL

Anca STROIU*

Abstract:

The amendments brought by the implementation of the new codes, have also impacted over the specific legislation in the field of town planning. The most important amendments referred to the legal regime of the exception of illegality of individual administrative deeds and the settlement of the appeal in the administrative field, which is currently applicable also to litigations in the urban planning field. However, the amendments brought by the new codes, cannot supplant the absence of a town planning code, meant to uniform the legislation issued in the field of town planning, to regulate special procedures addressed exclusively to litigations related to administrative deeds issued in the field of town planning and to respond to current investment projects and town planning needs.

Rezumat:

Modificările aduse prin adoptarea noilor coduri au avut impact și asupra legislației specifice din domeniul urbanismului. Cele mai importante modificări au vizat regimul juridic al excepției de nelegalitate a actelor administrative cu caracter individual și regimul de soluționare a recursului în materia contenciosului administrativ, care este aplicabil, în prezent și litigiilor din domeniul urbanismului. Cu toate acestea, schimbările aduse de noile coduri, nu sunt în măsură să suplinească absența unui cod al urbanismului, menit să uniformizeze legislația existentă în domeniul urbanismului, să reglementeze proceduri speciale destinate exclusiv litigiilor privind actele administrative emise în domeniul urbanismului și să răspundă totodată proiectelor de investiții și nevoilor urbanistice curente.

Contenciosul administrativ, excepția de nelegalitate, recursul în materia contenciosului administrativ, abuzul de drept, codul urbanismului.

Intrarea în vigoare a Codului civil, a Codului de procedură civilă, a Codului penal și a Codului de procedură penală a avut un impact notabil și în materia dreptului urbanismului.

În prezent, absența unui cod al urbanismului care să reunească actele normative existente specifice acestui domeniu¹, determină ca litigiile de dreptul urbanismului să fie guvernate de Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 (în continuare „Legea contenciosului administrativ”).

Prin adoptarea Legii nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă (în continuare „Legea nr. 76/2012”), Legea contenciosului administrativ a suferit modificări de interes pentru sfera dreptului urbanismului, în

* Student doctorand, Universitatea București, Avocat Baroul București; e-mail: Anca_stroiu@yahoo.com

¹ Ne referim în principal la: Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, Ordinul nr. 839/2009 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 50/1991, Legea nr. 350/2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul, Ordinul nr. 2701/2010 pentru aprobarea Metodologiei de informare și consultare a publicului cu privire la elaborarea sau revizuirea planurilor de amenajare a teritoriului și de urbanism, Hotărârea nr. 525/1996 pentru aprobarea Regulamentului de urbanism, Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții ș.a.m.d.

principal, cu privire la regimul juridic al excepției de nelegalitate al actelor administrative cu caracter individual, al judecării recursului în materia contenciosului administrativ.

Una dintre cele mai importante modificări vizează regimul juridic al excepției de nelegalitate.

Potrivit art. 4 din Legea contenciosului administrativ în vigoare: „(1) *Legalitatea unui act administrativ cu caracter individual, indiferent de data emiterii acestuia, poate fi cercetată oricând în cadrul unui proces, pe cale de excepție, din oficiu sau la cererea părții interesate. (2) Instanța investită cu fondul litigiului și în fața căreia a fost invocată excepția de nelegalitate, constatând că de actul administrativ cu caracter individual depinde soluționarea litigiului pe fond, este competentă să se pronunțe asupra excepției, fie printr-o încheiere interlocutorie, fie prin hotărârea pe care o va pronunța în cauză. În situația în care instanța se pronunță asupra excepției de nelegalitate prin încheiere interlocutorie, aceasta poate fi atacată odată cu fondul. (3) În cazul în care a constatat nelegalitatea actului administrativ cu caracter individual, instanța în fața căreia a fost invocată excepția de nelegalitate va soluționa cauza, fără a ține seama de actul a cărui nelegalitate a fost constatată. (4) Actele administrative cu caracter normativ nu pot forma obiect al excepției de nelegalitate. Controlul judecătoresc al actelor administrative cu caracter normativ se exercită de către instanța de contencios administrativ în cadrul acțiunii în anulare, în condițiile prevăzute de prezenta lege*”.

Vom ilustra mai jos principalele modificări aduse de Legea nr. 76/2012 cu privire la instituția excepției de nelegalitate și impactul lor în practica instanțelor de judecată.

În primul rând, competența de soluționare a excepției de nelegalitate, a revenit, potrivit noii reglementări, judecătorului investit cu soluționarea fondului litigiului, indiferent de tipul acestuia, legiuitorul acordând plenitudine de jurisdicție, instanței investite cu soluționarea litigiului în fond, indiferent de gradul și specializarea acesteia. În doctrină², s-a exprimat ideea că această modalitate de soluționare a excepției de nelegalitate, a accentuat caracterul incidental al acestui mecanism procesual, definit ca o apărare pe care o parte dintr-un proces o face împotriva unui act administrativ ilegal ce are incidență într-o anumită cauză³.

Anterior modificării, soluționarea acestei excepții revenea exclusiv instanței de contencios administrativ. În acest fel, instanța investită cu soluționarea fondului, verifica dacă de actul administrativ cu caracter individual, care constituia obiectul excepției de nelegalitate, depindea soluționarea cauzei iar, în caz afirmativ, suspenda cauza și trimitea excepția spre soluționare la instanța de contencios administrativ⁴. În urma modificării art. 4 din Legea contenciosului administrativ, excepția de nelegalitate s-a transformat dintr-o excepție specială, care beneficia de un regim juridic aparte [...] într-o excepție comună⁵.

Procedura de soluționare a excepției de nelegalitate se realizează potrivit principiului *tempus regit actus*, iar cerința citării emitentului actul administrativ individual nu mai este obligatorie potrivit noii reglementări, iar căile de atac au rămas cele de drept comun

² Bogasiu G., *Legea contenciosului administrativ. Comentată și adnotată*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 170.

³ Vedinaș V., *Drept Administrativ*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 227, apud. Chiriac L., *Excepția de nelegalitate, mijloc de verificare a legalității unui act administrativ de către instanța de contencios administrativ*, publicat în Dreptul nr. 11/2009, p. 94.

⁴ Bogasiu G., *op. cit.*, p. 169-170.

⁵ *Ibidem*, p. 170.

aplicabile în materia oricărei excepții soluționate prin încheierea interlocutorie sau prin sentința asupra fondului⁶.

Raportat la materia dreptului urbanismului suntem de părere, că soluționarea unei excepții de nelegalitate cu privire la un act administrativ cu caracter individual emis în acest domeniu (precum autorizația de construire, autorizația de desființare etc.) de către o instanță de drept comun sau de drept penal nu este oportună din cel puțin trei considerente. Primul considerent, vizează lipsa unei legislații specifice în domeniului urbanismului și a unei practici unitare care să ușureze aplicarea și interpretarea prevederilor specifice în aceasta materie. Al doilea considerent, are în vedere lipsa specializării instanței de judecată, alta decât cea de contencios administrativ, pe segmentul litigiilor în domeniul urbanismului. Mai precis, considerăm că este foarte dificil pentru o instanță specializată în litigii civile sau penale să aprecieze, pe cale de excepție, dacă o autorizație de construire sau o autorizație de desființare a fost emisă în mod valabil sau dacă acestea îndeplinesc condițiile prevăzute de Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții (în continuare „Legea nr. 50/1991”). În plus, nu considerăm oportun că, în prezent, soluționarea excepției de nelegalitate a unor acte administrative specifice dreptului urbanismului poate cădea în sarcina unor instanțe de prim grad, precum judecătoriile, având în vedere complexitatea acestor acte administrative emise în domeniul urbanismului. Or, ținând cont de regula, conform căreia litigiile având ca obiect anularea sau suspendarea actelor administrative emise în domeniul urbanismului sunt de competența instanțelor de contencios administrativ, apreciem că nu este indicat ca verificarea legalității unor astfel de acte administrative specifice dreptului urbanismului să poată fi atribuită judecătoriilor, care au o competență generală de soluționare a litigiilor. În fine, al treilea argument, ar fi acela că, autoritatea emitentă nu mai este citată în cauzele în care se verifică legalitatea actelor administrative cu caracter individual pe calea excepției de nelegalitate. Or, apreciem, că în domeniul urbanismului, în astfel de cauze, poziția autorității emitente a actului administrativ contestat este una esențială, atât din perspectiva stabilirii corespunzătoare a cadrului procesual dedus judecății în raport de obiectul cauzei, cât și din perspectiva respectării principiului securității și stabilității raporturilor juridice.

În jurisprudența recentă a Înaltei Curți de Casație și Justiție s-a stabilit că excepția de nelegalitate a unui act administrativ cu caracter individual nu poate fi invocată dacă în prealabil a fost solicitată și anularea respectivului act. În acest sens⁷, s-a stabilit că „deși excepția de nelegalitate este un mijloc de apărare, din moment ce persoana pretins vătămată a ales pentru prima dată calea cererii în anulare întemeiată pe dispozițiile art. 1 din Legea nr. 554/2004, devine incident și principiul de drept *„electa una via non datur recursus ad alteram”*, potrivit căruia, o dată aleasă calea procedurală, partea nu mai poate reveni asupra ei, astfel că examinarea actului administrativ pe calea directă a acțiunii în anulare exclude posibilitatea controlului judecătoresc și pe calea indirectă a excepției de nelegalitate, la cererea aceleiași persoane interesate.

⁶ Apostol Tofan D., *Drept administrativ*, vol. II, ed. a III-a, Ed. CH. Beck, București, 2016, p. 222; op. cit., Noile orientări legislative și jurisprudențiale privind regimul excepției de nelegalitate a actelor administrative”, în *Analele Universității din București – Seria Drept* nr. III-IV/2012, CH Beck, București, 2012., op. cit.

⁷ Decizia nr. 1626/2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția de contencios administrativ și fiscal publicată în rezumat în *Revista Săptămâna Juridică* nr. 35/2015 » Ed. Litteris e-Publishing p. 14.

Alături de alți autori⁸, considerăm că *de lege ferenda*, se impune ca legiuitorul să revină la formula inițială, iar excepția de nelegalitate să fie de competența exclusivă a instanțelor de contencios administrativ.

Este, însă, puțin probabil, să asistăm în viitor la o nouă modificare a Legii contenciosului administrativ cu privire la excepția de nelegalitate. În orice caz, o astfel de modificare nu va fi generată în urma unui control de constituționalitate *a posteriori* a prevederilor art. 4 din actul normativ de mai sus.

În susținerea ideii de mai sus, am luat în considerare împrejurarea că prin decizia nr. 267 din data de 21.07.2014⁹, Curtea Constituțională s-a pronunțat deja cu privire la constituționalitatea art. 4 din Legea contenciosului administrativ, statuând că „*Legea contenciosului administrativ a fost modificată prin voința legiuitorului [...] Intervenția legiuitorului nu contravine însă normelor fundamentale, din moment ce exercitarea controlului judecătoresc asupra actelor administrative ale autorităților publice se realizează în continuare sub garanția prevederilor art. 52 și art. 126 alin. (6) din Constituție de către o instanță judecătorească*” și că „*prin conferirea plenitudinii de jurisdicție asupra excepției de nelegalitate a instanțelor de drept comun se asigură într-o manieră mai eficientă, realizarea dreptului la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil, drept consacrat de art. 21 alin. (3) din Constituție, practica judiciară demonstrând că vechea regulă de competență în materie nu servea celerității procesului, în ciuda termenelor scurte prevăzute în Legea contenciosului administrativ*”. Practica instanțelor va reflecta în timp, dacă renunțarea la soluționarea excepției de nelegalitate de către o instanță de contencios administrativ, așa cum aceasta a fost reglementată de legiuitor, a ajutat într-adevăr la reducerea duratei de soluționare a unei cauze.

De asemenea, în doctrină s-a exprimat și opinia¹⁰, la care achiesăm, că se impune o reformulare a art. 126 alin. (6) din Constituția României, în sensul următor: „*controlul judecătoresc al actelor administrative ale autorităților publice, pe calea contenciosului administrativ este garantat atât în forma directă cât și în forma indirectă*”. Apreciem că o reformulare a articolului mai sus citat ar fi în deplină concordanță și cu prevederile art. 52 din Constituția României care reglementează dreptul unei persoane vătămate printr-un act administrativ, într-un drept sau într-un interes legitim, de o autoritate publică, de a obține recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, anularea actului și repararea pagubei.

În al doilea rând, actuala formă a art. 4 din Legea contenciosului administrativ stabilește că doar actele administrative cu caracter individual pot face obiectul excepției de nelegalitate, legiuitorul, excluzând expres, actele administrative cu caracter normativ de la sfera de aplicare a respectivei excepții.

Interpretând prevederile art. 4 alin. (4) din Legea contenciosului administrativ în coroborare cu prevederile specifice legislației din domeniul urbanismului, apreciem că reglementarea expresă a sferei de aplicare a excepției de nelegalitate doar la actele administrative cu caracter individual va ajuta la unificarea practicii neunitare a Înaltei Curți de Casație și Justiție, care, anterior acestei modificări, a statuat că actele administrative cu

⁸ Vedinaș, *op. cit.*, p. 170 apud Stoian C., Teza de doctorat Excepția de nelegalitate, susținută la Universitatea din București, 2014

⁹ Publicată în Monitorul Oficial (Partea I) nr. 538 din 21 iulie 2014

¹⁰ Vedinaș V., *op. cit.*, p. 170 apud Stoian C., *Contenciosul administrativ din perspectiva revizuirii Constituției publicat în Tendințe actuale în dreptul public*, Ed. Universitară, București, 2014, p. 459-461.

caracter normativ pot forma obiectul acestei excepții¹¹, invocând considerente de coerență legislativă și de interpretarea istorico-teleologică a legii¹².

Raportat la domeniul urbanismului, în lipsa unor dispoziții legale exprese care să califice natura juridică a actelor administrative specifice, în acte administrative cu caracter individual și acte administrative cu caracter normativ, apreciem că aplicarea în practică a art. 4 din Legea contenciosului administrativ se va realiza cu dificultate.

În mod obișnuit, legiuitorul nu califică tipul actelor administrative emise în domeniul urbanismului, dar doctrina o face, iar judecătorul cauzei interpretează legea raportându-se la interpretările doctrinare. Pentru aceste motiv, credem că soluțiile ce vor fi pronunțate de instanțe de judecată în considerarea art. 4 alin. 1 și alin. 4 din Legea contenciosului administrativ vor continua să fie diferite și controversate.

Cu titlu de exemplu, putem menționa situația planurilor urbanistice zonale. Acestea au fost definite la art. 47 din Legea nr. 350/2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul, ca fiind „*instrumente de planificare urbană de reglementare specifică, prin care se coordonează dezvoltarea urbanistică integrată a unor zone din localitate, caracterizate printr-un grad ridicat de complexitate sau printr-o dinamică urbană accentuată; [ele] asigură corelarea programelor de dezvoltare urbană integrată a zonei cu Planul urbanistic general*”. Or, ținând cont că planul urbanistic zonal reglementează *inter alia* aspecte precum organizarea rețelei stradale, organizarea arhitectural-urbanistică în funcție de caracteristicile structurii urbane, dezvoltarea infrastructurii edilitare, protejarea monumentelor istorice și servituți în zonele de protecție ale acestora, iar adoptarea respectivului plan trebuie să fie în deplină corelare cu prevederile planul urbanistic general, considerăm, că planul urbanistic zonal are natura juridică a unui act cu caracter normativ.

În practică, interpretarea instanțelor de judecată cu privire la natura juridică a planurilor de urbanism a fost însă diferită, în sensul calificării planurilor urbanistice zonale ca fiind acte administrative unilaterale, pe considerentul că acestea produc efecte numai în raport cu beneficiarii acestora¹³, iar în opinia altor instanțe, pe care o susținem, acestea sunt calificate drept acte administrative cu caracter normativ, în considerarea prevederilor art. 47 din Legea nr. 350/2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul¹⁴.

În al treilea rând, actuala formă a art. 4 din Legea contenciosului administrativ prevede că legalitatea actelor administrative cu caracter individual poate fi verificată indiferent de data emiterii respectivului act. În acest mod, legiuitorul a dat preeminență principiului legalității actelor administrative și a efectelor produse de acestea.

Cu toate acestea, interpretarea dată de Înalta Curte de Casație și Justiție¹⁵ art. 4 din Legea contenciosului administrativ, a fost una contrară prevederilor legale actuale. Înalta Curte de Casație și Justiție invocând principiile securității raporturilor juridice, încrederii legitime și dreptului de acces la justiție a statuat că actele administrative cu caracter individual emise anterior modificării Legii contenciosului administrativ, nu pot face obiectul excepției de nelegalitate.

¹¹ Trăilescu, A., Trăilescu A., *Legea contenciosului administrativ – Comentarii și explicații*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 62.

¹² Bogasiu G., *op. cit.*, p. 173.

¹³ Dec. nr. 1683/CA/2011-R a C. Ap. Oradea, S. cont. adm. și fisc. – www.legalis.ro

¹⁴ Decizia nr. 1518/2011 a Tribunalului București Secția de Contencios administrativ și fiscal <https://www.scribd.com/doc/84848112/Tribunalul-Bucuresti-PUZ-Act-Administrativ-Normativ#fullscreen>

¹⁵ Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 135/2013, Secția de Contencios administrativ și fiscal www.legalis.ro

Odată cu intrarea în vigoare a noului codul de procedură civilă s-a modificat de asemenea și regimul de soluționare a recursului în domeniul contenciosului administrativ. Astfel, potrivit art. 20 alin. (3) în forma actuală din Legea contenciosului administrativ „În cazul admiterii recursului instanța de recurs, casând sentința, va rejudeca litigiul în fond. Când hotărârea primei instanțe a fost pronunțată fără a se judeca fondul ori dacă judecata s-a făcut în lipsa părții care a fost nelegal citată atât la administrarea probelor, cât și la dezbaterile fondului, cauza se va trimite, o singură dată, la aceasta instanță. În cazul în care judecata în prima instanță s-a făcut în lipsa părții care a fost nelegal citată la administrarea probelor, dar a fost legal citată la dezbaterile fondului, instanța de recurs, casând sentința, va rejudeca litigiul în fond”.

Din practica instanțelor, a rezultat că limitarea cazurilor în care este posibilă trimiterea de către instanța de recurs a cauzei spre rejudecarea la prima instanță, respectiv doar la cele două ipoteze descrise mai sus, a ajutat la soluționarea cauzelor într-un ritm mai alert, inclusiv a celor aferente domeniului urbanismului.

Semnalam ca notabilă și introducerea art. 28 din Legea contenciosului administrativ potrivit căruia „dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile Codului civil și cu cele ale Codului de procedură civilă, în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de putere dintre autoritățile publice, pe de o parte, și persoanele vătămate în drepturile sau interesele lor legitime, pe de altă parte”.

Din interpretarea¹⁶ prevederilor de mai sus rezultă că norma procesual civilă de drept comun nu devine în mod automat compatibilă cu normele contenciosului administrativ, ci aceasta presupune o analiză efectivă a compatibilității care se realizează de către instanța judecătorească cu prilejul soluționării cauzei. În opinia unui autor¹⁷, s-a susținut că Legea contenciosului administrativ fiind o lege specială cu privire la valorificarea în justiție a drepturilor subiective și a intereselor legitime, se completează cu normele codului de procedură civilă și normele codului civil, întrucât acestea din urmă reprezintă dreptul comun în materia drepturilor persoanelor și a mijloacelor procesuale de apărare a acestor drepturi. Același autor a susținut¹⁸ și faptul că normele de drept substanțial sau procedural nu se aplică dacă sunt incompatibile cu specificul raporturilor juridice de drept public sau atunci când Legea contenciosului administrativ dispune în sens contrar. Un exemplu concludent¹⁹, în acest caz, îl poate reprezenta art. 28 alin. 3 din Legea contenciosului administrativ care stabilește că acțiunea în contencios administrativ nu mai poate fi retrasă, derogându-se astfel de la prevederile codului de procedura civilă care reglementează dreptul reclamantului de a renunța la judecată.

Considerăm că noua reglementare va da instanței puterea de a aprecia asupra compatibilității aplicării normelor de procedură civilă, cu prilejul soluționării cauzei cu care a fost investită, compatibilitatea stabilindu-se prin raportare la specificul raporturilor de putere dintre autoritățile publice, pe de o parte, și persoanele vătămate în drepturile sau interesele lor, pe de altă parte.

Cu privire la raportul dintre prevederile Codului civil și legislația în domeniul urbanismului, considerăm important de subliniat introducerea art. 612 din Codul civil care

¹⁶ L. Ungur, *Implicațiile Noului Cod de procedura civilă asupra litigiilor de contencios administrativ*, în *Fiat Iustitia* nr. 2/2012, p. 70.

¹⁷ Trăilescu, A., Trăilescu A., *op. cit.*, p. 198.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

reglementează distanța minimă în construcții, precum și prevederile art. 14 și art. 15 privind abuzul de drept.

Potrivit art. 612 din Codul civil, *„Orice construcții, lucrări sau plantații se pot face de către proprietarul fondului numai cu respectarea unei distanțe minime de 60 de cm față de linia de hotar, dacă nu se prevede altfel prin lege sau prin regulamentul de urbanism, astfel încât să nu se aducă atingere drepturilor proprietarului vecin. Orice derogare de la distanța minimă se poate face prin acordul părților exprimat printr-un înscris autentic”*.

Spre deosebire de vechea prevedere care reglementa doar distanța cerută pentru edificarea unor construcții sau lucrări cu caracter vătămător, noul Cod Civil, stabilește în prezent că orice construcții se pot face de proprietarii fondului numai cu respectarea unei distanțe minime de 60 cm față de linia de hotar²⁰. Regula instituită se aplică doar în cazul în care nu se prevede altfel prin lege, prin regulamentul de urbanism sau dacă proprietarii vecini nu au convenit asupra unei alte distanțe²¹.

Articolul de mai sus, privind distanța minimă în construcții, este des invocat în litigiile civile având ca obiect chestiuni conexe dreptului urbanismului și care privesc respectarea bunei vecinătăți. Cu titlu exemplificativ amintim, ordonanțele președințiale prin care se solicită sistarea lucrărilor de construire la unele imobile până la înlăturarea inconvenientelor care depășesc normalul relațiilor de vecinătate²² sau acțiunile promovate de Serviciile Publice de Poliție Locală din cadrul primăriilor, urmărind desființarea lucrărilor edificate fără autorizație de construire, ca urmare a nerespectării obligației de intrare în legalitate în conformitate cu prevederile Legii nr. 50/1991²³.

Cu privire la abuzul de drept, la art. 15 din Codul Civil se prevede că *„niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe”*. De asemenea, s-a precizat că abuzul de drept este o formă de încălcare a bunei credințe reglementate de art. 14 din Codul Civil care prevede că *„orice persoană fizică sau juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri.”* Abuzul de drept presupune atât exercitarea cu rea-credință a unui drept subiectiv în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul, cât și exercitarea acestuia în mod excesiv și nerezonabil, în ambele situații, autorul abuzului de drept deturneză dreptul său de la finalitatea sa economică și socială, adică de la limitele sale normale²⁴.

De regulă, prevederile de la art. 14 și 15 din Noul Cod civil sunt invocate în litigiile civile având ca obiect chestiuni conexe dreptului urbanismului și care privesc refuzul nejustificat și abuziv al vecinilor de a-și da acordul pentru emiterea autorizației de construire. În aceste condiții, art. 27 alin. (6) din Normelor metodologice²⁵ de aplicare a Legii nr. 50/1991, permite constatarea pe cale judecătorească a refuzului vecinilor de a-și da acordul necesar în procedura de obținere a autorizației de construire. Prin urmare, refuzul nejustificat al vecinilor de a-și da acordul pentru realizarea lucrărilor de construire, poate fi constatat de

²⁰ Baias F., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I., *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, Ed. CH. Beck, București, 2012, p. 674.

²¹ *Idem*.

²² <http://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-xmfc81x/>

²³ <http://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-bqne2qj/>

²⁴ Baias F., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I., *op. cit.*, p. 14-15.

²⁵ Ordinul nr. 839/2009 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 50/1991.

către instanța de judecată competentă, hotărârea judecătorească urmând a fi acceptată de către emitentul autorizației de construire, în locul acordului vecinilor²⁶.

Cu privire la legătura dreptului penal cu dreptul urbanismului, din perspectiva noului cod penal, semnalăm introducerea unor noi infracțiuni legate de edificarea lucrărilor de construcții. În acest sens, amintim prevederile art. 341 din Codul penal care califică drept infracțiune și sancționează cu pedeapsa închisorii sau cea a amenzii, fapta de a efectua lucrări de construire, modificare, modernizare sau reabilitare a drumului public ori de amenajare a accesului rutier la drumul public, fără autorizație de construcție, precum și fapta de a amplasa construcții, panouri sau reclame publicitare în zona drumului, fără autorizație de construcție.

Așa cum am arătat mai sus, modificările aduse prin adoptarea noilor coduri au avut impact și asupra legislației specifice din domeniul urbanismului. Cea mai importantă modificare a vizat regimul juridic al excepției de nelegalitate a actelor administrative cu caracter individual în materia contenciosului administrativ, care este aplicabil, în prezent și litigiilor din domeniul urbanismului.

Apreciem că actuala reglementare referitoare la procedura de soluționare a excepției de nelegalitate, va trebui modificată pentru a răspunde mai bine cerințelor specifice contenciosului administrativ privitor la litigiile de dreptul urbanismului, sub aspectul repartizării către instanțele specializate de contencios administrativ a competenței de verificare, pe cale de excepție, a legalității actelor administrative cu caracter individual.

De asemenea, considerăm că reglementările aduse de Codul Civil pe segmentul litigiilor conexe dreptului urbanismului, cu privire la raporturile de vecinătate, sunt binevenite, dar apreciem că aceste aspecte ar trebui reglementate expres într-un viitor cod al urbanismului. De asemenea, oportune sunt și noile infracțiuni reglementate de Codul Penal a căror menire este să apere drepturile și interesele care pot fi atinse ca urmare a nerespectării prevederilor specifice din domeniul urbanismului.

Cu toate acestea, modificările aduse de noile coduri, nu sunt în măsură să suplinească absența unui cod al urbanismului, menit să uniformizeze legislația emisă în domeniul urbanismului, să reglementeze proceduri speciale destinate exclusiv litigiilor privind actele administrative emise în domeniul urbanismului și care să răspundă totodată proiectelor de investiții și nevoilor urbanistice curente.

²⁶ Stroiș A., *Acordul vecinilor pentru emiterea autorizației de construire. Refuz nejustificat. Obligare pe calea Judecătorească* publicat în *Săptămâna Juridică* nr. 4/2015 Ed. Litteris e-Publishing, p. 15.

METODELE ȘI PRINCIPIILE INTERPRETĂRII NORMELOR JURIDICE

Gina Emilia TACHE*

Abstract:

The activity of interpretation of legal norm has to be placed into the limits of certain general principles of law, in the meaning that the interpretation cannot ignore the orientation of such principles.

On the other hand, the methods of interpretation are based not only on such general principles of law, but also they have to consider the united principles of logic, as a science of correct reasoning.

Keywords: *interpretation of legal norm, general principles of law, interpretative laws, forms of interpretation, methods of interpretation*

Rezumat:

Activitatea de interpretare a normei juridice trebuie să fie plasată în limitele anumitor principii generale de drept, în sensul că interpretarea nu poate ignora orientarea acestor principii.

Pe de altă parte, metodele de interpretare se bazează nu numai pe astfel de principii generale de drept, dar, de asemenea, trebuie să fie luate în considerare principiile reunite cu cele ale logicii, formând astfel o știință ce presupune un raționament corect.

Cuvinte-cheie: *interpretare a normei, principii generale de drept, legi interpretative, forme de interpretare, metode de interpretare*

În practica aplicării dreptului prin cuvântul „interpretare” se desemnează „ansamblul procedeelelor intelectuale care servesc la definirea și precizarea, într-o situație data a normei juridice aplicabile. Luată în acest sens, interpretarea trebuie înțeleasă ca nu înseamnă nu numai clarificarea unui text obscur dar și circumstanțierea unui text general, rectificarea imperfecțiunilor textului legii, rezolvarea contradicțiilor din textul legii. Deci, interpretarea înglobează ansamblul operațiilor necesare pentru a face normele juridice susceptibile de aplicare concretă”¹.

Prin „interpretare a normelor juridice” se înțelege² operațiunea logico-rațională care se face după anumite metode și reguli specifice dreptului având ca scop stabilirea adevăratului sau deplinului sens al normei juridice în aplicarea sa concretă.

Noțiunea de interpretare este întâlnită și în alte domenii ale activității intelectuale: știința, arta, filosofie etc. mai ales cu sensul sau accepțiunea de „a explica”, „a reda un anumit conținut”, „a da un anumit înțeles” etc.

În sfera dreptului interpretarea normei juridice are o accepțiune proprie pe care i-o conferă scopul însuși sau menirea acestei interpretări, aceea de a dezvălui conținutul și

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; email gina.tache@yahoo.com

¹ Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 279

² Andrei Sida, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Augusta, Timișoara, 1998, p. 197

dimensiunea reala a voinței legiuitorului cuprinsa in acea norma, de a desluși sensul, scopul sau finalitatea acelei norme.

Cu alte cuvinte, interpretarea trebuie să conducă la clarificarea deplina a înțelesului normei atât din perspectiva structurii sale logico-juridice interne cat și al formei sale exterioare, a stilului și limbajului ei de elaborare, toate acestea urmărind sa dezvăluie intenția legiuitorului, adică ceea ce a vrut acesta sa reglementeze prin acea norma.

Metodica³ interpretării normelor juridice cuprinde totalitatea procedeelor folosite pentru descoperirea continuului prevederilor normelor juridice.

Teoria și practica in materie de interpretare a condus totuși la delimitarea unor diverse astfel de metode a căror clasificare sau grupare este destul de diferita la diferirii autori.

Ca activitate relativ distincta dar implicita procesului de aplicare, interpretarea normelor juridice ridica și problema daca ea este sau nu supusa unor reglementari juridice.

In acest sens trebuie observat ca dreptul pozitiv nu conține norme exprese cu privire la modul cum sa se desfășoare interpretarea, ceea ce nu înseamnă insa ca acest demers ar fi in afara oricărei reglementari și deci la discreția organului de aplicare.

Dimpotrivă, ca și procesul de elaborare și aplicare și cel de interpretare se înscrie in limitele anumitor principii și reguli generale ale sistemului dreptului.

Așadar, o prima categoric de reglementari ale interpretării pot fi deduse din principiile generale ale dreptului in sensul ca nici interpretarea (ca de altfel nici elaborarea sau aplicarea normelor juridice) nu poate ignora, contraveni sau ieși din limitele prevederilor sau orientărilor acestor principii generale.

In al doilea rând, activitatea de interpretare are la baza principiile și regulile generale ale logicii; In al treilea rând, principiile generale care guvernează *reglementările* diferitelor ramuri ale dreptului constituie in același timp și principii ale *interpretării* in acele ramuri de drept, aceasta in sensul ca prin interpretare nu se poate deroga de la principiile generale care au stat și stau la baza reglementarilor acelei ramuri.

In al patrulea rând, pe lângă acest cadru de principii de reglementare, interpretarea poate fi realizata și prin posibilitatea legiuitorului de a emite, la nevoie, legi sau norme cu destinație expresa de interpretare a unor acte normative emise anterior (legi sau acte normative interpretative) sau de a interpreta elemente ale normei emise.

Daca principiile și regulile care stau la baza interpretării îi conferă un caracter unitar, propriu unității sistemice a dreptului, forma acesteia sau felurile (genurile) interpretării pot fi delimitate in funcție de cel puțin doua criterii: cel al subiectilor care fac interpretarea și cel al forței de obligativitate a interpretării.

Din perspectiva acestor criterii interpretarea poate avea doua forme⁴: interpretarea *oficiala* și interpretarea *neoficiala*.

a) Interpretarea oficială: este interpretarea realizata de către organele de stat cu competente sau atribuții fie in elaborarea, fie in aplicarea normelor juridice. Principala caracteristica a acestei interpretări consta in aceea ca ea este obligatorie, fiind o interpretare investită cu „forța juridică”.

In funcție de sfera ei de obligativitate interpretarea oficiala poate fi, la rândul ei, de doua forme: interpretarea *generală* și interpretarea *cazuala* sa de caz.

³ Dumitru Mazilu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 270

⁴ Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, op. cit., p. 283

Interpretarea generala – este forma interpretării oficiale făcută de organul care a emis acea norma juridică și se realizează prin emiterea sau elaborarea de acte normative de interpretare cu caracter obligatoriu.

Prin asemenea norme sau legi de interpretare se urmărește clarificarea de către însuși factorul emitent al unor aspecte mai puțin clare ale normei sale emise anterior. Aceasta în virtutea faptului că cel care a emis norma o poate și interpreta.

O asemenea interpretare se numește a fi „autentică” și este situația cea mai frecventă a interpretării generate.

Normele interpretative emise de organul care a emis norma supusă interpretării au forță obligatorie egală cu cea a normei interpretate. Ele au totodată și un caracter retroactiv deoarece obiectul lor de interpretare îl constituie norme apărute anterior.

În situația interpretării general-obligatorii este de principiu admis ca și organele superioare să poată interpreta cu caracter obligatoriu actele normative ale organelor inferioare.

Aceasta în temeiul competențelor ierarhice potrivit cărora un organ ierarhic superior poate controla și chiar modifica în anumite limite – actele organului inferior și cu atât mai mult de a-1 interpreta.

Situația inversă însă, ca un organ inferior să poată interpreta cu caracter general-obligativ o normă a organului superior este de principiu neadmisă.

Pentru conținutul noțiunii de interpretare generală se mai utilizează destul de frecvent și expresia de „interpretare legală”.

Această expresie trebuie înțeleasă în funcție de contextul utilizat, fie ca sinonim cu interpretarea generală a normei juridice, indiferent de forma ei ca izvor de drept, fie în sensul propriu.

În funcție de organul competent care face interpretarea și aplicarea, avem interpretarea cazuală care se mai denumesc și interpretare judiciară – atunci când aceasta este făcută de organe judecătorești.

Expresia de „interpretare judiciară” nu cuprinde, în sensul strict al termenului, întreaga sferă a interpretării cazuale deoarece interpretarea este făcută nu numai de către organele judecătorești, ci de către organele competente ale administrației publice care nu sunt organe judiciare în înțelesul strict al termenului.

b) Interpretarea neoficială: este acea formă de interpretare realizată către alți subiecți care nu au calitate de organe competente, oficiale cu atribuții de aplicare și interpretare a normelor iar interpretarea realizată de către aceștia nu are forță juridică (nu este obligatorie).

O asemenea formă de interpretare este realizată de exemplu, în planul teoriei sau a doctrinei juridice sub forma lucrărilor științifice, studiilor, comunicărilor, conferințelor, dezbaterilor teoretice etc.

Interpretarea în această formă îmbracă cel mai adesea aspectul opiniilor, concluziilor, propunerilor etc. în legătura cu conținutul general al normei sau cu aplicarea ei de caz.

Forma interpretării neoficiale apare și în alte situații ca de exemplu în susținerile formulate de părți în fața instanței, interpretări care însă nu sunt obligatorii pentru instanța dar de care trebuie să țină seama în propria interpretare oficială pe care o face soluționând cazul respectiv.

Teoria juridică este de multă vreme preocupată de stabilirea și clasificarea metodelor de interpretare. În general⁵, se admite existența următoarelor metode⁵: gramaticală, istorică, sistematică, logică.

O împărțire oarecum diferită a metodelor de interpretare este cea în: gramaticală; logică; istorică; sistematico-juridică; analogică; judiciară⁶.

Savigny⁷ considera că, de fapt nu există metode diferite de interpretare, ci diferite activități, elemente ale interpretării, care trebuie aplicate împreună în procesul de interpretare.

O asemenea precizare este necesară întrucât existența unei varietăți de metode nu trebuie să conducă la fragmentarea aplicării.

Organul de aplicare se va folosi de o metodă sau alta, în raport de aspectele pe care le prezintă cazul. De aceea unii autori grupează aceste metode în: analitice (metoda gramaticală și cea logică) și sintetice (metoda istorică și cea sistematică).

Adeseori acestor metode li se adaugă și metoda teleologică (care urmărește să pună în lumina scopul legii).

Întrucât metodele diferă ca grad de abstractizare, ca arie de aplicare, ca grad al preciziei, pe care le pot oferi cercetării științifice, se justifică dezvoltarea unei metodologii juridice, ca un ansamblu de norme de selecționare, de cooperare și apreciere a avantajelor și eventual, dezavantajelor aplicării diverselor metode⁸.

Analiza sistemului metodelor de cercetare a fenomenului juridic nu se vrea în niciun fel un „clasament valoric” al acestor metode, impunându-se combatere extremismului metodologic, între metodele de cercetare trebuind să existe o strânsă colaborare, o combinare a acestora, întrucât fiecare are vocația de a sesiza universalul.

În condițiile actuale ale dezvoltării științifice și tehnologice face să asistăm în domeniul cercetării dreptului la o adevărată „contaminare metodologică”, care îmbină metodele tradiționale cu cele moderne.

Și în domeniul dreptului, ca de altfel în toate celelalte domenii ale cercetării, metodologiile de interpretare au evoluat și evoluează pe două mari tendințe: cea a diversificării și particularizării, adică a cunoașterii compartimentate, secvențiale a problemelor și, cea a integrării prin sintetizarea sau generalizarea datelor cunoașterii compartimentale.

Metoda gramaticală, are ca obiect stabilirea sensului comandamentului cuprins în norma juridică prin analiza gramaticală (sintactică și morfologică) a textului normei juridice.

Interpretul va stabili sensul cuvintelor, modal de folosire a acestora în text, dacă legiuitorul le folosește în accepțiunea lor comună sau într-o accepțiune specific juridică. De multe ori legiuitorul definește chiar în conținutul actului normativ sensul unor cuvinte sau expresii.

În interpretarea gramaticală, organul de aplicare urmărește și modul de îmbinare a cuvintelor în propoziții și fraze, precum și sensul unor conjuncții.

⁵ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1997, p. 270

⁶ Dumitru Mazilu, *op. cit.*, p. 274

⁷ Fr.C. Savigny, *Sistem des heutigen Romischen Recins*, Berlin, 1940, p. 213

⁸ Sofia Popescu, Dragoș Iliescu, *Probleme actuale ale metodologiei juridice*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1979, p. 6.

Metoda gramaticală presupune⁹ cercetarea textului supus interpretării

Aplicând regulile gramaticale, analiza morfologica, sintactica, sensul cuvintelor, propoziția, topica, punctuația etc.

O asemenea metoda este necesară cu deosebire atunci când forma de redactare a normei juridice este susceptibilă de clarificări tehnico-redacționale, știut fiind că până și o simplă conjuncție sau element de punctuație (o virgula, de exemplu) poate conferi unui text un sens diferit.

O asemenea metoda de interpretare conduce spre ceea ce se numește a fi înțelegerea „literii legii”.

O alternativă a acestei metode este metoda teleologică, prin care se caută deslușirea scopului, a finalității acelei norme, adică al conținutului acelei norme din perspectiva intenției legiuitorului, ceea ce conduce la înțelegerea (prin interpretare) a „spiritului legii”.

Cu alte cuvinte, cele două expresii: „în litera legii” și, respectiv, „în spiritul legii” denumesc de fapt consecințele la care se ajunge prin cele două metode de interpretare: gramaticală și, respectiv, teleologică.

Metoda istorică. În procesul interpretării normelor juridice se poate apela la interpretarea istorică care constă în stabilirea sensului adevărat și deplin al normelor juridice, recurgându-se la cercetarea condițiilor istorice, social – politice care au determinat adoptarea unui act normativ „*occasio legis*”¹⁰, și în funcție de aceste condiții evidențierea scopurilor urmărite în acest caz „*ratio legis*”.

Aplicarea metodei istorice reclamă studiul izvoarelor documentare, al materialelor pregătitoare ale adoptării actului normativ, al expunerii de motive și/sau discuțiilor ce s-au purtat cu ocazia dezbaterii proiectului de lege, al lucrărilor științifice, al amendamentelor propuse (acceptate sau respinse de forul legiuitor), al reacțiilor din presa vremii, încercându-se descoperirea motivației sociale care a stat la temelia elaborării actului juridic.

În cazul interpretării istorice se poate recurge la compararea reglementărilor actuale cu reglementările anterioare în materie, la evocarea principiilor de drept și chiar la sentimentul de echitate, prezumat în fiecare normă de drept.

Utilizând această metodă, interpretul va putea desprinde motivul practic care a inspirat o anumită reglementare, scopul reglementării, mijloacele normative pentru atingerea scopului etc.¹¹

Și cu ocazia interpretării normelor juridice se poate observa împletirea inerentă a metodei istorice cu metoda logică, în acest domeniu devenind inevitabilă conexarea logicului cu istoricul¹², dar și cu metoda comparativă sau metodele sociologice care privesc examinarea condițiilor sociale și economice care au determinat apariția normei noi sau modificarea normei vechi¹³.

Utilizarea metodei istorice face posibilă repunerea textului legii în contextul epocii în care a fost adoptată. Istoria textului de lege se reflectă, de cele mai multe ori în lucrările preparatorii: expuneri de motive personale, rapoarte, dezbateri parlamentare etc.

⁹ A. Sida, *op. cit.*, p. 204

¹⁰ I. Craiovan, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Militară, București, 1997, p. 253.

¹¹ Nicolae Popa, *op. cit.*, p. 279.

¹² Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, *op. cit.*, p. 291

¹³ I. Szabo, *Interpretarea normelor juridice*, Ed. Științifică, București, 1964, p. 179.

Lucrările pregătitoare ale adoptării legii trebuie folosite cu prudență, ele nu au valoare juridică¹⁴ și nu pot fi utilizate pentru a completa sau denatura textul legii

Interpretarea istorică constă în examinarea împrejurărilor istorice în care a fost elaborată și adoptată norma juridică respectivă.

Totodată, această interpretare presupune cercetarea materialelor care au stat la baza elaborării normei juridice, precum și expunerii de motive și a discuțiilor ce s-au purtat cu prilejul dezbaterii și adoptării actului normativ respectiv.

Evident, interpretarea istorică presupune compararea normei de interpretat cu norma care a fost abrogată sau modificată prin noua normă, precum și examinarea condițiilor social-economice care au determinat apariția normei noi sau modificarea normei vechi

Metoda sistematică privește modalitatea de stabilire a sensului normei juridice prin încadrarea sa în economia actului normativ din care face parte sau prin raportarea sa la economia altor acte normative.

Interpretarea sistematică constă în determinarea conținutului normei juridice prin stabilirea locului pe care-l ocupa în sistemul de drept și compararea ei cu alte norme juridice din cadrul aceleiași instituții sau aceleiași ramuri de drept.

Totodată, interpretarea sistematică presupune examinarea raportului dintre diferite norme juridice pe baza forței lor juridice.

Această interpretare joacă un rol deosebit de important, mai ales în acele cazuri în care textul supus interpretării este incomplet.

Interpretarea sistematică, ca unul din elementele metodei interpretării, se deosebește în genere, de cea logică prin faptul că aceasta din urmă cercetează doar norma, legea de interpretat, textul de lege, teza juridică, și anume în sinea lor, în construcția lor intrinsecă”.

Metoda sistematică depășește acest cadru și cercetează „teza dată în comparație cu alta teza juridică, cu o anumită instituție de drept, cu legea în ansamblu, cu codul, cu ramura de drept respective, ba chiar și cu întregul sistem juridic, conchizând – din poziția tezei juridice și din confruntarea ei, în felul amintit, cu alte elemente ale normei juridice – asupra conținutului, esenței, sensului normei”¹⁵

Metoda logică este cea mai larg întâlnită¹⁶ între procedeele de interpretare a normei juridice. Dacă interpretarea istorică pune în valoare *occasio legis*, interpretarea logică releva *ratio legis* și *mens legis*. Interpretarea logică apare ca desăvârșire a celorlalte metode.

Ea implică aprecieri raționale, realizate prin operațiuni de generalizare, de analiză logică a textului normei juridice, de analogie etc., prin aplicarea legilor logicii formale.

Larga aplicare în drept a logicii a determinat apariția unei discipline noi, de graniță în sfera dreptului – logica juridică.

În realizarea metodei logice de interpretare organul de aplicare se folosește de o serie de argumente ale logicii formale, cum ar fi: *ad absurdum*, *per a contrario*, *a majori ad minus*, *a fortiori* etc.

Prin reducerea *la absurd* (*ad absurdum*) interpretarea logică urmărește aflarea adevărului tezei de demonstrat, organul de interpretare arătând că „orice altă interpretare date textului, decât cea pe care a dat-o dansul”, determine soluții „contrare legii”.

¹⁴ Sofia Popescu, op. cit., p. 291.

¹⁵ Szabo Imre, op. cit., p. 156).

¹⁶ Nicolae Popa, op. cit., p. 279

Argumentul *per a contrario* este întemeiat pe legea logice *tertium non datur* (a terțului exclus), deci, în cazul în care noțiunile se leagă una pe alta, doar una este adevărată, cealaltă fiind falsă. Așadar, o a treia posibilitate nu există (*tertium non datur*).

A majori ad minus – cine poate mai mult poate și mai puțin. Acest argument are o importanță deosebită în interpretarea normelor de drept privat, dar și a altor norme de drept.

Când într-o anumită împrejurare rațiunea aplicării unei norme este mai puternică decât cea indicată în norma juridică suntem în prezența unei interpretări *a fortiori*.

Organul de aplicare (judecătorul sau organul administrației) trebuie să observe, în activitatea sa, textul legii, litera sa, dar și spiritul său. Lui nu-i este îngăduit să facă distincții acolo unde legea nu distinge.

O asemenea conduită este reținută în principiul: *ubi lex non distinguit, nee nos distinguere debemus*.

Atunci când organul de aplicare, fiind sesizat cu soluționarea unei cauze, nu găsește o normă corespunzătoare, el face apel fie la o normă asemănătoare (*analogia legis*), fie la principiile de drept (*analogia juris*).

Astfel, Codul civil italian menționează ca „*ultima ratio*” principiile generale ale dreptului. Codul civil elvețian statuează în art. I ca judecătorul, în asemenea cazuri, va hotărî „ca și cum ar fi legiuitor”.

Codul civil francez, cel german, cel roman, obligă doar pe judecător să se pronunțe, când legea este neclară sau tăce¹⁷.

Aplicarea dreptului prin analogie are la bază constatarea unei lacune a legii, fapt ce obligă pe judecător, în dreptul privat, să soluționeze cauza prin aplicarea fie a unei dispoziții asemănătoare, fie prin apelul la principiile dreptului. În dreptul penal o asemenea posibilitate nu este recunoscută.

Aici funcționează principiul legalității incriminării (*nullum crimen sine lege*) și principiul legalității pedepsei (*nulla poena sine lege*).

Aceste principii nu-i permit judecătorului să declare unele fapte ca infracțiuni și nici să stabilească alte pedepse, decât cele prevăzute expres de legea penală.

Analogia permite organelor de aplicare să facă o alegere a textului ce urmează a se aplica.

Experiența demonstrează că există situații nereglementate, ceea ce reprezintă *lacune* în drept. Se înțelege că nu este normal ca subiectele de drept să suporte consecințele acestor lacune, care vădesc lipsa de previziune a legiuitorului¹⁸.

Unii autori consideră că metoda logică nu ar fi o metodă distinctă deoarece principiile și regulile logicii sunt presupuse de fiecare metodă în parte.

Cu toate acestea, există opinia majoritară că ea este o metodă distinctă deoarece poate fi aplicată ca atare, fără să fie condiționată de celelalte metode.

În legătura cu rezultatul interpretării, acesta se consideră¹⁹ că poate fi: literal, extensiv și/sau restrictiv.

Interpretarea literală sau declarativă¹⁹ apare atunci când organul de aplicare și de interpretare constată că formularea textului normei exprimă în mod complet, fidel, întregul conținut al raporturilor supuse reglementării și, respectiv, voința legiuitorului cuprinsă în acea normă.

¹⁷ Nicolae Popa, *op. cit.*, p. 282

¹⁸ Dan Ciobanu, *Introducere în studiul dreptului*, Hyperion XXI, București, 1991, p. 132

¹⁹ Gh. Bobos, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1994, p. 253

Este deci rezultatul „literal” sau „declarativ” al interpretării atunci când rezultatul acelei interpretări coincide cu conținutul și forma textului supus interpretării.

Interpretarea este restrictiva atunci când prin interpretare se constata că textul legii este mai amplu, mai larg decât conținutul real pe care îl suprima.

Cu alte cuvinte, prin interpretare se constata ca prin conținutul ei norma are un înțeles mai restrâns decât îl sugerează formularea textului ei.

În ambele sale ipostaze (extensiva sau restrictiva) rezultatul interpretării are în vedere nepotrivirea, nesuprapunerea integrală, dintre conținutul normei și forma sa de exprimare prin textul normativ respectiv.

În procesul de interpretare și aplicare a normelor juridice pot să apară situațiile de ilicit ale acestui demers. De exemplu, abuzul de drept și fraudă la lege²⁰

Abuzul de drept, constă în esență, în situația în care subiecții care interpretează și aplică norma nu-și exercită competențele în acest domeniu cu buna credință.

Aceasta în sensul că interpretează și aplică în mod deliberat litera” legii în mod restrictiv încălcând intenționat „spiritul” ei, adică scopul sau intenția legiuitorului, producând astfel consecințe nedrepte sau vătămătoare celui cărui ea i se aplică acea norma.

Sunt în situațiile abuzului de drept, de exemplu, acele persoane, funcționari publici din organele de stat care, fie își depășesc competențele, fie nu-și îndeplinesc atribuțiile cauzând vătămări ale intereselor legale sau ale drepturilor unor alte persoane.

Frauda la lege²¹ constituie și aceasta o deformare a procesului de interpretare și aplicare a normei juridice. Ea constă în manevra nelegitimă de a ocoli (a eluda) prin artificii aparent permise, consecințele unor prevederi legale care nu convin.

De exemplu, simulația prețului în materie de contracte. În fapt în acest caz, părțile întocmesc două contracte: unul cu prețul simulat, mai scăzut pentru a evita taxele fiscale corespunzătoare și, unul cu prețul real care este „secret”.

Se înțelege că un asemenea act încheiat prin fraudă la lege este ilicit și anulabil.

Formele „fraudei la lege” sunt foarte numeroase dar în esență urmăresc același scop: eludarea, ocolirea prevederilor legale care nu convin. Prin crearea unei aparente de drept, de respectare aparentă a normelor juridice dar prin care, în realitate, se încălca dispozițiile de conținut ale normelor juridice.

Cu toată diversitatea lor, metodele de interpretare utilizate au totuși un caracter esențialmente unitar, caracter ce decurge din cel puțin următoarele determinări: toate au la bază principiile și legăturile specifice cunoașterii științifice; au la bază principiile generale ale sistemului dreptului; au la bază principiile și regulile unitare ale logicii, adică ale științei raționamentului corect.

În diferite materii juridice există un anumit număr de principii de interpretare. Mai mult sau mai puțin precise, mai mult sau mai puțin imperative și anume²²:

a) Normele juridice trebuie să fie întotdeauna astfel interpretate, încât efectul lor să fie asigurat. Este inadmisibilă interpretarea care ar anula efectul practic al normei.

b) Tăcerile legii pot fi interpretate în favoarea libertății de acțiune. Tot ceea ce nu este interzis, este permis,

c) Trebuie să fie asigurată continuitatea în interpretare. Atunci când s-a consolidat o anumită interpretare a legii, ea nu trebuie schimbată cu ușurință.

²⁰ A. Sida, *op. cit.*, p. 206.

²¹ S. Popescu, *Teoria generală a dreptului*, *op. cit.*, p. 290.

²² *Ibidem*, p. 294.

d) Atunci când un text este susceptibil de mai multe interpretări, nu se poate retine interpretarea care ar duce la rezultate injuste, inechitabile din punct de vedere economic și social.

Este necesară precizarea că nu pot fi considerate în general ca metode de interpretare, două genuri de interpretare și anume: interpretarea *praeter legem* și interpretarea *contra legem*²³.

Interpretarea *praeter legem* este acea interpretare deformantă, care, fără a fi în mod concis în contradicție cu legea, se situează la marginea conceptelor legii.

Interpretarea *contra legem* se întoarce împotriva legii însăși, dându-i o semnificație care este opusă sensului conceptelor legii.

În aplicarea normelor juridice este nevoie de interpretare. Prin aplicare, dreptul se apropie de realitatea socială. Textul legii trebuie aplicat nu numai în litera, ci și în spiritul ei.

Efortul permanent al juristului de a trece de la general, la particular și invers, comportă și interpretarea textelor legii. sensului profund al acesteia.

Bibliografie:

1. Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 279
2. Andrei Sida, *Teoria generală a dreptului*, Editura Augusta, Timișoara, 1998, p. 197
3. Dumitru Mazilu, *Teoria generală a dreptului*, Editura All Beck, București, 1999, p. 270
4. Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Editura Actami, București, 1997, p. 270
5. Fr.C. Savigny, *Sistem des heutigen Romischen Recins*, Berlin, 1940, p. 213
6. Sofia Popescu, Dragoș Iliescu, *Probleme actuale ale metodologiei juridice*, Editura și Enciclopedică, București, 1979, p. 6.
7. I. Craiovan, *Teoria generală a dreptului*, Editura Militară, București, 1997, p. 253.
8. I. Szabo, *Interpretarea normelor juridice*, Editura Științifică, București, 1964, p. 179.
9. Dan Ciobanu, *Introducere în studiul dreptului*, Hyperion XXI, București, 1991, p. 132
10. Gh. Bobos, *Teoria generală a dreptului*, Editura Dacia Cluj Napoca, 1994, p. 253

²³ *Ibidem*, p. 297.

RĂSPUNDEREA ÎN DREPTUL MEDIULUI. UNELE ASPECTE ÎN LUMINA NOILOR CODURI

*Izabela Mihaela HONCIU**

Abstract:

Entry into force of the new codes marks an important step in the development of Romanian society. New Civil Code and the New Criminal Code, any significant changes in liability. Both civil liability and criminal liability, also have application in environmental law. As environmental issues were amplified and the phenomenon of pollution has become a global problem, we consider it necessary to take measures more stringent significantly reduce this phenomenon. In the New Romanian Criminal Code, offenses relating to the protection of elements of the environment are insufficient and superficial treated. Therefore we believe should be included several offenses relating to liability for environmental damage, in a separate chapter in the new Criminal Code and punished more severely.

Keywords: *new codes, liability, protection, environment, penalty*

Rezumat:

Intrarea în vigoare a noilor coduri marchează un pas important în dezvoltarea societății românești. Noul Cod civil, cât și Noul Cod penal, aduc schimbări semnificative în materie de răspundere. Atât răspunderea civilă, cât și răspunderea penală, au aplicabilitate și în domeniul dreptului mediului. Întrucât problemele privind mediul înconjurător s-au amplificat, iar fenomenul poluării a devenit o problemă mondială, considerăm că se impune luarea unor măsuri cât mai riguroase care să reducă semnificativ acest fenomen. În Noul Cod penal român, infracțiunile privitoare la protejarea unor elemente ale mediului sunt insuficiente și tratate superficial. De aceea suntem de părere că ar trebui incluse mai multe infracțiuni cu privire la răspunderea pentru daunele provocate mediului, într-un capitol distinct din Noul Cod penal și sancționate mult mai drastic.

Cuvinte-cheie: *noile coduri, răspundere, protejare, mediu înconjurător, sancțiune*

Intrarea în vigoare a noilor coduri (civil, de procedură civilă, penal și de procedură penală), a adus schimbări majore în legislația societății românești.

Trecerea timpului a fost marcată atât de modificările de natură legislativă, cât și de adoptarea unor noi acte normative privind unele instituții, ce au impus, în mod firesc, actualizarea informațiilor.

Adoptarea celor patru coduri este, potrivit unei părți a opiniei publice, îndeplinirea unei cerințe a Uniunii Europene, ca o mare realizare a statului și ca un pas înainte, în dezvoltarea societății noastre.

Noul Cod civil român, intrat în vigoare la 01 octombrie 2011, constituie un adevărat moment istoric în dezvoltarea dreptului românesc. La 15 februarie 2013, a intrat în vigoare și Noul Cod de procedură civilă. Codurile civil și de procedură civilă, au fost adoptate în

* Doctorand – Institutul de Cercetări Juridice „Academician Andrei Rădulescu” al Academiei Române;
e-mail: honciu.izabela@yahoo.com.

timpul domnitorului Alexandru Ioan Cuza, rămânând în vigoare și dovedindu-și utilitatea aproape 150 de ani, timp în care, de puține ori au suferit modificări.

Achiesăm la opinia conform căreia, meritul fundamental al Noului Cod civil este dat de armonizarea legislației de drept privat român cu normele europene și cu exigentele epocii moderne. Codurile civile au jucat, mai ales începând cu epoca modernă, un rol hotărâtor în procesul de unificare și modernizare a statelor, dezvoltare a sistemului democratic, prin promovarea obiectivelor „statului de drept” și diseminarea valorilor cultural-sociale specifice timpului, reglementând raporturile dintre membrii comunității și prescriind conduita lor legală. Nu vom reuși niciodată poate să cunoaștem și să arătăm și la adevărata lor valoare toate contribuțiile Codului nostru civil de la 1864 la modernizarea și europenizarea societății românești. Ceea ce știm sigur deja este faptul că, fără el, un asemenea proces nici nu ar fi putut avea loc! Un rol asemănător este chemat să îndeplinească și Noul Cod civil. Desigur, acum distanța dintre forme și fond nu mai este atât de mare, dar persistă în anumite aspecte. Un alt mare „păcat” care apasă ambele coduri privește modul de adaptare al lor. Atunci, ca și acum codul a apărut ca unul impus, în 1864 prin Decret domnesc, iar în 2009 prin asumarea răspunderii guvernului, fără dezbateri parlamentare și cu ignorarea problemei acceptabilității sociale a soluțiilor reglementate. În orice caz, Noul Cod civil român reprezintă codul civil al integrării României în Uniunea Europeană, al epocii mondializării și societății post-moderne. De aceea, acum la intrarea în vigoare a noii „constituții civile” a României, trebuie să privim cu maximă responsabilitate conținutul și reglementările sale, să le apreciem cu justă măsură și în raport cu misiunea asumată și tot în același spirit să-i arătăm calitățile și să denunțăm defectele¹.

Noul Cod civil conține o reglementare detaliată în materie de răspundere. Astfel, articolele 998 și 999 din vechiul cod civil sunt înlocuite cu reglementări mult mai moderne, adaptate epocii actuale. Astfel, Noul Cod civil realizează, încă de la început, o diferență clară între răspunderea contractuală și cea delictuală.

Conform art. 1349 din Noul Cod civil, privind răspunderea delictuală, „orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane. Cel care având discernământ, încalcă această îndatorire, răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral.

În cazurile anume prevăzute de lege, o persoană este obligată să repare prejudiciul cauzat de fapta altuia, de lucrurile ori animalele aflate sub paza sa, precum și de ruina edificiului. Răspunderea pentru prejudiciile cauzate de produsele cu defecte se stabilește prin lege specială”.

În ceea ce privește răspunderea contractuală, articolul 1350 din Noul Cod Civil prevede că orice persoană trebuie să își execute obligațiile pe care le-a contractat. Atunci când, fără justificare, nu își îndeplinește această îndatorire, ea este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți și este obligată să repare acest prejudiciu, în condițiile legii. Dacă prin lege nu se prevede altfel, niciuna dintre părți nu poate înlătura aplicarea regulilor răspunderii contractuale pentru a opta în favoarea altor reguli care i-ar fi favorabile.

Prevederile Noului Cod civil se aplică și în materia dreptului mediului. În prezent, nu există un regim special unic de răspundere care să vizeze repararea prejudiciilor individuale de mediu.

¹ Prof. univ. dr. Mircea Dușu, *Noul Cod civil: între tradiții și modernitate*. Material prezentat la Baroul Dolj-Craiova, 22 octombrie 2011.

Considerăm că, pentru repararea daunei de mediu, se poate recurge la mecanismul răspunderii civile delictuale, în condițiile dreptului comun, stipulate în art. 1349 și urm. din Noul Cod civil, în situația în care, o persoană devine victima unei daune de mediu (individuale), imputabile unui terț.

Receptând o serie de progrese înregistrate în materie, noua reglementare a răspunderii civile delictuale și reparării prejudiciului cuprinsă în Noul Cod civil, deschide noi perspective și pentru repararea daunei ecologice².

Potrivit art. 1357-1371 din Noul Cod civil, privind răspunderea civilă delictuală pentru fapta proprie, pentru angajarea obligației făptuitorului de despăgubire a victimei prin punerea acesteia în situația anterioară, este necesară îndeplinirea următoarelor condiții: să existe un prejudiciu, să se săvârșească o faptă ilicită, să existe o legătură de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul produs, să se stabilească vinovăția persoanei care a cauzat prejudiciul. Toate aceste condiții, cunosc particularități importante în materia răspunderii civile pentru prejudiciul ecologic.

Din punctul de vedere al dreptului civil, prejudiciul trebuie să fie cert, atât în privința existenței sale, actuale sau viitoare, cât și a posibilităților concrete de evaluare și să nu fie încă reparat.

După conținutul economic, prejudiciul ecologic poate fi patrimonial (vizând bunurile) ori nepatrimonial (adus sănătății umane), în funcție de natura juridică a patrimoniului vătămat, cauzat avutului public sau privat. După posibilitatea previziunii, prejudiciul ecologic poate fi previzibil sau imprevizibil, în raport cu modul de producere, instantaneu sau succesiv, material sau moral³.

Spre deosebire de vechiul cod civil, care nu conținea o definiție clară a conceptului de prejudiciu, actuala reglementare, aferentă Codului civil din 2011, cuprinde în secțiunea a 6-a, intitulată „Repararea prejudiciului”, dispoziții care conțin elemente specifice, supuse experiențelor anterioare. De exemplu, obligația generală de a nu vătăma sau prejudicia o altă persoană, aferentă mai întâi îndatoririi de a nu aduce atingere drepturilor sau intereselor altor persoane, iar apoi celor rezultate *per se*, din nerespectarea regulilor de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune⁴.

O.U.G. nr. 195/2005 definește termenul de prejudiciu ca fiind „efectul cuantificabil în cost al daunelor asupra sănătății oamenilor, bunurilor sau mediului, provocat prin poluanți, activități dăunătoare ori dezastre”(art. 2 pct. 52).

Observăm faptul că, noua reglementare a Codului civil în materie, respectiv art. 1381 și următoarele, stabilește un regim juridic mai potrivit reparării prejudiciului, ca efect al răspunderii civile delictuale, cu aplicabilitate și în materie de mediu. Astfel, în ceea ce privește prejudiciul reparabil, art. 1381 alin. (1) NCC, stipulează că „Orice prejudiciu dă dreptul la reparație”, adică orice rezultat vătămător, cauzat unei persoane sau bunurilor acesteia, de natură a aduce atingere drepturilor subiective ale unei persoane sau intereselor sale legitime, implică și daunele asupra sănătății oamenilor și bunurilor provocate de poluanți, activități dăunătoare ori dezastre și, prin atingeri aduse mediului⁵.

În ceea ce privește răspunderea pentru prejudiciile cauzate de lucruri, potrivit art. 1376 alin. (1) NCC, „Oricine este obligat să repare, independent de orice culpă, prejudiciul cauzat

² Duțu Mircea, Duțu Andrei, *Răspunderea în dreptul mediului*, Ed. Academiei Române, București, 2015, p. 125.

³ *Ibidem*, p. 128.

⁴ *Ibidem*, p. 127.

⁵ *Ibidem*, p. 132.

de lucrul aflat sub paza sa”. Aceste prevederi sunt aplicabile și în materie de mediu, de exemplu, pentru un risc de contaminare prin deșeuri. Acestea sunt calificate de lege ca fiind „bunuri”, iar jurisprudența a interpretat în sens larg noțiunea de „lucru”. O astfel de răspundere permite mai ales răspunderea exploatanților, în caz de poluare accidentală, provocată de către activitățile lor, dacă se probează că lucrul respectiv este instrumentul producerii pagubei ecologice⁶.

Sub titlul „Răspunderea pentru fapta altuia” din secțiunea a 4-a, Noul Cod civil reglementează în art. 1372 răspunderea pentru fapta minorului sau a celui pus sub interdicție și în art. 1373 răspunderea comitenților pentru prepuși.

În domeniul reparării daunei ecologice operează îndeosebi, răspunderea comitentului pentru fapta prepusului. Fapta ilicită a prepusului antrenează răspunderea comitentului său, într-un mod dur, întrucât acesta din urmă este unicul răspunzător în situația în care fapta ilicită a fost săvârșită în cadrul funcțiilor căruia i-au fost încredințate.

Atât Noul Cod penal, cât și Noul Cod de procedură penală, au intrat în vigoare la 29 ianuarie 2014 și au adus o serie de schimbări în nediul juridic românesc. Noul Cod penal, aduce schimbări semnificative și în materie de răspundere. Aceste schimbări au aplicabilitate și în dreptul penal al mediului, apărut după evenimentele din 1989.

Asemănător Codului penal de la 1969, Noul Cod penal cuprinde infracțiuni care, deși nu privesc în mod direct protejarea mediului înconjurător, cuprind unele elemente ce vizează acest domeniu. Aceste infracțiuni sunt: cele de nerespectare a regimului materialelor nucleare sau al altor materii radioactive, cuprinse în art. 345, cele de nerespectare a regimului materiilor explozive (art. 346), cele privind răspândirea bolilor la animale sau plante (art. 355), infectarea apei (art. 356) și traficul de produse sau substanțe toxice (art. 359).

Subliniem faptul că, Noul Cod penal nu cuprinde un capitol special, consacrat infracțiunilor privind mediul și nu stabilește reguli specifice acestei materii. De aceea, suntem de părere că, ar trebui inclus în Noul Cod penal un capitol distinct, care să cuprindă infracțiunile care aduc atingere mediului înconjurător, precum și modalitatea de sancționare pentru săvârșirea unor astfel de fapte.

De asemenea, considerăm că se impune o sancționare mult mai drastică a acestor fapte care nu afectează doar mediul, ci aduc atingere atât sănătății, cât și vieții oamenilor.

Suntem de părere că, un dezavantaj al legislației penale de mediu îl reprezintă folosirea excesivă a normelor incomplete, care nu este greșită însă ar trebui să constituie o excepție și nu o regulă a dreptului penal al mediului.

Sușinem ideea conform căreia, o deficiență majoră a legislației penale românești referitoare la mediu a constituit-o slaba sa efectivitate, aplicarea concretă în litera și spiritul său⁷. În acest sens, și ca o confirmare a sa, pentru a corecta tendința manifestată în practica judiciară de a se aplica excesiv prevederile art. 181 din Noul Cod penal și în vederea asigurării unor sancțiuni eficace, proporționale și disuasive, unele legi sectoriale au stipulat expres că faptele pe care le incriminează, prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni, indiferent de modul și de mijloacele de săvârșire a faptei, de scopul urmărit, de împrejurările în care fapta a fost comisă, de urmarea produsă sau care s-ar fi putut produce, precum și de persoana și condițiile făptuitorului⁸.

⁶ Duțu Mircea, Duțu Andrei, *op. cit.*, p. 137.

⁷ *Ibidem*, p. 343.

⁸ Constituționalitatea textului art. 120 din Legea nr. 46/2008 a fost confirmată prin Decizia Curții Constituționale nr. 1001/2009, publicată în M. Of., Partea I, nr. 547 din 6 august 2009.

Cu privire la răspunderea penală a persoanei juridice, aceasta a fost introdusă în Codul penal de la 1969, prin modificările aduse de Legea nr. 278/2006.

Conform art. 191 C. pen., „persoanele juridice, cu excepția statului, a autorităților publice și a instituțiilor publice care desfășoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat, răspund penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice, dacă fapta a fost săvârșită cu forma de vinovăție prevăzută de legea penală”.

Răspunderea penală a persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit, în orice mod, la săvârșirea aceleiași fapte.

Potrivit art. 711 C. pen., pedepsele aplicabile persoanei juridice sunt: amenda, ca pedeapsă principală, iar ca pedepse complementare: dizolvarea persoanei juridice (art. 712 C. pen.), suspendarea activității persoanei juridice (art. 713 C. pen.), închiderea unor puncte de lucru ale persoanei juridice (art. 715 C. pen.), interzicerea de a mai participa la procedurile de achiziții publice (art. 716 C. pen.) și afișarea sau difuzarea hotărârii de condamnare (art. 717 C. pen.).

Noul Cod penal a preluat majoritatea reglementărilor din vechiul cod penal, grupându-le în titlul VI intitulat: „Răspunderea penală a persoanei juridice”.

Conform art. 135 din Noul Cod penal, „Persoana juridică, cu excepția statului și a autorităților publice, răspunde penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice. Instituțiile publice nu răspund penal pentru infracțiunile săvârșite în exercitarea unei activități ce nu poate face obiectul domeniului privat. Răspunderea penală a persoanei juridice, nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit la săvârșirea aceleiași fapte”.

În materie de protecție a mediului, marea majoritate a infracțiunilor săvârșite de persoanele juridice sunt legate de realizarea obiectului de activitate al acestora, care generează poluarea sau deteriorarea elementelor sau factorilor de mediu⁹.

Spre deosebire de art. 191 din Codul penal de la 1969, art. 135 din Noul Cod penal nu mai stipulează cerința „dacă fapta a fost săvârșită cu forma de vinovăție prevăzută de legea penală”, însă acest lucru nu elimină elementul subiectiv.

Cu privire la sancțiunile aplicabile persoanelor juridice, conform art. 136 din Noul Cod penal, acestea constau în amendă, ca pedeapsă principală și mai multe pedepse complementare.

Spre deosebire de Codul penal de la 1969, Noul Cod penal, introduce în cazul persoanelor juridice sistemul zilelor-amendă.

Ca pedepse complementare, Noul Cod penal reține: dizolvarea persoanei juridice, suspendarea activității acesteia, închiderea unor puncte de lucru ale persoanei juridice, interzicerea de a participa la procedurile de achiziții publice, plasarea sub supraveghere judiciară, afișarea sau publicarea hotărârii de condamnare (art. 140-145 NCC).

În concluzie, intrarea în vigoare a celor patru coduri (civil, de procedură civilă, penal și de procedură penală), au adus schimbări semnificative în legislația românească.

Atât legislația civilă, cât și legislația penală au abordat problematica răspunderii, menținând unele reglementări și modificând altele. Aplicarea conceptului de răspundere

⁹ Duțu Mircea, Duțu Andrei, *op. cit.*, p. 361.

civilă și penală a fost necesară, întrucât ambele modalități de răspundere ajută la îmbunătățirea legislației privind mediul înconjurător.

În Noul Cod penal român, infracțiunile contra sănătății publice sunt insuficiente și tratate superficial. De aceea suntem de părere că ar trebui incluse mai multe infracțiuni cu privire la răspunderea pentru daunele provocate mediului, într-un capitol distinct al Noului Cod penal și sancționate mult mai drastic.

SECȚIUNEA
DREPT PUBLIC – ȘTIINȚE PENALE

NECONSTITUȚIONALITATEA UNOR NORME ALE NOULUI COD PENAL

Ion RISTEA*

Abstract:

The new Criminal Code adopted by Law No 286/2009, published in the Official Gazette No 510/24 July 2009 and applied by Law No 187/2012, published in the Official Gazette No 757/12 November 2012, was designed to represent a normative act superior to the previous Criminal Codes, created to better correspond to the actual preventive and repressive needs.

According to certain provisions of the Government Decision No 1183 of 24 September 2008 for the approval of the preliminary thesis for the Criminal Code's project, published in the Official Gazette No 686/8 October 2008, the legislator has taken into consideration, on the one hand, the valorization of the Romanian criminal legislation, and on the other hand, the connection to the actual regulatory currents of different legal systems of reference in the European criminal law, especially those of Italic-German origin.

Also, considering the fulfilment of the obligations resulted from the Treaty of Accession of Romania to the European Union, in the new Criminal Code were transposed the framework-decisions adopted by the Council of the European Union incident in the area of the substantial criminal law.

Of course, in relation with these brief considerations, we can state that the new Criminal Code represents, in its ensemble, undoubtedly, a superior evolution in the regulation of the social protection relations.

Nevertheless, the Constitutional Court as guarantor of the Constitution's supremacy, with the occasion of solving certain exceptions of unconstitutionality, has noticed that certain provisions of the new Criminal Code are unconstitutional.

The present article debates, starting with the date of the entrance into force of the new Criminal Code (1st of February 2014) until now, these criminal provisions labeled as unconstitutional.

Keywords: *new Criminal Code, Constitutional Court, favorable criminal law, reconciliation of parties, extended seizure, commercial relations*

Rezumat:

Noul Cod penal adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009 și pus în aplicare prin Legea nr. 187/2012, publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012, a fost conceput să reprezinte un act normativ superior Codurilor penale anterioare, menit să corespundă mai bine necesităților preventive și represive actuale.

Potrivit unor prevederi din H.G. nr. 1183 din 24 septembrie 2008 pentru aprobarea Tezelor prealabile, publicată în M. Of. nr. 686 din 8 octombrie 2008, legiuitorul a avut în vedere, pe de o parte, valorificarea tradiției legislației penale române, iar pe de altă parte, racordarea la curente de reglementare actuale ale unor sisteme juridice de referință în dreptul penal european, îndeosebi de sorginte italo-germană.

* Prof. univ. dr., Cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” din cadrul Academiei Române; Procuror la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Pitești; e-mail: risteam_ion@yahoo.com

De asemenea, având în vedere îndeplinirea obligațiilor decurgând din Tratatul de aderare a României la Uniunea Europeană, în noul Cod penal au fost transpuse deciziile-cadru adoptate de Consiliul Uniunii Europene care au incidență în materia dreptului penal substanțial.

Desigur, în raport de aceste scurte considerente, putem afirma că noul Cod penal, constituie în ansamblul său, în mod indubitabil o evoluție superioară a reglementării relațiilor de apărare socială.

Cu toate acestea, Curtea Constituțională în calitate de garant al supremației Constituției, cu prilejul soluționării unor excepții de neconstituționalitate, a constatat că unele dispoziții ale noului Cod penal sunt neconstituționale.

Materialul de față prezintă persuasiv, începând cu data de 1 februarie 2014 și până în prezent, aceste dispoziții penale constatate ca fiind neconstituționale.

Cuvinte-cheie: *Noul Cod penal, Curtea Constituțională, lege penală favorabilă, împăcarea părților confiscarea extinsă, raporturi comerciale*

1. Articolul 5 din Codul penal în vigoare, care are ca nomen iuris „*aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei*” prevede următoarele:

(1) În cazul în care de la săvârșirea infracțiunii până la judecarea definitivă a cauzei au intervenit una sau mai multe legi penale, se aplică legea mai favorabilă.

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică și actelor normative ori prevederilor din acestea declarate neconstituționale, precum și ordonanțelor de urgență aprobate de Parlament cu modificări sau completări ori respinse, dacă în timpul când acestea s-au aflat în vigoare au cuprins dispoziții penale mai favorabile.

Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 265/06 mai 2014, publicată în M. Of. nr. 372/20.05.2014, a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 5 din Codul penal sunt constituționale în măsura în care nu permit combinarea prevederilor din legi succesive în stabilirea și aplicarea legii penale mai favorabile și nicio autoritate nu poate ignora înțelesul constituțional astfel stabilit.

În motivarea deciziei, Curtea Constituțională a constatat că „dispozițiile art. 5 din actualul Cod penal, în interpretarea care permite instanțelor de judecată, în determinarea legii penale mai favorabile, să combine dispozițiile Codului penal din 1969 cu cele ale actualului Cod penal, contravine dispozițiilor constituționale prevăzute în art. 1 alin. (4) privind separația și echilibrul puterilor în stat, precum și ale art. 61 alin. (1) privind rolul Parlamentului de unică autoritate legiuitoare a țării.

Abordând problema legii penale mai favorabile, Curtea Constituțională a decis în practica sa că, determinarea legii mai blânde nu presupune o activitate abstractă, ci una concretă, fiind indisolubil legată de fapta comisă și de autorul ei¹.

Pentru identificarea concretă a legii penale mai favorabile trebuie avute în vedere o serie de criterii care tind fie la înlăturarea răspunderii penale ori a consecințelor condamnării, fie la aplicarea unei pedepse mai mici. Aceste elemente de analiză vizează în primul rând condițiile de incriminare, apoi cele de tragere la răspundere penală și, în sfârșit, criteriul pedepsei. În acest sens, Curtea Constituțională a statuat că determinarea caracterului mai favorabil are în vedere o serie de elemente, cum ar fi: cuantumul sau conținutul pedepselor, condițiile de incriminare, cauzele care exclud sau înlătură

¹ Decizia nr.834 din 2 octombrie 2007, publicată în M. Of., Partea I, nr.727 din 26 octombrie 2007.

responsabilitatea, influența circumstanțelor atenuante sau agravante, normele privitoare la participare, tentativă, recidivă etc. Cu privire la criteriul pedepsei, pot exista deosebiri de natură (o lege prevede că pedeapsa principală amendă, iar alta închisoarea), dar și deosebiri de grad sau quantum privitoare la limitele de pedeapsă și evident, la modalitatea stabilirii acestora în mod concret”. Cât privește determinarea concretă a legii penale mai favorabile, Curtea Constituțională a statuat că „aceasta vizează aplicarea legii, și nu a dispozițiilor mai blânde, neputându-se combina prevederi din vechea și din noua lege, deoarece s-ar ajunge la o „lex terția”, care în pofida dispozițiilor art. 61 din Constituție, ar permite judecătorului să legifereze”².

Conform jurisprudenței Curții Constituționale, instanțele judecătorești pot dispune aplicarea legii penale mai favorabile, în temeiul art. 5 din Codul penal, în intervalul cuprins între momentul săvârșirii faptei și momentul judecării definitive. Așa cum însăși Constituția dispune în art. 15 alin. (2), Curtea a observat că obiectul reglementării (art. 5 C. pen.), are în vedere legea penală sau contravențională mai favorabilă, și nicidecum dispozițiile penale mai favorabile.

Anterior, Curtea a statuat că prevederile legale care guvernează activitatea instanțelor judecătorești și fixează poziția lor față de lege, acceptă în mod unanim că „atribuțiile judecătorului implică identificarea normei aplicabile, analiza conținutului său și o necesară adaptare a acesteia la faptele juridice pe care le-a stabilit, astfel încât legiuitorul aflat în imposibilitate de a prevedea toate situațiile juridice lasă judecătorului, investit cu puterea de a spune dreptul, o parte din inițiativă. Astfel, în activitatea de interpretare a legii, judecătorul trebuie să realizeze un echilibru între spiritul și litera legii, între exigențele de redactare și scopul urmărit de legiuitor, fără a avea competența de a legifera, prin substituirea autorității competente în acest domeniu”³.

Curtea a observat că noțiunea de instituție autonomă nu este reglementată în niciunul dintre cele două coduri penale și nici în legea de aplicare a actualului cod penal. Așa fiind, chiar dacă în limbajul juridic curent utilizarea noțiunii de instituție autonomă pentru anumite categorii juridice este acceptată, caracterul autonom al acesteia, astfel cum acesta este susținut în doctrină și practica judiciară, presupune că ea are o existență de sine stătătoare și nu depinde de ansamblul normativ în care este integrată pentru a-și îndeplini finalitatea. Or, o atare concluzie este inadmisibilă, întrucât nu se poate reține că o normă din codul penal care reglementează cu privire la o anumită instituție de drept penal (recidivă, concurs de infracțiuni, prescripție), este independentă de legea căreia îi aparține. Această distincție are o deosebită importanță pentru înțelegerea conceptului de lege, pentru că numai așa se poate oferi noțiunii de „lege penală mai favorabilă” un înțeles constituțional.

Aceste argumente conduc la constatarea încălcării dispozițiilor art. 1 alin. (4) și art. 61 alin. (1) din Constituție, întrucât prin combinarea dispozițiilor penale prin mai multe legi succesive, se creează, pe cale judiciară, o a treia lege care neagă rațiunea de politică penală concepută de legiuitor.

Având în vedere cele de mai sus, Curtea a considerat că numai interpretarea prevederilor art. 5 din Codul penal în sensul că *legea penală mai favorabilă se aplică în ansamblul ei* este singura care poate înlătura viciul de neconstituționalitate.

² Decizia nr. 1470 din 8 noiembrie 2011, publicată în M. Of., Partea I, nr.853 din 2 decembrie 2011.

³ Decizia Curții Constituționale nr.838 din 27 martie 2009, publicată în M. Of., Partea I, nr.461 din 3 iulie 2009.

2. Art. 159 din Codul penal care are ca denumire marginală „împăcarea”, prevede următoarele:

(1) Împăcarea poate interveni în cazul în care punerea în mișcare a acțiunii penale s-a făcut din oficiu, dacă legea o prevede în mod expres.

(2) Împăcarea înlătură răspunderea penală și stinge acțiunea civilă.

(3) Împăcarea produce efecte numai cu privire la persoanele între care a intervenit și dacă are loc până la citirea actului de sesizare a instanței.

(4) Pentru persoanele lipsite de capacitate de exercițiu, împăcarea se face numai de reprezentanții lor legali, iar persoanele cu capacitate de exercițiu restrânsă se pot împăca cu încuviințarea persoanelor prevăzute de lege.

(5) În cazul persoanei juridice, împăcarea se realizează de reprezentantul său legal sau convențional ori de către persoana desemnată în locul acestuia. Împăcarea intervenită între persoana juridică ce a săvârșit infracțiunea și persoana vătămată nu produce efecte față de persoanele fizice care au participat la comiterea aceleiași fapte.

(6) În cazul în care infracțiunea este săvârșită de reprezentantul persoanei juridice vătămate, dispozițiile art. 158 alin. (4) se aplică în mod corespunzător.

Prin decizia nr. 508 din 7.10.2014 publicată în M. Of. nr. 843/19.11.2014, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 159 alin. (3) din noul Cod penal sunt constituționale în măsura în care se aplică tuturor inculpaților trimiși în judecată înaintea datei intrării în vigoare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal și pentru care la acea dată momentul citirii actului de sesizare fusese depășit.

Curtea a constatat că intrarea în vigoare a Codului penal a creat, în raport cu stadiul soluționării cauzelor penale având ca obiect constatarea săvârșirii infracțiunilor analizate, trei situații procesuale diferite. Prima dintre acestea privește situația cauzelor soluționate definitiv până la data intrării în vigoare a Codului penal, cărora prevederile art. 159 alin. (3) din acest cod nu le sunt aplicabile. A doua situație se referă la cauzele aflate în curs de soluționare la data intrării în vigoare a Codului penal, în cadrul cărora la data anterior referită nu a fost depășit momentul citirii actului de sesizare a instanței, cauze în care textul criticat poate fi aplicat. În fine, a treia ipoteză are în vedere situația cauzelor în curs de soluționare la data intrării în vigoare a Codului penal, în care, la data arătată, fusese depășit momentul citirii actului de sesizare al instanței.

Curtea reține că doar cu privire la această din urmă situație se pune probleme constituționalității aplicării sau neaplicării dispozițiilor art. 159 alin. (3) din Codul penal în situații tranzitorii. Legiuitorul nu a reglementat însă *in terminis* procedura ce se impune a fi urmată în cazul împăcării ce intervine în cauzele începute sub imperiul Codului penal din 1969, dar în care momentul citirii actului de sesizare a instanței a fost depășit la data intrării în vigoare a Codului penal. Potrivit dispozițiilor art. 15 alin. 2 din Legea fundamentală, în aceste cauze va fi aplicabilă legea penală mai favorabilă. Aceasta poate fi, așa cum s-a arătat mai sus, fie Codul penal din 1969, fie Codul penal în vigoare.

Pentru a răspunde exigențelor principiului constituțional al aplicării legii penale mai favorabile prevăzut la art. 15 alin. (2) din Constituție, așa cum acesta a fost detaliat în jurisprudența Curții Constituționale, Curtea a reținut că dispozițiile art. 159 alin. (3) din Codul penal sunt constituționale numai în măsura în care, până la încetarea situațiilor tranzitorii, în virtutea principiului constituțional al aplicării legii penale mai favorabile, împăcarea poate interveni și în cauzele începute înaintea datei intrării în vigoare a Codului penal și în care a fost depășit momentul citirii actului de sesizare a instanței.

Pentru a se atinge finalitatea urmărită, aceea a limitării în timp a stării de incertitudine în derularea raporturilor juridice și a prevenirii abuzului de drept, în situațiile tranzitorii mai sus arătate, este necesar ca momentul până la care poate interveni împăcarea să poată fi determinat în mod obiectiv. Având în vedere că potrivit prevederilor art. 147 alin. (4) din Constituție și ale art. 11 alin. (3) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, deciziile instanței de contencios constituțional sunt general obligatorii la data publicării lor în Monitorul Oficial al României și au putere numai pentru viitor, Curtea a reținut că, în situațiile tranzitorii arătate, *împăcarea poate interveni până la primul termen de judecată* stabilit ulterior datei publicării prezentei decizii în Monitorul Oficial al României.

3. Art. 336 din Codul penal prevede următoarele:

(1) Conducerea pe drumurile publice a unui vehicul pentru care legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere de către o persoană care, la momentul prelevării mostrelor biologice, are o îmbibație alcoolică de peste 0,80 g/l alcool pur în sânge, se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani sau cu amendă.

(2) Cu aceeași pedeapsă se sancționează și persoana, aflată sub influența unor substanțe psihoactive, care conduce un vehicul pentru care legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere.

(3) Dacă persoana aflată în una dintre situațiile prevăzute în alin. (1) și alin. (2) efectuează transport public de persoane, transport de substanțe sau produse periculoase ori se află în procesul de instruire practică a unor persoane pentru obținerea permisului de conducere sau în timpul desfășurării probelor practice ale examenului pentru obținerea permisului de conducere, pedeapsa este închisoarea de la 2 la 7 ani.

Prin Decizia nr. 732/16.12.2014 publicată în M. Of. nr. 69/27.01.2015, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că sintagma „la momentul prelevării mostrelor biologice” din cuprinsul dispozițiilor art. 336 alin. (1) din noul Cod penal este neconstituțională, deoarece lipsește de previzibilitate norma de incriminare.

În motivarea deciziei, Curtea a reținut că la 1.02.2014, prin art. 121 pct. 1 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legea nr. 286/2009 privind Codul penal⁴, a fost abrogat art. 87 din Ordonanța de urgență a guvernului nr. 195/2002 privind circulația de drumurile publice⁵, cu modificările și completările ulterioare, care la alin. (1) prevedea următoarele: „Conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul sau tramvai de către o persoană care are o îmbibație alcoolică de peste 0,80 g/l alcool pur în sânge, se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani”.

Dacă din reglementarea anterioară se desprindea cerința ca îmbibația alcoolică în sânge, peste limita prevăzută de lege, să existe la momentul conducerii autovehiculului sau tramvaiului, noua reglementare prevede ca autorul faptei să aibă o îmbibație alcoolică de peste 0,80 g/l alcool în sânge la momentul prelevării mostrelor biologice. Cu privire la intervalul de timp în care trebuie efectuată recoltarea probelor biologice, Codul de procedură penală stabilește în art. 190 alin. (8) că: „În cazul conducerii unui vehicul de către o persoană aflată sub influența băuturilor alcoolice sau altor substanțe, recoltarea de probe se efectuează din dispoziția organelor de constatare și cu consimțământul celui supus examinării de către un medic, asistent medical sau de o persoană cu pregătire medicală de

⁴ Publicată în M. Of., Partea I nr. 757/12.02.2012.

⁵ Republicată în M. Of., Partea I, nr. 670/3.08.2006.

specialitate, în cel mai scurt timp, într-o instituție medicală, în condițiile stabilite de legile speciale”.

Curtea a constatat că sintagma „la momentul prelevării mostrelor biologice” din cuprinsul dispozițiilor art. 336 alin. (1) din Codul penal este neconstituțională, întrucât aduce atingere prevederilor constituționale ale art. 1 alin. (5) referitor la principiul respectării legilor și ale art. 20 referitor la preeminența tratatelor internaționale privind drepturile omului, asupra legilor interne raportate la prevederile art. 7 paragraful 1 referitor la legalitatea incriminării din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Sintagma menționată lipsește de previzibilitate norma de incriminare, în condițiile în care principiul respectării legilor și cel al legalității incriminării impun legiuitorului să legisfeze prin texte suficient de clare și precise pentru a fi aplicate, inclusiv prin asigurarea posibilității persoanelor interesate de a se conforma prescripției legale.

S-a avut în vedere faptul că destinatarii normei penale de incriminare trebuie să aibă o reprezentare clară a elementelor constitutive, de natură obiectivă și subiectivă, ale infracțiunii, astfel încât să poată să prevadă consecințele ce decurg din nerespectarea normei și să își adapteze conduita potrivit acesteia. Elementul material al laturii obiective a infracțiunii reglementate de art. 336 alin. (1) din Codul penal se realizează prin acțiunea de conducere pe drumurile publice a unui vehicul pentru care legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere de către o persoană care, la momentul prelevării mostrelor are o îmbibație alcoolică de peste 0,80 g/l alcool pur în sânge. Îmbibația alcoolică este procesul de pătrundere a alcoolului în sânge, consecința fiind provocarea unei stări de intoxicație (alcoolică). Sub aspectul urmăririi imediate este vorba de o infracțiune de pericol, acțiunea săvârșită punând în primejdie siguranța circulației pe drumurile publice. Fiind o infracțiune de pericol, legătura de cauzalitate dintre acțiunea ce constituie elementul material al laturii obiective și urmarea imediată, rezultă din însăși materialitatea faptei și nu trebuie să fie dovedită.

Îmbibația alcoolică se determină prin analiza toxicologică a mostrelor biologice recoltate la un moment de timp mai mult sau mai puțin îndepărtat de momentul săvârșirii infracțiunii, care este cel al depășirii în trafic a conducătorului vehiculului. Condiția ca îmbibația alcoolică de peste 0,80 g/l alcool pur în sânge să existe la momentul prelevării mostrelor biologice plasează, astfel, consumarea infracțiunii la un moment ulterior săvârșirii ei, în condițiile în care de esența infracțiunilor de pericol, este faptul că acestea se consumă la momentul săvârșirii lor. Odată cu oprirea în trafic încetează starea de pericol pentru valorile sociale ocrotite de dispozițiile art. 336 din Codul penal, astfel încât, raportat la momentul prelevării mostrelor biologice, tragerea la răspundere penală nu se justifică. Stabilirea gradului de îmbibație alcoolică și, implicit încadrarea în sfera ilicitului penal în funcție de momentul prelevării mostrelor biologice, care nu poate fi întotdeauna imediat următor săvârșirii faptei, constituie un criteriu aleatoriu și exterior conduitei făptuitorului în vederea tragerii la răspundere penală, în contradicție cu normele constituționale și convenționale mai sus arătate.

În jurisprudența sa, Curtea Constituțională a stabilit că trăsătura esențială a statului de drept o constituie supremația Constituției și obligativitatea respectării legii și că statul de drept asigură supremația Constituției, corelarea tuturor legilor și tuturor actelor normative cu aceasta, ceea ce înseamnă că statul democratic este prin excelență un stat în care se manifestă domnia legii.

4. Art. 112¹ care se intitulează confiscarea extinsă, prevede următoarele:

(1) Sunt supuse confiscării și alte bunuri decât cele menționate la art. 112, în cazul în care persoana este condamnată pentru comiterea uneia dintre următoarele infracțiuni, dacă fapta este susceptibilă să îi procure un folos material și pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 4 ani sau mai mare:

- a) infracțiuni privind traficul de droguri și de precursori;
- b) infracțiuni privind traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile;
- c) infracțiuni privind frontiera de stat a României;
- d) infracțiunea de spălare a banilor;
- e) infracțiuni din legislația privind prevenirea și combaterea pornografiei;
- f) infracțiuni din legislația privind combaterea terorismului;
- g) constituirea unui grup infracțional organizat;
- h) infracțiuni contra patrimoniului;
- i) nerespectarea regimului armelor, munițiilor, materialelor nucleare și al materiilor explozive;
- j) falsificarea de monede, timbre sau de alte valori;
- k) divulgarea secretului economic, concurența neloială, nerespectarea dispozițiilor privind operații de import sau export, deturnarea de fonduri, infracțiuni privind regimul importului și al exportului, precum și al introducerii și scoaterii din țară de deșeuri și reziduuri;
- l) infracțiuni privind jocurile de noroc;
- m) infracțiuni de corupție, infracțiunile asimilate acestora, precum și infracțiunile împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene;
- n) infracțiuni de evaziune fiscală;
- o) infracțiuni privind regimul vamal;
- p) infracțiuni de fraudă comise prin sisteme informatice și mijloace de plată electronice;
- q) traficul de organe, țesuturi sau celule de origine umană.

(2) Confiscarea extinsă se dispune dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

a) valoarea bunurilor dobândite de persoana condamnată, într-o perioadă de 5 ani înainte și, dacă este cazul, după momentul săvârșirii infracțiunii, până la data emiterii actului de sesizare a instanței, depășește în mod vădit veniturile obținute de aceasta în mod licit;

b) instanța are convingerea că bunurile respective provin din activități infracționale de natura celor prevăzute la alin. (1).

(3) Pentru aplicarea dispozițiilor alin. (2) se va ține seama și de valoarea bunurilor transferate de către persoana condamnată ori de un terț unui membru al familiei sau unei persoane juridice asupra căreia persoana condamnată deține controlul.

(4) Prin bunuri, conform prezentului articol, se înțelege și sumele de bani.

(5) La stabilirea diferenței dintre veniturile licite și valoarea bunurilor dobândite se vor avea în vedere valoarea bunurilor la data dobândirii lor și cheltuielile făcute de persoana condamnată, membrii familiei acesteia.

(6) Dacă bunurile supuse confiscării nu se găsesc, în locul lor se confiscă bani și bunuri până la concurența valorii acestora.

(7) Se confiscă, de asemenea, bunurile și banii obținuți din exploatarea sau folosirea bunurilor supuse confiscării, precum și bunurile produse de acestea.

(8) Confiscarea nu poate depăși valoarea bunurilor dobândite în perioada prevăzută la alin. (2), care excedează nivelului veniturilor licite ale persoanei condamnate.

Prin decizia nr. 11 din 15.01.2015 publicată în M. Of. nr. 102/9.02.2015, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 112¹ alin. (2) lit. a) din Codul penal sunt constituționale în măsura în care confiscarea extinsă nu se aplică asupra bunurilor dobândite înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 63/2012 pentru modificarea și completarea Codului penal al României și al Legii nr. 286/2009 privind Codul penal.

În motivarea deciziei, Curtea a făcut referire la Decizia nr. 356/25.06.2014⁶, în care s-a pronunțat asupra constituționalității prevederilor art. 118² alin. (2) lit. a) din Codul penal din 1969, constatând că acestea sunt constituționale în măsura în care confiscarea extinsă nu se aplică asupra bunurilor dobândite înainte de intrarea în vigoare a Legea nr. 63/2012 pentru modificarea și completarea Codului penal al României și al Legii nr. 286/2009 privind Codul penal.

Prin această decizie, Curtea a reținut că „sub incidența reglementării constituționale consacrată de art. 15 alin. (2) referitor la retroactivitatea legii penale sau contravenționale mai favorabile, pot intra numai normele de drept penal material (substanțial) și nicidecum cele de drept penal procedural care se sunt de imediată aplicare”.

Curtea a statuat că, dacă se ia în considerare criteriul obiectului de reglementare al normei, se constată că art. 118² alin. (2) lit. a) din Codul penal din 1969 este o normă referitoare la confiscarea specială, putând fi încadrată în categoria normelor de drept substanțial, și nu în categoria celor de procedură penală, deoarece în art. 2 din Codul penal din 1969 se arată că legea penală prevede și măsurile ce se pot lua în cazul săvârșirii de infracțiuni. Or, măsura de siguranță a confiscării extinse este una dintre acestea. Totodată, Curtea a reținut că nu poate fi înlăturat nici criteriul rezultatului la care conduce norma cu privire la înlăturarea unei stări de pericol și la preîntâmpinarea săvârșirii faptelor prevăzute de legea penală.

Curtea a reținut că principiul neretroactivității legii își găsește justificarea și are rolul de a asigura stabilitatea și securitatea raporturilor juridice. Prin urmare, numai o normă previzibilă poate determina în mod clar conduita subiecților de drept, destinatari ai legii. Tocmai de aceea o lege, odată adoptată, produce și trebuie să producă efecte juridice numai pentru viitor. Aceasta, pentru simplul motiv că legea se adresează subiecților de drept permițând sau interzicând și, bineînțeles sancționând atitudinile deviante. S-a constatat că este absurd să se pretindă unui subiect de drept să răspundă pentru comportamente și o conduită avute anterior intrării în vigoare a unei legi care reglementează această conduită. Subiectul de drept nu putea să prevadă ce va reglementa legiuitorul, iar comportamentul său este normal și firesc, dacă se desfășoară în cadrul ordinii de drept în vigoare.

În considerarea celor de mai sus și având în vedere jurisprudența instanței de contencios constituțional, potrivit căreia confiscarea extinsă este o instituție de drept material, Curtea a constatat că norma legală criticată nu poate retroactiva cu privire la confiscarea bunurilor dobândite înainte de intrarea ei în vigoare, chiar dacă infracțiunile pentru care s-a dispus condamnarea sunt comise după această dată. S-a observat că, dacă s-ar dispune măsura confiscării extinse pentru bunurile dobândite înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 63/2012, s-ar încălca principiul neretroactivității legii consacrat de art. 15 alin. 2 din Constituție.

⁶ Publicată în M. Of., Partea I, nr. 691/22.09.2014.

Curtea constată că dispozițiile art. 112¹ alin. (2) lit. a) din Codul penal cuprind o soluție legislativă identică cu cea a art. 118² alin. (2) lit. a) din Codul penal din 1969, cele două texte fiind introduse în actele normative anterior arătate prin Legea nr. 63/2012. Având în vedere identitatea de obiect al prezentei excepții cu cel al excepției de neconstituționalitate a dispozițiile art. 118² alin. (2) lit. a) din Codul penal din 1969, norma privind confiscarea extinsă prev. de art. 112¹ alin. (2) lit. a) din Codul penal, nu poate depăși limita temporară reprezentată de data intrării în vigoare a Legii nr. 63/2012, neputându-se dispune cu privire la bunurile dobândite de persoana condamnată înaintea datei anterior referite, soluție de principiu reținută în Decizia nr. 356/25.06.2014, anterior analizată.

Prin urmare, Curtea constată că prevederile art. 112¹ alin. (2) lit. a) din Codul penal nu pot depăși limita temporală cu privire la confiscarea bunurilor dobândite înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 63/2012, chiar dacă infracțiunile pentru care s-a dispus condamnarea sunt comise după această dată, soluția contrară încălcând principiul neretroactivității legii consacrat de art. 15 alin. (2) din Constituție.

5. Art. 301 intitulat „Conflictul de interese”, prevede următoarele:

(1) Fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, a îndeplinit un act ori a participat la luarea unei decizii prin care s-a obținut, direct sau indirect, un folos patrimonial, pentru sine, pentru soțul său, pentru o rudă ori pentru un afin până la gradul 2 inclusiv, sau pentru o altă persoană cu care s-a aflat în *raporturi comerciale* ori de muncă în ultimii 5 ani sau din partea căreia a beneficiat ori beneficiază de foloase de orice natură, se pedepsește cu închisoarea de la 1 la 5 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică.

(2) Dispozițiile alin. (1) nu se aplică în cazul emiterii, aprobării sau adoptării actelor normative.

De asemenea, art. 308 din Codul penal care se referă la infracțiuni de corupție și de serviciu comise de alte persoane, prevede următoarele:

(1) Dispozițiile art. 289-292, 295, 297-301 și 304 privitoare la funcționarii publici se aplică în mod corespunzător și faptelor săvârșite de către sau în legătură cu persoanele care exercită, permanent ori temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute la art. 175 alin. (2) *ori în cadrul oricărei persoane juridice*.

(2) În acest caz, limitele speciale ale pedepsei se reduc cu o treime.

Prin decizia nr. 603 din 6 octombrie 2015 publicată în M. Of. al României nr. 845 din 13.11.2015, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că sintagma „*raporturi comerciale*” din cuprinsul dispozițiilor art. 301 alin. (1) din Codul penal este neconstituțională.

De asemenea, prin aceeași decizie, s-a admis excepția de neconstituționalitate și s-a constatat că sintagma „*ori în cadrul oricărei persoane juridice*” din cuprinsul dispozițiilor art. 308 alin. (1) din Codul penal, cu raportare la art. 301 din Codul penal, este neconstituțională.

Curtea a reținut că noțiunea de raport comercial nu mai este expres definită prin legislația în vigoare, ca urmare a abrogării, prin dispozițiile art. 230 lit. c) și i) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil⁷, a Codicelui de comerț din 1887 și a Codului comercial Carol al II-lea, și nici nu poate fi dedusă prin interpretarea dispozițiilor civile în vigoare.

⁷ Publicată în M. Of., Partea I, nr.409 din 10 iunie 2011.

De asemenea, art. VII din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil⁸, prevede că la data intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009, republicată, sintagma „contract comercial” sau „contracte comerciale” se înlocuiește cu sintagma „contract civil” sau, după caz, „contracte civile”, iar sintagma „contracte sau acte de comerț”, cu termenul „contracte”. Așadar, dacă până la intrarea în vigoare a Codului civil, la 1 octombrie 2011, noțiunea de „raport comercial” avea un înțeles normativ determinat și determinabil prin prisma dispozițiilor Codului comercial, în prezent această noțiune nu își mai poate găsi aplicabilitatea, având în vedere transformările profunde și structurale operate la nivelul Codului civil. Întrucât Codul penal actual a intrat în vigoare la un moment ulterior Codului civil, acesta, atunci când se raportează la noțiuni specifice dreptului civil, trebuie să o facă prin utilizarea unor termeni și noțiuni proprii dreptului pozitiv și nu prin recurgerea, fără o motivare justă, la termeni și noțiuni autonome, atunci când situația normativă nu o impune. Pentru acest motiv, Curtea constată că sintagma „raporturi comerciale” din cuprinsul dispozițiilor art. 301 alin. (1) din Codul penal este lipsită de claritate și previzibilitate, nepermițând determinarea exactă a conținutului constitutiv al infracțiunii de conflict de interese.

Această lipsă de claritate, precizie și previzibilitate a sintagmei „raporturi comerciale” din cuprinsul dispozițiilor art. 301 alin. (1) din Codul penal contravine principiului legalității incriminării, prevăzut la art. 1 din Codul penal și la art. 7 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, și, în consecință, dispozițiilor art. 1 alin. (5) din Constituție, care se referă la calitatea legii.

Totodată, prin Decizia nr. 553 din 16 iulie 2015⁹, paragraful 23, Curtea Constituțională a stabilit că standardul constituțional de protecție a libertății individuale impune ca limitarea acesteia să se realizeze într-un cadru normativ care, pe de o parte, să stabilească expres cazurile de limitare a acestei valori constituționale, iar, pe de altă parte, să prevadă într-un mod clar, precis și previzibil aceste cazuri. În aceste condiții, lipsa de claritate, precizie și previzibilitate a sintagmei „raporturi comerciale” din cuprinsul textului criticat face neclare și imprevizibile condițiile restrângerii libertății individuale, drept fundamental prevăzut la art. 23 din Constituție.

Pentru aceste considerente, Curtea a constatat că sintagma „raporturi comerciale” din cuprinsul dispozițiilor art. 301 alin. (1) din Codul penal imprimă un caracter lipsit de claritate, precizie și previzibilitate obiectului juridic al infracțiunii de conflict de interese. Or, în aceste condiții, așa cum s-a arătat prin Decizia nr. 363 din 7 mai 2015, destinatarul normei nu își poate ordona conduita în raport cu o normă de incriminare care nu respectă condițiile de calitate ale legii.

Pentru aceste considerente, Curtea a constatat că dispozițiile art. 301 alin. (1) din Codul penal încalcă prevederile art. 1 alin. (5) și art. 23 din Constituție, referitoare la calitatea legii și, respectiv, la libertatea individuală.

De asemenea, Curtea a reținut că dispozițiile art. 301 alin. (1) din Codul penal, ce reglementează conflictul de interese, în mod necesar și evident, nu pot fi disociate de prevederile art. 308 alin. (1) din Codul penal, referitoare la infracțiuni de corupție și de serviciu comise de alte persoane, întrucât acestea din urmă incriminează, de asemenea, fapte de corupție și de serviciu, cu referire și la art. 301 din Codul penal.

⁸ Publicată în M. Of., Partea I, nr.696 din 30 septembrie 2011.

⁹ Publicată în M. Of., Partea I, nr.707 din 21 septembrie 2015.

Conform art. 308 alin. (1) din Codul penal, „dispozițiile art. 289—292, 295, 297—301 și 304 privitoare la funcționarii publici se aplică în mod corespunzător și faptelor săvârșite de către sau în legătură cu persoanele care exercită, permanent ori temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute la art. 175 alin. (2) ori în cadrul oricărei persoane juridice”. Astfel, potrivit acestei reglementări, pot avea calitatea de subiect activ al infracțiunii de conflict de interese, prevăzută la art. 301 din Codul penal, pe lângă funcționarii publici, definiți la art. 175 din Codul penal, și persoanele prevăzute la art. 308 alin. (1) din acest cod, cu diferența de regim sancționator prevăzută la art. 308 alin. (2) din Codul penal.

Art. 175 alin. (2) din Codul penal asimilează, sub aspectul tratamentului penal, cu funcționarii publici persoanele care exercită un serviciu de interes public pentru care au fost investite de autoritățile publice sau care sunt supuse controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public. Ca exemplu, intră în această categorie profesii precum executorii judecătorești, notarii publici și lichidatorii judiciari, întrucât aceștia au fost investiți de o autoritate publică în vederea exercitării unui serviciu public sau sunt supuși controlului ori supravegherii unei autorități publice cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public.

Situația este însă diferită în ceea ce privește incriminarea aceluiași fapte săvârșite de persoanele care exercită, permanent ori temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în cadrul oricărei persoane juridice. Practic, în această ultimă categorie se încadrează, spre exemplu, orice formă de societate definită prin Codul civil, Legea societăților nr. 31/1990¹⁰, sau Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperatiei¹¹.

Curtea a reținut că reglementarea ca subiect activ al infracțiunii de conflict de interese a unor persoane private, prin dispozițiile art. 308 din Codul penal, este excesivă, întrucât are loc o extindere nepermisă a forței de constrângere a statului, prin utilizarea mijloacelor penale asupra libertății de acțiune a persoanelor, circumscrisă în cauză dreptului la muncă și libertății economice, fără să existe o justificare criminologică în acest sens.

Curtea a constatat că prin dispozițiile art. 308 alin. (1) din Codul penal, sancționând penal fapte ce contravin unor interese pur private, legiuitorul le-a calificat pe acestea din urmă ca având caracter public, ceea ce a dus la o limitare disproporționată a dreptului la muncă și a libertății economice ale persoanelor care își desfășoară activitatea în mediul privat. În aceste condiții, protecția penală astfel reglementată, deși adecvată sub aspectul finalității, aceea a protejării unor valori sociale chiar și private, nu este necesară și nu respectă un raport just de proporționalitate între severitatea măsurii ce poate fi luată și interesul individual al persoanelor.

Prin urmare, Curtea a constatat că incriminarea conflictului de interese în mediul privat reprezintă o încălcare nejustificată a libertății economice și a dreptului la muncă al persoanelor care exercită, permanent ori temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în cadrul oricărei persoane juridice, drepturi fundamentale prevăzute la art. 41 alin. (1) și art. 45 din Constituție.

Pentru aceste considerente, Curtea a stabilit că sintagma „*ori în cadrul oricărei persoane juridice*” din cuprinsul dispozițiilor art. 308 alin. (1) din Codul penal cu raportare la art. 301 din Codul penal este neconstituțională.

¹⁰ Republicată în M. Of., Partea I, nr. 1.066 din 17 noiembrie 2004.

¹¹ Republicată în M. Of., Partea I, nr. 368 din 20 mai 2014.

INADVERTENȚE ÎN LEGISLAȚIA PENALĂ ȘI PROCESUAL PENALĂ

Constantin SIMA*

Abstract:

„Enforcement of the new codes has created multiple problems of application in the criminal law as well as in the criminal procedure law.

Thus, art. 334 par. (4) of the Criminal Code does not clarify the meaning of the expression „registered in another state, that has no right of movement in Romania”, which makes the text inapplicable.

In the Criminal Procedure Law it was not clear whether the defendant may be heard within internal rogatory letters or if a case once taken over by the hierarchically superior Prosecutor's Office can be returned to the same Prosecutor's Office or other competent Prosecutor's Office without being solved.„

Keywords: *traffic on public roads; vehicle without right of movement in Romania; rogatory letter; take over of criminal cases*

Rezumat:

„Intrarea în vigoare a noilor coduri a creat numeroase probleme de aplicare atât în legislația penală, cât și în cea procesuală.

Astfel, art. 334 alin. (4) din Codul penal nu lămurește înțelesul expresiei „înmatriculat în alt stat, care nu are drept de circulație în România”, ceea ce face textul inaplicabil.

În legislația procesual penală nu s-a înțeles dacă inculpatul poate fi audiat în cursul comisiei rogatorii interne sau dacă o cauză odată preluată de parchetul ierarhic superior poate fi restituită aceluiași parchet sau altui parchet competent fără a fi soluționată.”

Cuvinte-cheie: *circulația pe drumurile publice; autovehicul fără drept de circulație în România; comisie rogatorie; preluare cauze penale*

I.1. Considerații prealabile

Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București s-a adresat Secției judiciare din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție pentru a aprecia dacă este cazul formulării unui recurs în interesul legii în ceea ce privește interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 334 alin. (4) teza a II-a C. pen.

Potrivit art. 334 alin. (4) C. pen., „*conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul sau tractarea unei remorci ale cărei plăcuțe cu numărul de înmatriculare au fost retrase sau a unui vehicul înmatriculat în alt stat, care nu are drept de circulație în România se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă.*”

Problema de drept s-a ridicat în ceea ce privește interpretarea tezei „*înmatriculat în alt stat, care nu are drept de circulație în România.*”

Unele instanțe au interpretat că fapta conducătorului auto de a conduce un autovehicul înmatriculat în alt stat fără drept de circulație în România nu este prevăzută de legea penală și au pronunțat achitarea¹.

* Conf. univ. dr. Universitatea „Titu Maiorescu” București; e-mail: constantin_sima@mpublic.ro

¹ C. Ap. București, S. I. pen., dec. pen. nr. 75/20.01.2015 (nepublicată); C. Ap. București, S. a II-a pen., dec. pen. nr. 32/A/08.01.2015 (nepublicată).

Alte instanțe au apreciat că fapta conducătorului auto de a conduce un autovehicul înmatriculat în alt stat, fără drept de circulație în România, constituie infracțiunea prevăzută de art. 334 alin. (4) teza a II-a C. pen. și au dispus condamnarea inculpaților vinovați de săvârșirea acestei fapte.²

2. Reglementări legale incidente.

Potrivit art. 82 alin. (2) din O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice³, autovehiculele, tractoarele agricole sau forestiere și remorcile înmatriculate în alte state pot trece frontiera de stat și pot circula pe drumurile publice din România dacă îndeplinesc condițiile tehnice prevăzute de Convenția asupra circulației rutiere încheiată la Viena la 08 noiembrie 1968 și ratificată prin Decretul nr. 318/1980⁴, dar numai pe perioada cât sunt asigurate pentru cazurile de răspundere civilă, ca urmare a prejudiciilor produse prin accidente de circulație.

Din cele de mai sus, rezultă că două sunt condițiile impuse de Convenția privind circulația rutieră:

- a) îndeplinirea condițiilor tehnice
- b) existența unei asigurări de răspundere civilă.

Potrivit art. 35 lit. a) din Convenția sus-menționată îndeplinirea condițiilor tehnice se dovedește prin existența unui certificat de înmatriculare valabil. Certificatul de înmatriculare trebuie să respecte condițiile minimale impuse de Directiva 1999/37/CE a Consiliului European din 29.04.1999 privind documentele de înmatriculare pentru vehicule.⁵

Înmatricularea autovehiculelor potrivit normelor europene amintite impune și înscrierea în Registrul național al vehiculelor înmatriculate, operațiune care implică:

- a) verificarea dreptului de proprietate
- b) verificarea inspecției tehnice periodice, cu excepția autovehiculelor noi
- c) asigurarea obligatorie de răspundere civilă.

Potrivit art. 6 pct. 16¹ din O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice, atestarea înmatriculării se face prin certificatul de înmatriculare și numerele de înmatriculare atribuite de autoritățile competente.

Art. 48 alin. (2) din Legea nr. 136/1996 privind asigurările și reasigurările în România⁶ prevede că persoanele care intră pe teritoriul României cu autovehicule înmatriculate în afara teritoriului României se consideră asigurate în una dintre următoarele situații:

- a) dacă numărul de înmatriculare atestă asigurarea potrivit legii statului în care este înmatriculat autovehiculul sau acordurilor internaționale de asigurare valabile în România
- b) dacă posedă documente internaționale de asigurare valabile în România.

Potrivit relațiilor furnizate de Inspectoratul General al Poliției Române, Direcția Rutieră⁷, în unele state europene, cum este cazul Germaniei, autovehiculele purtătoare de

² C. Ap. București, S. I pen., dec. pen. nr. 435/20.03.2015 (nepublicată); Jud. Alexandria, S. pen. nr. 38/25.02.2015, def. prin neapelare (nepublicată).

³ Republicată în Monitorul oficial al României, partea I, nr. 670 din 03 august 2006.

⁴ Publicată în Monitorul oficial al României, partea I, nr. 86 din 20 octombrie 1980.

⁵ Publicată în Jurnalul oficial al Comunităților Europene nr. 138 din 01 iunie 1999.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 303 din 30 decembrie 1995

⁷ Nota privind autovehiculele înmatriculate în alte state, nr. 598 664 din 21.09.2015.

plăcuțe de înmatriculare de garaj sau pe termen scurt nu sunt înscrise în Registrul național al vehiculelor înmatriculate din țara de origine iar din documentele prezentate la control nu rezultă în totalitate exigențele Directivei nr. 1999/37/CE a Consiliului European din 29.04.1999 privind documentele de înmatriculare pentru vehicule și creează obstacole în procesul de identificare a autovehiculului și a deținătorului său.

3. Având în vedere că, potrivit art. 64 alin. (1) din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările, încălcarea de către persoanele fizice sau juridice a obligației de asigurare prevăzută de art. 48 și 56 constituie contravenție, se pune, în mod justificat, întrebarea când sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii prevăzute de art. 334 alin. (4) teza a II-a: conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul înmatriculat în alt stat, care nu are drept de circulație în România.

Principiul legalității incriminării consacrat de art. 7 par. 1 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale impune ca legea să definească în mod clar infracțiunile, asigurând astfel respectarea principiului previzibilității.

Semnificația noțiunii de previzibilitate depinde în mare măsură de conținutul textului și de domeniul pe care îl acoperă.⁸

În cazul prevederilor art. 334 alin. (4) teza a II-a este necesară o interpretare a textului pentru a descifra voința legiuitorului exprimată în norma sus-menționată, iar operațiunea de interpretare trebuie efectuată la modul la care textul să producă un efect și nu la modul la care nu ar produce niciunul.⁹

În opinia noastră, ori de câte ori un autovehicul este înmatriculat pe termen scurt în alt stat (*short time registration plates, exports plates*) fără a fi înregistrate în Registrul național de înmatriculări sunt întrunite condițiile de aplicare a art. 334 alin. (4) teza a II-a C. pen.

Soluțiile contradictorii ale instanțelor au avut în vedere faptul că nu s-a făcut distincția dintre înmatriculările pe termen scurt și cele înscrise în Registrul național de înmatriculări și, de asemenea, că lipsa unei asigurări valabile de răspundere civilă constituie contravenție.

În aceste condiții credem că este justificată o sesizare a Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru a unifica jurisprudența, precizând în ce condiții este aplicabil textul art. 334 alin. (4) teza a II-a C. pen.

II. Limitele comisiei rogatorii

În principiu pot face obiectul comisiei rogatorii toate actele procedurale cu excepția audierii suspectului sau inculpatului. În favoarea tezei neaudierii suspectului sau inculpatului operează două argumente:

a) audierea suspectului sau inculpatului este un act procedural cu caracter probatoriu care nu poate face obiectul comisiei rogatorii sau delegării deoarece acesta constituie și un mijloc de exercitare a funcției procesuale de apărare.¹⁰

b) textul art. 200 alin. (1) C. pr. pen. care reglementează comisia rogatorie face referire la „*ascultarea martorului, efectuarea cercetării la fața locului, procedarea la ridicarea de obiecte sau efectuarea oricărui act procedural*”, dar nu la audierea suspectului sau inculpatului, chiar dacă enumerarea este enunțiativă și nu limitativă. Apreciem că declarația

⁸ Dragotoni, *Militaru-Pidhorni c. României*, M. Of., partea I, nr. 420 din 23 iunie 2010.

⁹ Pastor L., *Interpretarea legii penale*, Revista de drept penal, nr. 2/1994, p. 20.

¹⁰ Theodoru Gr., *Tratat de drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 418. În același sens Neagu I., *Tratat de procedură penală*, Ed. Pro, București, 1997, p. 308; Neagu I., Damaschin M., *Tratat de procedură penală, partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 580.

suspectului sau inculpatului, fiind esențială în cauză, ar fi trebuit enunțată dacă legiuitorul ar fi considerat posibilă efectuarea acesteia în cadrul unei comisii rogatorii interne.

Doctrina mai nouă subliniază că efectuarea unui act procedural sau procedeu probatoriu prin Comisie rogatorie a fost reglementată ca o excepție în cadrul procesului penal, întrucât în efectuarea activității solicitate organul judiciar nu dispune decât de informațiile comunicate de către organul judiciar care a dispus comisia rogatorie, dosarul cauzei rămânând la aceasta din urmă, ceea ce poate afecta principiul aflării adevărului.

Totodată, audierea de către instanța de judecată a unei persoane prin comisie rogatorie constituie o limitare a principiului nemijlocirii.¹¹

În ceea ce privește inculpatul arestat preventiv sau deținut, cu privire la care legea prevede în mod expres obligația instanței rogată de a asigura asistență juridică obligatorie, în lipta avocatului ales, s-a dedus că audierea inculpatului arestat preventiv sau deținut în fața instanței care efectuează comisia rogatorie nu este obligatorie¹², de unde înțelegem că aceste dispoziții nu au în vedere audierea inculpatului, ci reprezentarea sa la actele efectuate: percheziții, ridicări de obiecte etc.

În cadrul comisiei rogatorii internaționale art. 174 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală enumeră audierea inculpatului între actele care pot fi solicitate în cadrul unei comisii rogatorii internaționale¹³.

Aceasta întrucât unele state europene admit audierea suspectului sau inculpatului în cadrul comisiei rogatorii internaționale.¹⁴

Spre exemplu, art. 90 din noul Cod de instrucție penală francez rezervă judecătorului care soluționează cauza sarcina de a-l interoga pe inculpat și nu permite să fie delegați pentru majoritatea celorlalte acte decât magistrați.

Totuși, în țările în care se poate soluționa audierea inculpatului prin comisia rogatorie, magistratul delegat face doar prima audiere, sau mai exact audierea inculpatului, la prima sa apariție în fața organelor judiciare.¹⁵

Comisiile sunt executate, în principiu, conform dreptului statului solicitat (art. 51 lit. b sau Convenția Schengen) dar Convenția Uniunii Europene din 2000 a modificat acest principiu dispunând ca acestea să fie executate cu respectarea formalităților și procedurilor expres indicate de statul solicitant, dacă acestea nu aduce atingere principiului respectării drepturilor și libertăților fundamentale din statul solicitat.¹⁶

III. În practică, s-a pus în discuție problema de drept creată prin preluarea de către parchetul ierarhic superior a unei cauze penale în temeiul art. 325 C. pr. pen., determinată de complexitatea acesteia, iar ulterior fără a se efectua acte de urmărire penală, și, evident, fără a se da vreo soluție, se restituie cauza parchetului la care fusese înregistrată inițial.

Un atare procedeu încalcă regulile deontologice și, poate, mai mult de atât.

Cu toate acestea trebuie precizat că, în condițiile art. 325 C. pr. pen. nu se mai cere procurorului ierarhic superior să justifice măsura preluării, așa cum cerea vechea legislație procesual penală, în considerarea ponderii și maturității sale profesionale, dar și a

¹¹ Udroui M. și colab. *Codul de procedură penală, comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, 2015, p. 582.

¹² *Idem*.

¹³ Republicată în Monitorul oficial al României, partea I, nr. 377 din 31 mai 2015.

¹⁴ Stefani G., Levasseur G., Boulloc B., *Procedure penale*, Dalloz, Paris, 2006, p. 697.

¹⁵ Conform art. 114 C. pr. pen. francez. A se vedea Merle R., Vitu A., *Traté de droit criminel, procédure pénale*, Editions Cujas, Paris, 2001, p. 521.

¹⁶ David E., *Elements de droit pénal international et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 415.

principiului controlului ierarhic care permite procurorului să preia o cauză ori de câte ori consideră necesar pentru o mai bună administrare a urmăririi penale.

În acest caz, dacă după efectuarea unor acte de urmărire penală, mai numeroase sau mai puțin numeroase, procurorul ierarhic superior ajunge la concluzia că este util să se restituie cauza procurorului inițial sesizat sau să fie trecută unui alt procuror, competent din punct de vedere material, credem că nu există niciun impediment. În orice caz legea tace și dacă tace nici noi nu trebuie să facem distincție.

Legea procesual penală a lăsat deplină libertate de apreciere procurorului, a manifestat încredere în procuror. Nu cred că trebuie să afectăm libertatea de decizie a procurorului prin considerente care nu se bazează pe un suport legal. Respectul față de instituția procurorului ne obligă la un astfel de raționament. Dacă legiuitorul ar fi dorit o astfel de soluție, ar fi precizat: „În caz de preluare a unei cauze de către procurorul ierarhic superior, competența rămâne dobândită acestuia”, sau ar fi folosit o formulă similară. Legiuitorul a evitat soluțiile care pot duce la blocaje.

Preluarea unei cauze de către procurorul ierarhic superior este o excepție de la regulile de competență materială și teritorială.

Pentru a restrânge astfel de situații prin O.U.G. nr. 60/2009 au fost introduse în cuprinsul art. 209 C. pr. pen. anterior alineatele 4¹ și 4² prin care erau prevăzute doar patru situații în care procurorii din cadrul parchetelor ierarhic superioare puteau să preia cauze de competență parchetelor ierarhic inferioare.

Aceste texte au fost declarate neconstituționale pentru că posibilitatea procurorului de a prelua cauze de competență parchetelor ierarhic inferioare răspunde necesității funcționării eficiente a activităților de urmărire penală și dă expresie controlului ierarhic prevăzut de art. 132 alin. (1) din Constituția României.

Curtea a reținut că principiul subordonării ierarhice a unității de acțiune a membrilor Ministerului Public conferă specificul acestei categorii de magistrați, semnifică legătura care există între procurorii care compun Ministerul Public. Așa fiind reglementarea unor situații care limitează dreptul de a prelua cauze de competență parchetelor ierarhic inferioare este neconstituțională.¹⁷ Aceste dispoziții ale Curții Constituționale au fost avute în vedere în noua legislație procesual penală și trebuie avute în vedere și la interpretarea dreptului procurorului ierarhic superior de a prelua cauze și de a le restitui parchetelor competente.

Dar, în situația în care procurorul preia o cauză, o lasă în nelucrare o perioadă și o restituie după o vreme parchetului inițial sesizat nu este problemă de drept, ci un motiv de sesizare a Inspecției Judiciare.

¹⁷ Curtea Constituțională, Decizia nr. 1058 din 14 noiembrie 2007, publicată în Monitorul oficial nr. 810 din 28.11.2007

ASPECTE DISCUTABILE ȘI CONTROVERSATE PE MARGINEA PREVEDERILOR ACTUALE ALE CODULUI PENAL

Ion IFRIM*

Abstract:

The author analyzes some texts of the penal code in force, showing both positive aspects (such as waiving the purpose of criminal law, systematic application of criminal law in advance of the section on the application of criminal law in space and controversies current law (principle of legality of criminal offenses and penalty, definition of the offense, the offense committed by omission etc.) wish that these reflections to be useful to the legislature.

Keywords: Criminal Code, positive aspects, controversies, new criminal disposition

Rezumat:

Autorul analizează unele texte ale codului penal în vigoare, relevând atât aspectele pozitive (cum ar fi: renunțarea la scopul legii penale, sistematizarea aplicării legii penale în timp înaintea secțiunii referitoare la aplicarea legii penale în spațiu), cât și controversele legislației actuale (principiul legalității incriminării și a pedepsei, definiția infracțiunii, infracțiunea comisivă prin omisiune etc.) în dorința ca aceste reflecții să fie folositoare legiuitorului.

Cuvinte-cheie: Codul penal în vigoare, aspecte pozitive, controverse, dispoziții noi

1. Comunicarea de față își propune să menționeze cele mai importante discuții și controverse pe marginea prevederilor actuale ale Codului penal¹ (*partea generală*), din doctrina penală română, subliniind sugestiile care se desprind din aceste comentarii pentru legiuitor.

2. Mai întâi, observăm în mod just că legiuitorul Codului penal în vigoare nu a mai prevăzut *scopul legii penale*, în conținutul căruia erau enumerate valorile sociale fundamentale (cum sunt: statul, persoana, proprietatea celelalte fiind amintite într-o formulă generală „și întreaga ordine de drept”) a căror ocrotire constituia o preocupare de bază a legii penale².

Din acesată perspectivă (după părerea autorului George Antoniu³ în această materie), legiuitorul a procedat în mod corect că nu a mai prevăzut scopului legii penale printre dispozițiile legii penale, deoarece textul avea numai un *caracter exemplificativ*, fără o aplicare concretă în viața juridică.

Pe drept cuvânt, arată profesorul George Antoniu că înlăturarea scopului legii din codul penal, *nu înseamnă o negare* a acestor valori, fiindcă legiuitorul nu poate pași la formularea

* Cercetător științific gr. III la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; email: ionut_ifrim24@yahoo.com

¹ După cum se știe, Codul penal în vigoare a fost adoptat prin asumarea răspunderii de către Guvern, prin Legea nr. 286 din 2009, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.510 din 24 iulie 2009

² George Antoniu, *Un pas pe calea reformei penale*, Revista de Drept Penal nr. 3/2002, p. 10.

³ George Antoniu, *Tratat de drept penal*, vol. I, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 65.

unei legi penale fără a ține seama de valorile de mai sus, chiar dacă *nu există un text explicit* care să-l oblige la aceasta. Prin urmare, prezența acestor valori sociale este de la sine înțeleasă și nu se mai impune o reglementare explicită în această privință.

După părerea noastră, scopul legii penale se poate reconstitui atât din prevederile părții speciale a Codului penal, cât și din legi speciale cu dispoziții penale. Totodată, trebuie să admitem că este posibil să apară și alte valori sociale ca scop al ocrotirii legii penale, chiar dacă nu s-au aflat în enumerarea inițială, cum ar fi: infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, infracțiuni informatice etc.

În același timp, remarcăm că un text similar nu a existat în legislațiile penale române anterioare, de pildă, C. pen. 1865, C. pen. 1936 și nici nu există în legislațiile moderne luate ca termen de referință, spre exemplu: C. pen. francez, italian, german, spaniol⁴. Se știe că, în prezent, Codul penal al Federației Ruse din 1996, prevede în art. 2 scopul legii penale.

În acest context, nu întrevădem o asemenea reglementare în codul penal.

3. Este discutabilă reglementarea *principiului legalității incriminării și pedepsei* în texte diferite, după cum se referă la faptele incriminate (*legalitatea incriminării*, art. 1 C. pen.) sau la sancțiunile de drept penal, adică pedepse, măsuri de siguranță sau măsuri educative (*legalitatea pedepsei*, art. 2 C. pen.) din Capitolul I intitulat „*Principii generale*”.

La început, ne întrebăm dacă legiuitorul a înțeles să facă o confuziune între *legalitatea incriminării și legalitatea pedepsei* sau dacă din contră acestea sunt două noțiuni diferite?

Să vedem în rândurile care urmează ce se înțelege prin *legalitatea incriminării și prin legalitatea pedepsei*.

Prin *legalitatea incriminării* înțelegem ideea după care legea penală trebuie să prevadă faptele care constituie infracțiuni (art. 1 alin. 1⁵), iar alineatul 2⁶ al art. 1 arată necesitatea ca prevederea în legea penală a faptei care constituie infracțiune să fie anterioară momentului comiterii faptei. Ambele idei formează substanța principiului general al legalității incriminării, principiu înscris și ca denumire marginală a acestui articol.

Legalitatea sancțiunilor de drept penal (art. 2⁷ alin. 1 C. pen.) subliniază ideea după care legea penală trebuie să prevadă și pedepsele, precum și măsurile educative care se pot lua față de persoanele care au săvârșit infracțiuni, precum și măsurile de siguranță ce se pot lua față de persoanele care au comis fapte prevăzute de legea penală. Alineatul (2) din art. 2 C. pen. prevede necesitatea că pedeapsa care se poate aplica, sau măsura educativă ori de siguranță care se poate lua împotriva unei persoane care a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală trebuie să fi fost prevăzută de legea penală înainte de data când fapta a fost săvârșită. Alineatul 3 din art. 2 C. pen. reglementează interdicția ca o pedeapsă să fie stabilită și aplicată în afara limitelor generale ale acesteia.

⁴ George Antoniu, *Un pas pe calea reformei penale*, în RDP, nr. 3/2002, Ed. RA „Monitorul Oficial”, București, p. 11.

⁵ Legea penală prevede faptele care constituie infracțiuni

⁶ Nicio persoană nu poate fi sancționată penal pentru o faptă care nu era prevăzută de legea penală la data când a fost săvârșită.

⁷ Art. 2 (1) Legea penală prevede pedepsele aplicabile și măsurile educative ce se pot lua față de persoanele care au săvârșit infracțiuni, precum și măsurile de siguranță ce se pot lua față de persoanele care au comis fapte prevăzute de legea penală.

(2) Nu se poate aplica o pedeapsă ori nu se poate lua o măsură educativă sau o măsură de siguranță dacă aceasta nu era prevăzută de legea penală la data când fapta a fost săvârșită.

(3) Nicio pedeapsă nu poate fi stabilită și aplicată în afara limitelor generale ale acesteia.

O asemenea reglementare a fost socotită discutabilă în doctrina penală⁸, deoarece în ansamblul său autonomizează principiul legalității incriminării, separând acest principiu printr-un text distinct de principiul legalității pedepsei, ca și când cele două principii ar putea avea, sub aspectul legalității, tratamente diferite.

Sub acest aspect, profesorul George Antoniu⁹, arată că *sanctiunea penală* n-ar putea fi desprinsă de descrierea faptei incriminate (decât, eventual, din motive didactice), deoarece în norma penală sunt cuprinse într-o unitate deplină atât descrierea faptelor pe care legea penală le interzice, cât și sancțiunea.

În viziunea profesorului a fost aceea că numai prin lege se pot prevedea infracțiuni. Textul exprimă ideea după care numai prin lege o faptă poate să dobândească atributul de infracțiune, teză care se opune concepției după care s-ar putea constitui infracțiuni și prin acte normative inferioare legii (ordonanțe sau hotărâri ale Guvernului, decrete etc.).

În chipul acesta, arată autorul, că incriminarea unor fapte presupunând o analiză temeinică a situațiilor concrete susceptibile de a constitui infracțiuni, este necesar ca adoptarea lor să fie de competența unor organe cu maximă pregătire profesională și experiență legislativă. Prin urmare, este exclusă [în afara unor situații extraordinare, cum se exprimă art. 115 alin. (4) din Constituție] incriminarea unor fapte prin ordonanțe de urgență ale Guvernului și cu atât mai mult este respinsă practica folosirii frecvente a ordonanțelor de urgență fără să se verifice existența acelor situații extraordinare la care se referă textul constituțional.

De aceeași părere este și profesorul Vintilă Dongoroz¹⁰ (coordonatorul colectivului sub care a fost elaborat codul penal anterior, 1969) care arată, că o atare soluție separă nejustificat elementele structurii normei penale care este compusă din precept și sancțiune, ceea ce ar implica o formulare unitară în cadrul principiului legalității, a preceptului (descrierea faptei incriminate) și a sancțiunii „Legalul și ilegalul în dreptul penal trebuie să fie privite sub îndoit aspect: al infracțiunii și al pedepsei. Împreună aceste două aspecte constituie ceea ce se numește legalitatea incriminării.”

Această soluție n-ar fi greu de acceptat, (unificarea celor două texte într-unul singur cu denumirea marginală *legalitatea incriminării și a sancțiunilor de drept penal*), deoarece, cele mai multe norme penale sunt norme penale unitare, perfecte sau proprii (care conțin un precept și o sancțiune), *regula*.

Pentru aceste considerente, în acord cu autorii citați, propunem unificarea celor două texte într-unul singur cu denumirea marginală *legalitatea incriminării și a sancțiunilor de drept penal*.

O asemenea teză se situează în contradicție cu o altă teză a autoarei Maria Zolyneak de la Universitatea din Iași¹¹ în sensul că se poate vorbi de o legalitate a incriminării, o legalitate a pedepselor și o legalitate a măsurilor (de siguranță sau educative), principiul legalității penale înfățișându-se sub toate aceste aspecte.

Aceeași poziție o adoptă și profesorul Ilie Pascu¹², (coordonatorul volumului *Noul Cod penal comentat. Partea Generală*) care consideră că reglementarea în texte diferite a

⁸ George Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Codpenal* (I), RDP nr.4/2007, p. 10

⁹ George Antoniu, *Tratat*, 2015, Ed. Universul Juridic, București, p. 420.

¹⁰ Vintilă Dongoroz și colab., *Explicații teoretice*, vol. I, Ed. Academiei Române, București, 1970, p. 36.

¹¹ Maria Zolyneak, *Drept penal, partea generală*, vol. I, Ed. Chemarea, Iași, 1993, p. 27-29.

¹² Ilie Pascu, coord. *Noul Cod penal comentat Partea generală*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 16.

principiului legalității incriminării și a principiului legalității sancțiunilor de drept penal *nu duc la separarea* elementelor de structură ale normei de incriminare a faptei și, totodată, este în concordanță arată profesorul citat, cu prevederile art. 73 lit h din Constituția României revizuită, potrivit căreia „prin lege organică se reglementează infracțiunile, pedepsele și regimul executării pedepsei”.

Este greu de acceptat viziunea autorilor, deoarece așa cum am arătat, de regulă, normele sunt unitare, perfecte, spre deosebire de *normele divizate necomplete, imperfecte*, (preceptul și sancțiunea să nu facă parte din același text de lege, ci din două texte diferite) constituie *excepția*.

4. Discuții interesante se poartă și asupra *aplicării legii penale*.

Referindu-ne la *aplicarea*¹³ *legii penale în timp și spațiu*, remarcăm, sub *aspect formal*, că spre deosebire de codul penal dongorozian, legiuitorul codului penal în vigoare, la propunerea profesorului George Antoniu¹⁴, a modificat, în mod pozitiv, ordinea reglementării, dând *prioritate* dispozițiilor referitoare la aplicarea legii penale în timp în raport cu cele care reglementează aplicarea legii penale în spațiu.

Pe lângă aceasta, considerăm că legiuitorul a avut în vedere *nu numai* tradiția, (spre exemplu toate codurile penale române din 1865 și 1937 până la cel din 1969 au dat prioritate aplicării legii penale în timp) *nu numai* experiența legilor penale străine cum ar fi codul penal francez, german, italian¹⁵ *dar și un* argument rațional: înainte de a decide asupra aplicării în spațiu legiuitorul trebuie să se pronunțe asupra existenței normei penale, adică voința legiuitorului să capete forma de lege, devenind obligatorie pentru destinatarii legii penale.

În sfârșit, un alt argument asupra resistemizării ar putea fi și principiul *activității* legii penale (art. 3 C. pen.), potrivit căruia legea penală este incidentă (activă) față de infracțiunile săvârșite în timpul cât ea se află în vigoare.

5. În continuare, vom examina texte care, credem, că ridică unele discuții.

Sub acest aspect, remarcăm că s-a impus clarificarea dispozițiilor privind *aplicarea legii penale de dezincriminare*. În acest sens, s-ar putea avea în vedere, noile îndrumări: Decizia nr. 6 din 2015 publicată în M. Of. nr. 257 din 17 aprilie 2015 și Decizia nr. 30 din 2015, publicată pe site-ul www.scj.ro.

În privința *aplicării legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă* s-a impus, de asemenea, operarea unor clarificări. S-au avut în vedere, în acest context, practica judiciară neunitară. În acest sens, sunt prevăzute decizii în codul penal, cum sunt: Decizia nr. 265 din 2014 publicată în M. Of. nr. 372 din 20 mai 2014 prin care Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 5 din Codul penal sunt constituționale în măsura în care nu permit combinarea prevederilor din legi succesive în stabilirea și aplicarea legii penale mai favorabile; Decizia nr. 2 din 2014 publicată în M. Of. nr. 319 din 30 aprilie 2014; Decizia nr. 5 din 2014 publicată în M. Of. nr. 470 din 26 iunie

¹³ Propunem să folosim termenul de „*incidența legii penale*”, sub *aspect substanțial*, iar nu de *aplicarea acestei legi*, pentru a sublinia că legea penală nu poate fi aplicată decât atunci când se constată că este incidentă (*incidența este cauza, aplicarea este efectul*). Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, București, 1939, p. 382.

¹⁴ George Antoniu, *Tratat*, vol. I, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 287.

¹⁵ George Antoniu, *Noul Cod penal. Codul penal anterior – studiu comparativ*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 6.

2014; Decizia nr. 10 din 2014 publicată în M. Of. nr. 502 din 7 iulie 2014; Decizia nr. 21 din 2014 publicată în M. Of. nr. 829 din 13 noiembrie 2014 și Decizia nr. 13 din 2015 publicată în M. Of. nr. 410 din 10 iunie 2015.

6. O altă controversă, care s-a cerut soluționată, a fost stabilirea relației între *principiul autorității de lucru judecat și aplicarea legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive*. În doctrina penală (George Antoniu) s-a subliniat că principiul constituțional (principiului separației puterilor în stat), impune reducerea la minimul necesar a atingerilor aduse autorității de lucru judecat, astfel că o restrângere a acestei autorități se justifică doar în măsura în care ea are la bază tot un principiu de natură constituțională, cum este cazul principiului legalității pedepsei.

De altfel, Codul penal în vigoare nu mai prevede printre dispozițiile sale și *aplicarea facultativă a legii mai favorabile după rămânerea definitivă a hotărârii*, rămânând numai aplicarea obligatorie a legii mai favorabile după rămânerea definitivă a hotărârii.

Referindu-ne la reglementarea aplicării obligatorii a legii penale mai favorabile, constantăm că au fost aduse o serie de clarificări față de reglementarea actuală, menite a înlătura dificultățile de aplicare a textului. Este interesant de văzut: Decizia nr. 1 din 2014 publicată în M. Of. nr. 349 din 13 mai 2014; Decizia nr. 6 din 2014 publicată în M. Of. nr. 471 din 26 iunie 2014; Decizia nr. 7 din 2014 publicată în M. Of. nr. 471 din 26 iunie 2014; Decizia nr. 8 din 2014 publicată în M. Of. nr. 473 din 27 iunie 2014; Decizia nr. 13 din 2014 publicată în M. Of. nr. 505 din 8 iulie 2014; Decizia nr. 14 din 2014 publicată în M. Of. nr. 525 din 15 iulie 2014; Decizia nr. 15 din 2014 publicată în M. Of. nr. 546 din 23 iulie 2014; Decizia nr. 18 din 2014 publicată în M. Of. nr. 775 din 24 octombrie 2014; Decizia nr. 3 din 2015 publicată în Monitorul Of. nr. 380 din 2 iunie 2015 și Decizia nr. 12 din 2015 publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2015;

7. După cum se știe, în prezent, majoritatea codurilor penale străine nu cuprind o definiție legală a infracțiunii, considerându-se că aceasta este o chestiune care aparține domeniului științei penale. Cu toate acestea, constatăm că legiuitorul român prevede în codul penal definiția infracțiunii astfel formulată: *infracțiunea este fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o* (art. 15 alin. 1 C. pen.).

Sub acest aspect, nu este greu de observat că legiuitorul *a renunțat la pericolul social* ca trăsătură generală a infracțiunii, fără legătură cu tradițiile dreptului nostru penal. În felul acesta codul penal în vigoare se deosebește de codul penal anterior care după cum se știe, cuprindea o definiție substanțială (sau semisubstanțială) a infracțiunii.

Așa cum se observă, noua definiție abandonează ideea că infracțiunea este fapta care prezintă pericol social, satisfăcând astfel cerințele doctrinei de a se renunța la pericolul social ca trăsătură esențială a infracțiunii, ceea ce o situează pe pozițiile unei *concepții formale* asupra definiției infracțiunii.

În această nouă viziune, prima trăsătură esențială a infracțiunii este aceea ca *fapta să fie prevăzută de legea penală*, prioritate pe deplin meritată a acestei trăsături esențiale și pe care o găsim și în Codul penal anterior, chiar dacă pe o altă poziție decât cea prioritară.

Se confirmă astfel, ideea exprimată și de profesorul Vintilă Dongoroz¹⁶, după care norma „*crează*” infracțiunea, ea constituie haina juridică a faptei, cadrul legal care atribuie

¹⁶ Vintilă Dongoroz, *Drept penal. (Tratat)*, reeditarea ediției din 1939, Asociația Română de Științe Penale, București, 2000, p. 230.

faptei concrete caracterul de faptă prevăzută de legea penală; în lipsa ei este de la sine înțeles că nu se poate vorbi de infracțiune deoarece nu există incriminare. Totodată, autorul definește infracțiunea ca orice fapt incriminat de lege și sancționat cu pedeapsă (*creatio criminis sub specie juris*) „orice alt adaos scria profesorul la definiția infracțiunii devine inutil.

Noua definiție, a infracțiunii menționează *vinovăția*, socotită ca doua trăsătură esențială a infracțiunii, sistematizată, cum este firesc, după trăsătura privitoare la fapta prevăzută de legea penală;

Pe lângă aceste două trăsături esențiale (cerința ca fapta să fie prevăzută de legea penală și să fie săvârșită cu vinovăție), codul penal în vigoare prevede printre trăsăturile esențiale ale infracțiunii *două noi trăsături* și anume: caracterul „*nejustificat*” al faptei (adică lipsa cauzelor justificative), precum și caracterul *imputabil al faptei*. Alineatul 2 al textului a rămas neschimbat potrivit codului penal în vigoare (infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale).

Caracterul nejustificat al faptei prevăzute de legea penală presupune că aceasta nu este permisă de ordinea juridică, cu alte cuvinte are un caracter ilicit. Astfel, este posibil ca o faptă deși prevăzută de legea penală, să nu fie ilicită, întrucât săvârșirea ei este permisă de o normă legală. Pentru ilustrarea caracterului nejustificat vom da următorul exemplu: uciderea unei persoane în legitimă apărare corespunde întru-totul descrierii realizate de legiuitor în textul care incriminează omorul, dar fapta nu are caracter ilicit pentru că legea autorizează săvârșirea ei în condițiile date. Împrejurările care înlătură caracterul nejustificat al faptei sunt prevăzute sub denumirea de *cauze justificative* într-un capitol distinct (art. 18-22 C. pen.).

Ultima trăsătură generală a infracțiunii este *caracterul imputabil*. Pentru ca o faptă să atragă răspunderea penală, nu este suficient ca ea să corespundă descrierii realizate de legiuitor în norma de incriminare și să fie nejustificată, ci trebuie să poată fi imputată făptuitorului, adică acestuia să îi poată fi reproșată săvârșirea ei. Pentru ca această imputabilitate să poată fi adusă în discuție, sunt necesare anumite premise, și anume: făptuitorul să fi avut reprezentarea acțiunilor sau inacțiunilor sale și să poată fi stăpân pe ele (să nu fi acționat în condițiile iresponsabilității, intoxicației sau minorității); făptuitorul să fi avut posibilitatea să acționeze în conformitate cu cerințele legale (să nu fi fost constrâns la comiterea faptei prevăzute de legea penală); făptuitorul să fi avut reprezentarea caracterului ilicit al faptei (să nu se fi aflat în eroare). Cauzele care înlătură premisele imputabilității sunt reglementate distinct, sub denumirea de *cauze de neimputabilitate* în articolele 23-31 C. pen.

8. Așa cum se observă, Codul penal în vigoare reglementează pentru prima dată în art. 17 soluția *săvârșirii infracțiunii de comisiune prin omisiune*, astfel: „infracțiunea comisivă care presupune producerea unui rezultat se consideră săvârșită și prin omisiune, când: a) există o obligație legală sau contractuală de a acționa; și b) autorul omisiunii, printr-o acțiune sau inacțiune anterioară, a creat pentru valoarea socială protejată o stare de pericol care a înlesnit producerea rezultatului”.

În această privință, *ne întrebăm dacă era oare necesară o asemenea reglementare sau nu?* sau de ce a simțit nevoia legiuitorul să introducă în noul Cod penal o asemenea dispoziție?

La această întrebare, în doctrina penală¹⁷ s-a răspuns, într-o opinie¹⁸, (Ilie Pascu, Petre Buneci), că noua dispoziție ar fi justificată de necesitatea respectării principiului legalității incriminării (art. 1 C. pen. în vigoare) dar și că o atare incriminare există în legea penală a multor state europene.

În literatura de specialitate s-au exprimat unele rezerve asupra necesității introducerii unei asemenea incriminări după modelul unor legislații străine.

Pe drept cuvânt, profesorul George Antoniu¹⁹ remarcă, pe baza studierii unui bogat material de practică judiciară, că, noua reglementare *nu era necesară*, deoarece, instanțele române s-au orientat întotdeauna corect în privința *infracțiunii de comisiune prin omisiune* făcând diferența între comisiune prin acțiune și comisiune prin inacțiune, ipoteze care de altfel s-au ivit foarte rar în practica judiciară.

Aceeași poziție a exprimat-o mai demult și profesorul Vintilă Dongoroz²⁰, care considera că, deși în principiu, infracțiunile comise se săvârșesc prin acțiune, iar cele omise prin inacțiune, există și excepții când infracțiunea comisivă se comite printr-o inacțiune, iar infracțiunea omisivă prin acțiune. Aceasta nu înseamnă că *non facere* s-a transformat în *facere*. Comisiunea prin omisiune este tot o formă de *non facere*, mascată, ascunsă sub aparența unei *facere*²¹.

Privită din această perspectivă, credem că reglementarea nu era necesară deoarece nu ridică nicio problemă existența unei echivalențe între conduita omisivă și cea comisivă ca modalitate de realizare a faptei de acțiune.

9. Din această analiză, pe marginea prevederilor actuale ale Codului penal, rezultă că legea penală pe lângă unele calități incontestabile ridică încă numeroase controverse.

¹⁷ George Antoniu și colaboratorii, *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 169.

¹⁸ Ilie Pascu, Petre Buneci, *Noul Cod penal. Partea generală și Codul penal. Partea generală în vigoare. Prezentare comparativă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 28.

¹⁹ George Antoniu și colaboratorii, *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 169.

²⁰ Vintilă Dongoroz, și colaboratorii, *Explicații teoretice ale codului penal roman*, Ed. Academiei, București, 1969, p. 108.

²¹ Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, 1939, p. 11, p. 218; George Antoniu, *Elementul material din norma de incriminare*, RDP nr. 2/1999, p. 12.

INDIVIDUALIZAREA SANȚIUNILOR DE DREPT PENAL ÎN CAZUL REȚINERII UNOR CIRCUMSTANȚE ATENUANTE. LEGEA PENALĂ MAI FAVORABILĂ. UNELE OPINII CRITICE

Ion RUSU*

Abstract:

In this paper we have briefly examined the institution of individualization of sanctions under the criminal law in the light of retaining and applying the legal and judicial mitigating circumstances.

Given their importance the legal and judicial mitigating circumstances were examined in the light of the evolution of this institution, from the Criminal Code of 1865 and continuing with the following codes in the modern era of Romania, opinions which aim at promoting the progress in the Romanian law.

Considering the direct implications of mitigating circumstances in the process of individualization of sanctions under the criminal law and hence the establishment and application of the more favorable criminal law, we have also conducted a comparative examination of the provisions of the current law, relative to the previous one.

By formulating the critical remarks regarding the legal provisions, we have highlighted some setbacks caused by the changes and additions occurred since the entry into force of the new Criminal Code.

This work continues previous works, among which we mention the master's course, Individualization of sanctions under the criminal law.

The paper can be helpful to academics, practitioners and legislators from the perspective of some subsequent changes and additions to the provisions governing the institution of mitigating circumstances.

The innovations in this area consist of the examination carried out in the light of the evolution over time of the institution, comparative aspects, the implications of this institution in the complex activity of individualization of sanctions under the criminal law, the application of more favorable criminal law and the expressed critical views.

Keywords: offense; sanction; comparative examination

Rezumat:

În cadrul lucrării am procedat la examinarea succintă a instituției individualizării sanțiunilor de drept penal prin prisma reținerii și aplicării unor circumstanțe atenuante legale și judiciare.

Având în vedere importanța acestora, circumstanțelor atenuante legale și judiciare au fost examinate prin prisma evoluției acestei instituții, începând cu Codul penal din 1865 și continuând cu următoarele coduri din epoca modernă a României, cu promovarea unor opinii care vizează progresul înregistrat în legislația română.

Luând în considerare implicațiile directe ale circumstanțelor atenuante în cadrul procesului de individualizare a sanțiunilor de drept penal și implicit de stabilire și aplicare a

* Prof. univ. dr. Universitatea „DANUBIUS” din GALAȚI; avocat, Baroul Vrancea; E-mail: ionrusu_adjud@yahoo.com

legii penale mai favorabile, am procedat și la examinarea comparativă a dispozițiilor cuprinse în legea în vigoare, raportate la legea anterioară.

Prin formularea unor opinii critice în ceea ce privește dispozițiile legale în vigoare, am evidențiat unele regrese provocate de modificările și completările intervenite odată cu intrarea în vigoare a noului Cod penal.

Această lucrare continuă altele de acest gen, printre care amintim cursul universitar master, *Individualizarea sancțiunilor de drept penal*.

Lucrarea poate fi utilă mediului universitar, practicienilor dreptului, precum și legiuitorului din perspectiva unor modificări și completări ulterioare ale dispozițiilor care reglementează instituția circumstanțelor atenuante.

Elementele de noutate în această materie, constau în examinarea realizată prin prisma evoluției instituției în timp, aspectele comparative, implicațiile acestei instituții în activitatea complexă de individualizare a sancțiunilor de drept penal și aplicare a legii penale mai favorabile, precum și în opiniile critice formulate.

Cuvinte-cheie: *Infracțiune, pedepse, examen comparativ*

I. Introducere

Individualizarea sancțiunilor de drept penal, reprezintă în opinia noastră, una dintre cele mai complexe, și în același timp importante instituții ale dreptului penal român și european.

În doctrina română, începând cu perioada interbelică și continuând cu cea din zilele noastre, cu unele excepții¹ a fost examinată numai instituția individualizării pedepsei, fără a fi avute în vedere și individualizarea celorlalte sancțiuni de drept penal prevăzute expres de lege.

În acest context, s-a susținut că „realizarea scopului legii penale, prin aplicarea efectivă a pedepselor, implică realizarea scopului pedepsei, iar realizarea scopului pedepsei presupune, la rândul său, îndeplinirea integrală și cu maximă eficiență a funcțiilor atribuite pedepsei”².

În ceea ce privește formele de individualizare a pedepsei, doctrina majoritară a acceptat existența individualizării pedepsei structurată pe trei componente, respectiv: legală, judiciară și administrativă.

În cadrul prezentului studiu, consecvenți unor opinii exprimate anterior în doctrină, vom proceda la examinarea efectelor circumstanțelor atenuante în cadrul individualizării sancțiunilor de drept penal, în care desigur că includem și individualizarea pedepselor.

Individualizarea legală este realizată de către legiuitor odată cu adoptarea norme juridice prin care este apărută o anumită valoare socială, precum și prin crearea cadrului legal de realizare integrală și concretă a principiului individualizării sancțiunii de drept penal.

Individualizarea judiciară este realizată de fiecare dată de către instanța de judecată, prin stabilirea concretă a sancțiunii de drept penal și implicit aplicarea sau neaplicarea acesteia, în raport cu împrejurările concrete ale comiterii fiecărei fapte în parte.

¹ I. Rusu, *Individualizarea sancțiunilor de drept penal, Curs master*, Ed. Universul Juridic, București, 2011.

² Constantin Bulai, în Vintilă Dongoroz, Iosif Fodor, Siegrified Kahane, Nicoleta Iliescu, Ion Oancea, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roșca, *Explicații preliminare ale Codului penal român, Partea generală, vol. II*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1970, p. 118.

Individualizarea administrativă se realizează în faza executării sancțiunii de drept penal, competența aparținând de fiecare dată organelor administrative de executare a sancțiunilor de drept penal, competență censurată de instanța de judecată competentă.

Fără a proceda la examinarea celor trei forme ale individualizării sancțiunilor de drept penal, precizăm doar că studiul de față are în vedere doar individualizarea judiciară realizată de către instanța de judecată în condițiile existenței și reținerii uneia sau a mai multor circumstanțe atenuante, precum și un examen comparativ care are în vedere dispozițiile legii vechi și implicit identificarea și aplicarea legii penale mai favorabile.

II. Circumstanțele atenuante și efectele acestora. Referințe istorice

Dispoziții referitoare la circumstanțele atenuante și efectele acestora au fost menționate pentru prima dată în legea română din perioada modernă, în Codul penal din 1865³ în Cartea I din Titlul VI cu denumirea marginală „*Despre cauzele care apără de pedeapsă sau micșorează pedeapsa*”.

În cuprinsul acestui titlu, legiuitorul timpului a inclus atât unele cauze care înlătură răspunderea penală, cum sunt: iresponsabilitate (art. (57), legitima apărare (art. 58) și minoritatea (art. 61), cât și circumstanțele atenuante (art. 60).

Astfel, în cadrul alin. (1) al art. 60 se prevede că *afară de cauzele de scuze anume prevăzute de lege, mai sunt și alte cauze de micșorarea pedepsei, lăsate cu totul la aprecierea juriului sau a judecătorului corecțional, care se numește circumstanțe atenuante*.

În alin. (2) al aceluiași articol se prevede că, atunci când juriul va declară că există în favoarea acuzatului recunoscut culpabil circumstanțe atenuante, *pedepsele ce pronunță legea în contra unor asemenea acuzați se vor modifica după cum urmează:*

- *dacă pedeapsa ce pronunță legea este munca silnică pe viață, curtea va aplică pedeapsa muncii silnice pe timp mărginit sau reclusiunea;*

- *dacă pedeapsa este aceea a muncii silnice pe timp mărginit, curtea va aplică pedeapsa reclusiunii sau maximum închisorii;*

- *dacă pedeapsa va fi aceea a reclusiunii, detențiunii, degradațiunii civice sau maximum închisorii corecționale, curtea sau tribunalul va aplică închisoarea corecțională, fără a o putea reduce la mai puțin de 1 an;*

- *curtea va putea aplică și o amendă de la 250 la 750 lei;*

- *în caz când legea pronunță maximum unei pedepse criminale, curtea va aplică minimum aceleiași pedepse, sau chiar pedeapsa ce vine cu un grad mai jos;*

- *dacă legea pronunță pedeapsa închisorii sau aceea a amendei, și dacă tribunalele corecționale vor constată circumstanțe atenuante, ele sunt autorizate, chiar în caz de recidivă, a reduce pedeapsa închisorii până la minimum de 15 zile, și chiar mai jos; precum asemenea și pedeapsa amendei până la minimum de lei 26, și chiar mai jos. Tribunalele pot să substituie, în*

³ George Șt. Bădulescu și George T. Ionescu, cu o prefață de domnul I. Tanoviceanu, *Codul penal, adnotat, cu jurisprudența română și franceză*, Ed. Tip ziarului CURIERUL JUDICIAR 5, Rahovei, 5, 1911, p. 1. Codul penal din 1965 a fost promulgat și publicat în Monitorul Oficial No. 242 la 30 octombrie 1864 și a intrat în vigoare la 1 mai 1865. Ulterior au fost operate o serie de modificări și completări, după cum urmează: Legea din 20 februarie 1874, prin care s-au modificat și completat 109 articole, publicată în Monitorul Oficial No. 38 din 17 februarie 1874 și 41 din 20 februarie 1874; Legea din 21 februarie 1882, publicată în Monitorul Oficial No. 20/1882; Legea din 28 mai 1893, publicată în Monitorul Oficial No. 44/1893; Legea din 15 februarie 1894, publicată în Monitorul Oficial No. 256/1894; Legea din 28 mai 1893, publicată în Monitorul Oficial No. 44/1893 și Legea din 4 mai 1895, publicată în Monitorul Oficial No. 26/1895.

asemenea caz, închisorii amenda, fără însă să se poată coborî, în niciun caz, mai jos de simplă poliție⁴.

După cum constatăm, legiuitorul Codului penal din 1865 nu a prevăzut expres circumstanțele atenuante (circumstanțe ușurătoare așa cum sunt definite de jurisprudența și doctrina timpului), lăsând această competență la latitudinea juriului sau a judecătorului corecțional.

De altfel, jurisprudența promovată în perioada respectivă, evidențiază în cele mai multe cazuri atât obligația, cât și necesitatea identificării și reținerii circumstanțelor atenuante, fie de către jurați, fie de către judecătorii corecționali, în raport de competențele stabilite prin lege.

Precizăm că în Partea specială a Codului penal din 1865, în cazul unor infracțiuni sunt prevăzute unele circumstanțe atenuante legale.

În doctrina timpului, în legătură cu nominalizarea concretă a împrejurărilor care constituie circumstanțe atenuante s-a evidențiat că *„enumerarea circumstanțelor atenuante este greu să o facem, fiindcă ele sunt foarte numeroase și felurite. Cu drept cuvânt ilustrul Carpzov spune acest lucru, după ce înșiră foarte multe circumstanțe atenuante.*

În general, putem zice că orice cauză favorabilă, care se poate invoca, în favoarea vinovatului și care nu poate constitui o apărare de pedeapsă, ori cel puțin o scuză atenuantă, este o circumstanță atenuantă. Astfel, foamea și frica, chiar dacă nu s-ar admite părerea celor care susțin că ar fi cauze de nepedepsire (constrângere), sunt totuși incontestabil circumstanțe atenuante. Provocarea prin loviri ușoare ori injurii, atunci când nu constituie scuza din art. 250 C. p., este desigur o circumstanță atenuantă.

Ignoranța, supărările vieții, relele și numeroasele exemple sociale, pot fi de asemenea circumstanțe atenuante.

Autorii vechi admit și alte cauze de scăderea pedepsei cum ar fi mărturisirea spontanee, ori mărturisirea prin făgăduirea mincinoasă a impunității, lungimea închisorii preventive, starea sănătății, poziția socială, abilitatea în meșteșug și alte multe cauze, din care unele pot fi primite și astăzi”⁵.

Codul penal Carol al II-lea aduce o serie de îmbunătățiri acestei instituții, aceasta fiind menționată expres în dispozițiile art. 157.

Precizăm însă că într-o modalitate asemănătoare Codului penal din 1865, în Titlul VII cu denumirea *Cauzele care apără de răspunderea penală sau o micșorează*, sunt menționate mai multe asemenea cauze, respectiv: *alienația mintală și alte cauze de inconștiență (art. 128), beția (art. 129), constrângerea morală (art. 130), starea de necesitate (art. 131), legitima apărare (art. 132), constrângerea fizică (art. 133), cazul fortuit (art. 134), eroarea de drept și de fapt (art. 135), ordinul legii și comanda autorității legitime (art. 137), minoritatea (art. 138-145), surdo-mutismul (art. 154) provocarea (art. 155) și circumstanțele atenuante (art. 157-159).*

Cu privire la denumire și modalitatea de structurare a acestor cauze, observăm că majoritatea acestora sunt prevăzute și în actualul Cod penal, sub denumirea de cauze justificative și cauze de neimputabilitate.

⁴ *Ibidem*, art. 60 alin. (3)-(8) din Codul penal din 1865.

⁵ Ioan I. Tanoviceanu, *Tratat de Drept și Procedură penală, Edițiunea a doua a cursului de drept și procedură penală, revăzut și completat, vol. II*, doctrina de Vintilă Dongoroz, referințe la legislațiunile din Bucovina și Ardeal dr. Corneliu Chiseliță și dr. Ștefan Laday, jurisprudența, Eugen C. Decuseară, cu o prefață de N.C. Schina, TIP „CURIERUL JUDICIAR”, București, str. Artei 5, p. 270-271.

În același timp, constatăm că circumstanțele atenuante nu sunt definite (nominalizate) expres de legiuitor, identificarea și reținerea acestora fiind de această dată numai de competența instanței de judecată.

Denumite de doctrina timpului *scuze legale atenuante*, circumstanțele atenuante „micșorează gravitatea infracțiunii și arată o perversitate și pericolozitate mai mică a infractorului, atrăgând micșorarea, atenuarea pedepsei.

În sistemul pedepselor relativ determinate, adică între un minim și un maxim (cum este și în codul nostru), circumstanțele agravante și atenuante judiciare servesc la proporționalizarea pedepsei cu gravitatea materială a faptei și cu gradul de responsabilitate a agentului, ba chiar servesc, de sigur nu în sensul cel mai radical al pozitivistilor, la individualizarea pedepsei, adică la adaptarea acesteia la natura infractorului”⁶.

Referindu-se la circumstanțele atenuante, profesorul Vintilă Dongoroz aprecia că acestea „sunt lăsate, pe deplin, la aprecierea judecătorilor. Codul penal Carol II, în redacțiunea inițială, nu cerea ca aplicarea circumstanțelor atenuante să fie motivată; prin modificarea din Septembrie 1938, s-a impus însă obligațiunea de motivare în materie de crime și delict. Această inovație nu este prea fericită, fiindcă va conduce sau la o pierdere inutilă de timp și la întârzierea redactării hotărârilor sau la adoptarea unor formule stereotipice care să satisfacă aparent obligațiunea de a motiva acordarea circumstanțelor.

Motivarea nu poate fi utilă decât în cazurile în care circumstanțele ușurătoare ar concura cu anumite agravante legale (cumul, recidivă, participație cu minori etc.)”⁷.

În ceea ce privește efectele circumstanțelor atenuante, acestea se regăsesc după cum urmează:

- în materie de crime, caz în care, atrage, „în mod obligator, reducerea pedepsei cu un grad și în mod facultativ cu două grade”⁸;

- în materie corecțională, caz în care atrage, „scoborârea pedepsei, în mod obligatoriu, sub minimul ei special; această scoborâre poate merge până la minimul general (adică o lună închisoare sau 2000 lei amendă) și chiar mai jos (deci, poate trece la pedepse polițienești), nu însă mai jos de 50 de lei”⁹;

- în materie de „contravențiuni este de a atrage înlocuirea închisorii polițienești cu amenda până la 2000 lei, iar când pedeapsa este amenda, scoborârea ei până la 50 de lei. La contravenții, acordarea de circumstanțe atenuante nu se motivează”¹⁰;

- în caz de recidivă, „în materie criminală, pedeapsa se reduce numai cu un grad, iar dacă pedeapsa este pe viață, reducerea nu va putea scobori sub 15 ani”¹¹.

Într-o concluzie generală se poate aprecia că până la mijlocul secolului trecut, legiuitorul român a acordat o atenție deosebită circumstanțelor atenuante, acestea având o influență determinantă în cadrul procesului complex de individualizare a sancțiunilor de drept penal, în sensul că de fiecare dată conduceau la reducerea limitelor acestor sancțiuni.

Potrivit doctrinei de la sfârșitul secolului trecut, „termenul de circumstanțe este folosit în dreptul penal pentru a determina împrejurări, calități, stări sau situații care însoțesc fapta, contribuind la determinarea gradului de pericol social, la gravitatea și calificarea acesteia sau

⁶ Traian Pop în, Const. G. Rătescu, H. Asnavorian, I. Ionescu-Dolj, Traian Pop, I. Gr. Periețeanu, Mihail I. Papadopolu, Vintilă Dongoroz, N. Pavelescu, *Codul penal Carol al II-lea, adnotat, vol. I, Partea generală, art. 1-183*, Ed. Librăriei SOCEC & Co., SA, București, 1937, p. 385.

⁷ Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, București, 1939, p. 690.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, p. 690-691.

¹⁰ *Ibidem*, p. 691.

¹¹ *Idem*.

care privesc situația personală a infractorului, determinând pericolozitatea socială a acestuia, felul vinovăției sale și incidența răspunderii penale. Aceste circumstanțe se regăsesc situate în afara conținutului esențial al infracțiunii, ele alcătuind așa-zisul conținut circumstanțial al acesteia”¹².

Definirea termenului de circumstanțe realizată de autorul citat, are în vedere o categorie complexă, care privește: *circumstanțe reale și personale, atenuante și agravante, anterioare, concomitente sau subsecvente precum și cele cunoscute sau necunoscute infractorului.*

Codul penal din 1969¹³, intervine cu o nouă viziune asupra circumstanțelor atenuante, în sensul că pe lângă efectele acestora care devin incidente în cazul individualizării sancțiunii de drept penal, sunt nominalizare, definite concret; pe de altă parte, având în vedere complexitatea acestora, legiuitorul a lăsat la aprecierea instanței și posibilitatea reținerii unor alte împrejurări care pot constitui circumstanțe atenuante, împrejurări nominalizate în textul legii.

Având în vedere modul în care legiuitorul a înțeles să menționeze circumstanțele atenuante, în art. 73 și 74 din Codul penal din 1969, în doctrină, acestea au fost împărțite în *circumstanțe atenuante legale și circumstanțe atenuante judiciare sau judecătorești.*

Clasificarea menționată rezultă implicit din modul distinct în care acestea sunt prevăzute în dispozițiile art. 73 și 74 C. pen., respectiv *împrejurări care constituie circumstanțe atenuante* (art. 73 C. pen) și *împrejurări care pot constitui circumstanțe atenuante în condițiile în care instanța de judecată le caracterizează în acest mod* (art. 74 C. pen.).

Deoarece efectele pe care le produc sunt identice, deosebirea dintre cele două categorii de circumstanțe atenuante constă în faptul că, în timp ce primele sunt obligatorii pentru instanță, circumstanțele atenuante judiciare sunt lăsate la aprecierea instanței.

Potrivit dispozițiilor legii (art. 73 C. pen.), împrejurările care constituie circumstanțe atenuante legale sunt: *depășirea limitelor legitimei apărări, depășirea limitelor stării de necesitate și provocarea.*

Împrejurările care pot constitui circumstanțe atenuante sunt:

- a) conduita bună a infractorului înainte de săvârșirea infracțiunii;*
- b) stăruința depusă de infractor pentru a înlătura rezultatul infracțiunii sau a repara paguba pricinuită;*
- c) atitudinea infractorului după săvârșirea infracțiunii, rezultând din prezentarea sa în fața autorității, comportarea sinceră în cursul procesului, înlesnirea descoperirii ori arestării participanților.*

Din interpretarea dispozițiilor art. 74 alin. (2) C. pen., rezultă că aceste trei categorii de împrejurări care pot constitui circumstanțe atenuante judiciare sunt enumerate exemplificativ de legiuitor, ceea ce înseamnă că instanța de judecată poate identifica, reține și aplica efectele în cadrul procesului de individualizare a sancțiunii de drept penal și a altor împrejurări.

În ceea ce privește efectele circumstanțelor atenuante (în cazul persoanelor fizice), care sunt avute în vedere de instanța de judecată în cazul reținerii lor în cadrul procesului de individualizare a sancțiunii de drept penal, acestea sunt structurate pe mai multe paliere, în raport cu minimul special al pedepsei închisorii prevăzute de lege pentru infracțiunea comisă, după cum urmează:

¹² Constantin Bulai, în Vintilă Dongoroz și col., *op. cit.*, p. 138.

¹³ Adoptat prin Legea nr. 15/1968, publicat în Monitorul Oficial nr. 79-79 bis din 21 iunie 1968.

- când minimul special al pedepsei închisorii este de 10 ani sau mai mare, pedeapsa se coboară sub minimul special, dar nu mai jos de 3 ani;
- când minimul special al pedepsei închisorii este de 5 ani sau mai mare, pedeapsa se coboară sub minimul special, dar nu mai jos de 1 an;
- când minimul special al pedepsei închisorii este de 3 ani sau mai mare, pedeapsa se coboară sub minimul special, dar nu mai jos de trei luni;
- când minimul special al pedepsei închisorii este de un an sau mai mare, pedeapsa se coboară sub acest minim, până la minimul general;
- când minimul special al pedepsei închisorii este de 3 luni sau mai mare, pedeapsa se coboară sub acest minim, până la minimul general, sau se aplică o amendă care nu poate fi mai mică de 50 lei, iar când minimul special este sub trei luni, se aplică o amendă care nu poate fi mai mică de 200 lei;
- când pedeapsa prevăzută de lege este amenda, aceasta se coboară sub minimul ei special, putând fi redusă până la 150 lei în cazul când minimul special este de 500 lei sau mai mare, ori până la minimul general, când minimul special este sub 500 lei [art. 76 alin. (1) C. pen. din 1969].

De la aplicarea acestor efecte legiuitorul a prevăzut și unele excepții, care privesc următoarele grupe de infracțiuni grave: infracțiunile contra siguranței statului, infracțiunile contra păcii și omenirii, infracțiunile de omor, infracțiunile comise cu intenția care au avut ca urmare moartea unor persoane și infracțiunile prin care s-au produs consecințe deosebit de grave. În cazul acestor infracțiuni, când se constată existența unor circumstanțe atenuante, pedeapsa închisorii poate fi redusă cel mult până la o treime din minimul special[(art. 76 alin. (2) C. pen. din 1969].

În ceea ce privește sintagma „infracțiuni săvârșite cu intenție care au avut ca urmare moartea unei persoane”, prin Decizia nr. 20/2008¹⁴ în cadrul unui recurs în interesul legii, Înalta Curte de Casație și Justiție a decis că aceasta se interpretează în sensul că se referă la orice infracțiune a cărei formă de vinovăție este praeterintenția.

În cazul pedepsei cu detențiunea pe viață, efectele circumstanțelor atenuante constau în aplicarea unei pedepse cuprinse între 10 și 20 de ani de închisoare.

De asemenea, un alt efect al reținerii circumstanțelor atenuante poate consta în înlăturarea pedepsei complementare privativă de drepturi, prevăzută de lege pentru infracțiunea comisă.

În cazul *persoanei juridice*, reținerea circumstanțelor atenuante va conduce la reducerea pedepsei amenzii, după cum urmează:

- când minimul special al amenzii este de 10.000 lei sau mai mare, amenda se coboară sub acest minim, dar nu mai mult de o pătrime;
- când minimul special al amenzii este de 5.000 lei sau mai mare, amenda se coboară sub acest minim, dar nu mai mult de o treime [art. 76 alin. (4) C. pen. din 1969].

Nu insistăm în examinarea circumstanțelor atenuante legale și judiciară sau a efectelor acestora în cadrul procesului de individualizare a sancțiunilor de drept penal, ci dorim doar să evidențiem evoluția legislației penale române în acest domeniu.

Pe de altă parte, am avut în vedere că necesitatea menționării acestora este circumscrișă unui examen comparativ care privește reglementările în vigoare.

¹⁴ Publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 334 din 20 mai 2009.

III. Circumstanțele atenuante și efectele acestora în Codul penal în vigoare.

Examen comparativ

Legiuitorul noului Cod penal a menținut circumstanțele atenuante legale, în redactarea legii anterioare, adăugând o împrejurare nouă, care constă în *acoperirea integrală a prejudiciului material cauzat prin infracțiune, în cursul urmăririi penale sau a judecății, până la primul termen de judecată, dacă făptuitorul nu a mai beneficiat de această circumstanță într-un interval de 5 ani anterior comiterii faptei* [art. 75 alin. (1) lit. d) C. pen.].

Această nouă circumstanță atenuantă nu se va aplica în cazul comiterii unor infracțiuni considerate ca fiind grave, printre care amintim: contra persoanei, furt calificat, tâlhărie, piraterie, fraude comise prin sisteme informatice și mijloace de plată electronice etc.

În ceea ce privește circumstanțele atenuante judiciare, constatăm că acestea au fost modificate substanțial, în legea în vigoare fiind următoarele:

- *eforturile depuse de infractor pentru înlăturarea sau diminuarea consecințelor infracțiunii;*

- *împrejurările legate de fapta comisă, care diminuează gravitatea infracțiunii sau pericolozitatea infractorului* [art. 75 alin. (2) C. pen.].

Examinarea comparativă a modului de reglementare a circumstanțelor atenuante legale și judiciare prevăzute în legea în vigoare și cea anterioară, ne permite formularea următoarelor scurte concluzii:

1. În ceea ce privește circumstanțele legale

În noua reglementare au fost păstrate cele trei categorii de împrejurări care constituie circumstanțe atenuante legale, la care a fost adăugată o nouă circumstanță care va fi incidentă numai în cazul infracțiunilor de prejudiciu, nu și a celor de pericol.

2. În ceea ce privește circumstanțele atenuante judiciare

În noul text au fost eliminate împrejurările care se referă la *conduita bună a infractorului înainte de comiterea infracțiunii și cea referitoare la atitudinea infractorului după comiterea infracțiunii, rezultând din prezentarea sa în fața autorității, comportarea sinceră în cursul procesului, înlesnirea descoperirii ori arestării participanților*.

Cu toate acestea, cea mai importantă modificare constă în limitarea posibilităților instanței de judecată de a identifica și reține și alte circumstanțe atenuante judiciare.

Cu alte cuvinte, noua lege prevede expres care sunt împrejurările ce pot constitui circumstanțe atenuante judiciare, fără a mai oferi instanței de judecată posibilitatea identificării altora și implicit a aplicării efectelor acestora în procesul complex de individualizare a sancțiunilor de drept penal.

3. În ceea ce privește efectele circumstanțelor atenuante

Astfel, potrivit legii noi, *în cazul în care există circumstanțe atenuante, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită se reduc cu o treime*. În cazul în care pedeapsa prevăzută de lege este detențiunea pe viață, reținerea circumstanțelor atenuante va conduce la aplicarea unei pedepse cuprinse între 10 și 20 de ani. De asemenea, indiferent de numărul circumstanțelor atenuante reținute, reducerea va opera o singură dată

Examinarea comparativă a modului de reglementare a circumstanțelor atenuante în cele două legi, conduce la concluzia că între acestea există deosebiri semnificative.

O primă constatare vizează modul diferit în care legiuitorul noului Cod penal a înțeles să prevadă efectele circumstanțelor atenuante, în sensul că existența și reținerea acestora nu mai obligă instanța la aplicarea unei pedepse sub minimul special prevăzut de lege

pentru infracțiunea comisă, în raport cu treptele prevăzute în legea anterioară, ci numai cu o treime.

Noua reglementare obligă instanța ca în cadrul procesului de individualizare să pornească de la o pedeapsă a cărei limite minime și maxime sunt reduse cu o treime. În acest context, instanța de judecată, în cazul reținerii circumstanțelor atenuante poate aplica o pedeapsă orientată chiar spre maximul special al pedepsei pentru infracțiunea comisă, maxim redus cu o treime, sau spre minimul special, care este de asemenea redus cu o treime.

Constatarea care se impune este aceea că în noua lege, în cadrul procesului de individualizare a sancțiunii de drept penal, instanța de judecată are o marjă mai mare de apreciere, nefiind legată de respectarea obligatorie a anumitor dispoziții care stabileau practic în linii generale sancțiunea ce urma a fi aplicată.

IV. Identificarea și aplicarea legii penale mai favorabile

În cadrul examinării nu vom avea în vedere decât circumstanțele atenuante și efectele acestora în cadrul procesului complex de individualizare a sancțiunilor de drept penal și a aplicării legii penale mai favorabile în situația tranzitorie în care ne aflăm.

Astfel, în situații tranzitorii, aplicarea legii penale mai favorabile presupune un proces complex de examinare, care are în vedere pe lângă alte împrejurări și identificarea, reținerea circumstanțelor atenuante, precum și efectele acestora.

În concret, instanța de judecată va avea în vedere compararea dispozițiilor celor două legi, raportate la fapta concretă comisă de inculpat, în două etape.

Mai întâi se va proceda la identificarea și reținerea circumstanțelor atenuante din cele două legi, după care se vor examina efectele acestora în cadrul procesului de individualizare a sancțiunii de drept penal. Nu are nicio relevanță dacă în favoarea inculpatului se va reține una sau mai multe circumstanțe atenuante, efectele fiind aceleași.

După realizarea unei individualizări separate a sancțiunii de drept penal (pentru fiecare dintre cele două legi), instanța va identifica și aplica legea penală mai favorabilă.

Examinarea comparativă a limitelor minime și maxime ale pedepselor prevăzute în cele două legi, conduce la concluzia că în cele mai multe situații, în noua lege acestea au fost reduse.

Această constatare poate conduce la concluzia că în toate aceste împrejurări, având în vedere limitele mai reduse de pedeapsă, legea penală mai favorabilă este legea nouă.

Cu toate acestea, apreciem că în cele mai multe cazuri, dat fiind efectele circumstanțelor atenuate prevăzute în legea anterioară, legea penală mai favorabilă va fi legea veche.

Ne motivăm această opinie pe următoarea analiză:

- în legea veche, constatarea existenței și reținerii unei circumstanțe atenuante obligă instanța de judecată să coboare pedeapsa sub limita minimă, dar până la o anumită limită, în timp ce în legea nouă această situație impune instanței de judecată aplicarea pedepsei între limitele speciale prevăzute de lege, reduse cu o treime. Observăm că în legea nouă, instanța trebuie să se raporteze la aceste limite, reduse cu o treime, dar nu este obligată să procedeze și la aplicarea sancțiunii de drept penal (a pedepsei) sub limita minimă astfel cum a fost redusă;

- chiar dacă limita minimă a pedepsei este mai mare în legea veche decât în legea nouă, efectele circumstanțelor atenuante prevăzute în art. 76 C. pen. din 1969 sunt fără îndoială mai favorabile inculpatului, deoarece în cadrul procesului de individualizare pedeapsa va fi mai mică.

Concluzionând, apreciem că în cele mai multe situații, identificarea și reținerea unei singure circumstanțe atenuante va conduce la constatarea că legea penală mai favorabilă va fi legea veche.

V. Unele opinii critice

Un examen comparativ succint conduce la concluzia că reglementarea circumstanțelor atenuante din noul Cod penal reprezintă un regres în raport cu dispozițiile Codului penal din 1969.

Credem că reglementarea efectelor circumstanțelor atenuante în raport cu limita minimă a pedepsei prevăzute de lege, prevăzută în Codul penal din 1969 trebuia păstrată în noul Cod penal, actuala reglementare făcând uneori inutilă, sub aspectul efectelor acestora, reținerea circumstanțelor atenuante.

Pe de altă parte, apreciem că din această perspectivă, legiuitorul a lăsat la latitudinea instanței posibilitatea reală de a da eficiență efectelor circumstanțelor atenuante în noua lege, deoarece, deși poate reține incidența unei circumstanțe atenuante, instanța de judecată poate aplica o pedeapsă care poate depăși minimul prevăzut de lege, sau minimul redus cu o treime.

Nu în ultimul rând apreciem că excluderea circumstanței atenuante care privește conduita bună a infractorului înainte de comiterea infracțiunii din noua lege, reprezintă un regres legislativ.

VI. Concluzii

În situații tranzitorii, identificarea și aplicarea legii penale mai favorabile reprezintă un proces complex, care presupune examinarea dispozițiilor ambelor legi (sau mai multe), individualizarea sancțiunii de drept penal și ulterior aplicarea legii penale care este mai favorabilă persoanei care a comis infracțiunea.

În cadrul acestui proces, o importanță deosebită o are identificarea și ulterior reținerea circumstanțelor atenuante în favoarea inculpatului, care conduc la stabilirea și aplicarea unei sancțiuni de drept penal mai blânde persoanei în sarcina căreia s-a reținut comiterea infracțiunii.

În acest context stabilirea, nominalizarea concretă a împrejurărilor care constituie circumstanțe atenuante legale sau judiciare prezintă o importanță deosebită pentru organele judiciare abilitate.

În același timp, stabilirea de către legiuitor a efectelor acestor circumstanțe prezintă o importanță majoră în opera de individualizare a sancțiunii de drept penal ce urmează a fi aplicată celui care a comis infracțiunea.

Fără îndoială că în situația tranzitorie în care ne aflăm, aceste reglementări trebuie să conducă și la stabilirea și aplicarea legii penale mai favorabile, principiu unanim recunoscut și aplicat în legislația europeană.

CIRCUMSTANȚELE AGRAVANTE ȘI EFECTELE ACESTORA ÎN CADRUL INDIVIDUALIZĂRII SANȚIUNILOR DE DREPT PENAL. LEGEA PENALĂ MAI FAVORABILĂ. UNELE OBSERVAȚII CRITICE

Minodora-Ioana RUSU*

Abstract:

In this study we have examined briefly the aggravating circumstances and their effects, in direct relation to their importance in the process of individualization of criminal sanctions in the Romanian law. Given their crucial role, the legal and judicial aggravating circumstances were examined under time evolution of this institution, from the Criminal Code of 1865 and continuing with the following codes in the modern era of Romania. Taking also into account the need to identify and apply more favorable criminal law, the direct implications of the aggravating circumstances within the process of individualization of sanctions under the criminal law and implicitly establishing and applying more favorable criminal law; we have also insisted on the comparative examination of the provisions of the two laws, pointing out the fact that most of the times the more favorable criminal law is the new law.

At the same time we have proceeded in formulating some critical observations on the provisions of the applicable law, observations intended to contribute to the improvement of the legal system.

The work can be useful to students and master students, practitioners of the law, but also the legislator in terms of introducing amendments and additions to the provisions governing the institution of aggravating circumstances.

The innovations occurring in this article consist of examining the aggravating circumstances deriving from the evolution of this institution over time, its implications in the complex activity of individualization of sanctions under the criminal law and the application of more favorable criminal law and also the critical remarks.

Keywords: *sanctions of criminal law; the maximum penalty limits; comparative examination*

Rezumat:

În cadrul studiului am procedat la examinarea succintă a circumstanțelor agravante și a efectelor acestora, prin raportare directă la importanța lor în cadrul procesului de individualizare a sancțiunilor de drept penal în legea română. Având în vedere rolul deosebit de important al acestora, circumstanțelor agravante legale și judiciare au fost examinate prin prisma evoluției în timp a acestei instituții, începând cu Codul penal din 1865 și continuând cu următoarele coduri din epoca modernă a României.

Luând în calcul și necesitatea identificării și aplicării legii penale mai favorabile, implicațiile directe ale circumstanțelor agravante în cadrul procesului de individualizare a sancțiunilor de drept penal și implicit în stabilirea și aplicare a legii penale mai favorabile, am insistat și în examinarea comparativă a dispozițiilor celor două legi, evidențiind faptul că de cele mai multe ori legea penală mai favorabilă va fi legea nouă.

* Asist. univ. dr., Universitatea Creștină Dimitrie Cantemir din București; E-mail: oanarusu_86@yahoo.com

Totodată am procedat la formularea unor observații critice asupra dispozițiilor legii în vigoare, observații menite să contribuie la perfecționarea sistemului legislativ.

Lucrarea poate fi utilă studenților și masteranzilor, practicienilor dreptului, precum și legiuitorului din perspectiva operării unor modificări și completări ulterioare ale dispozițiilor care reglementează instituția circumstanțelor agravante.

Elementele de noutate care survin în cuprinsul lucrării, constau în examinarea circumstanțelor agravante prin prisma evoluției acestei instituții în timp, implicațiile acesteia în activitatea complexă de individualizare a sancțiunilor de drept penal și aplicare a legii penale mai favorabile, precum și în observațiile critice formulate.

Cuvinte-cheie: sancțiuni de drept penal, limite maxime ale pedepsei, examen comparativ

I. Considerații introductive. Referințe istorice

Codul penal din 1865¹ în Cartea I², deși prevedea expres noțiunea juridică de circumstanțe atenuante în cuprinsul art. 60, nu făcea nicio referire la circumstanțele agravante.

În acest context, sarcina de a identifica și defini circumstanțele agravante a revenit doctrinei, care, le-a calificat ca fiind *„de două feluri, unele sunt prevăzute de legiuitor, și deaceia se numesc circumstanțe agravante legale, celelalte sunt neprevăzute de lege și se numesc circumstanțe agravante judecătorești”*³.

În doctrina penală din perioada interbelică, cu referire directă la circumstanțele agravante, s-a exprimat opinia potrivit căreia, *„Legea pedepsește mai ușor pe aceia cari comit o infracțiune într’un moment de uitare, de mânie, decât pe aceia cari o comit cu sânge rece, preparându-se înainte de comitere și după o gândire mai mult sau mai puțin lungă. Cugetarea mai înainte de săvârșire, premeditarea sau precugetarea, ori cum s’ar numi, e considerată de lege ca o circumstanță agravantă”*⁴.

Referindu-se la circumstanțele agravante, profesorul Vintilă Dongoroz aprecia că *„În sistemul noului Cod penal⁵, avem două categorii de agravante judiciare, unele pur judiciare și altele mixte.*

a) Cele pur judiciare sunt lăsate, în totul, la aprecierea judecătorilor, în sensul că aceștia le pot stabili și constata după intima lor convingere și le pot da eficiență juridică, după cum vor crede de cuviință.

¹ Promulgat și publicat la 30 octombrie 1864 (Monitorul Oficial No. 242) a intrat în vigoare la 1 mai 1865. Ulterior, până la începutul secolului al XX-lea, a fost modificat și completat prin adoptarea următoarelor acte normative: Legea din 20 februarie 1874 prin care s-au modificat 109 articole, publicată în Monitorul Oficial nr. 38 și 41 din 17 și 20 februarie 1874; Legea din 21 februarie 1882, publicată în Monitorul Oficial nr. 20/82; Legea din 28 mai 1893, publicată în Monitorul Oficial nr. 44/93; Legea din 15 februarie 1894, publicată în Monitorul Oficial nr. 256/94; Legea din 28 mai 1893, publicată în Monitorul Oficial nr. 44/93 și Legea din 4 mai 1895, publicată în Monitorul Oficial nr. 26/95.

² Cartea I se identifică cu Partea generală a Codul penal în vigoare.

³ Ioan I. Tanoviceanu, *Tratat de Drept și Procedură penală, Edițiunea a doua a cursului de drept și procedură penală, revăzut și completat, vol. II*, doctrina de Vintilă Dongoroz, referințe la legislațiunile din Bucovina și Ardeal dr. Corneliu Chiseliță și dr. Ștefan Laday, jurisprudența, Eugen C. Decuseară, cu o prefață de N.C. Schina, Tipografia „Curierul Judiciar”, București, p. 161-162.

⁴ Ioan I. Tanoviceanu, *Tratat de Drept și Procedură penală, Edițiunea a doua a cursului de drept și procedură penală, revăzut și completat, vol. II*, doctrina de Vintilă Dongoroz, referințe la legislațiunile din Bucovina și Ardeal dr. Corneliu Chiseliță și dr. Ștefan Laday, jurisprudența, Eugen C. Decuseară, cu o prefață de N.C. Schina, Tipografia „Curierul Judiciar”, București, p. 163.

⁵ Profesorul se referea la Codul penal Carol al II-lea.

Aceste circumstanțe agravante sunt căutate după indicațiunile, din art. 21, pe cari le-am arătat mai sus.

Când judecătorii rețin ca existente atari circumstanțe agravante și vor să le dea efect, vor putea fie să urce către maximul pedepsei fixate de lege, fie să mai adauge la pedeapsa principală una dintre pedepsele complementare, conform art. 25, fără să fie nevoie să motiveze de ce au procedat astfel.

b) Circumstanțele agravante mixte sunt statornicite, sub raportul conținutului lor, chiar de lege, judecătorii trebuind numai să le constate; legea lasă însă la aprecierea judecătorilor dacă trebuie sau nu să dea vreo urmare acestor circumstanțe; în caz afirmativ, legea fixează în ce măsură se va înăspri reacțiunea.

1. Intră în această categorie: concursul de infracțiuni (art. 101), continuarea aceluiași fapt (art. 107), recidiva (cazurile din art. 110-114, 118-119); în toate aceste cazuri, împrejurarea agravantă este prevăzută de lege, legea stabilește însă ca înăsprire un plus de pedeapsă pe care îl lasă la aprecierea instanței (textele prevăd că acest plus poate fi aplicat).

2. Tot în această categorie intră situațiunile periculoase prevăzute în art. 73-80, art. 84, art. 152 C. pen., fiindcă, în toate aceste cazuri, se lasă la facultatea judecătorilor de a decide dacă, pentru o bună adaptare a represiunii, se cuvine ca, peste pedeapsă, să se mai aplice și măsurile de siguranță respective (textele, deasemeni, prevăd că instanța poate aplica aceste măsuri).

Aceste circumstanțe mixte, când sunt aplicate, instanța trebuie să motiveze aplicarea lor”⁶.

Constatăm că asemenea Codului penal din 1865, nici Codul penal Carol al II-lea nu prevede în mod explicit, în partea sa generală circumstanțele agravante.

În acest context doctrina timpului a identificat circumstanțele agravante în modul de interpretare a criteriilor generale de individualizare a pedepselor prevăzute în art. 21 din Codul penal Carol al II-lea.

Astfel, s-a susținut că „Art. 21 din prezentul cod conține o recomandare și un criteriu pentru individualizarea judiciară a pedepselor.

În sistemul acestui cod toate pedepsele fiind relativ determinate, în sensul că ele au un minim și un maxim între cari judecătorii pot lucra pentru a fixa cuantumul pedepsei ce vor pronunța, iar pe de altă parte limita inferioară a pedepselor putând fi depășită prin acordarea circumstanțelor atenuante, legiuitorul a crezut că este bine să indice cari sunt în principal elementul ce trebuie să servească judecătorilor în gradarea pedepselor ce vor pronunța”⁷.

Potrivit dispozițiilor art. 21 din Codul penal Carol al II-lea, criteriile generale ce trebuie avute în vedere la individualizarea pedepsei de către judecător sunt: motivele comiterii faptei, gravitatea acesteia, gradul de perversitate al infractorului, viața acestuia anterioară comiterii faptei și conduita sa după comiterea faptei.

Codul penal din 1969 vine cu o nouă viziune, procedând la nominalizarea concretă a circumstanțelor agravante, precum și a efectelor acestora în cadrul procesului de individualizare a pedepsei.

Astfel, într-o modalitate asemănătoare circumstanțelor atenuante, „circumstanțele agravante se pot împărți în două categorii distincte, respectiv circumstanțe agravante legale și judiciare”⁸.

⁶ Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, București, 1939, p. 689.

⁷ Vintilă Dongoroz în, Const. G. Rătescu, H. Asnavorian, I. Ionescu-Dolj, Traian Pop, I. Gr. Periețeanu, Mihail I. Papadopolu, Vintilă Dongoroz, N. Pavelescu, *Codul penal Carol al II-lea, adnotat, vol. I, Partea generală, art. 1-183*, Ed. Librăriei SOCEC & Co., SA, București, 1937, p. 68.

⁸ I. Rusu, *Individualizarea sancțiunilor de drept penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 273.

În doctrina noastră de la sfârșitul secolului trecut s-a susținut că „În reglementarea circumstanțelor agravante legiuitorul Codului penal de la 1968 consacră implicit distincția dintre circumstanțe legale și judecătorești. El prevede, prin dispozițiile art. 75 alin. 1 lit. a-f C. p., un număr de nouă împrejurări pe care le definește ca circumstanțe agravante, pornind de la constatarea că acestea reflectă totdeauna și în mod univoc o pericolozitate sporită a infractorului și impun necesitatea unei reacții mai energice în vederea reeducării lui. În același timp, legiuitorul a lăsat libertatea instanței de judecată de a stabili și caracteriza ea însăși ca circumstanțe agravante împrejurări asemănătoare care produc, chiar și numai în cazul dat, aceleași efecte asupra pericolozității făptuitorului și vădesc aceeași necesitate de agravare a pedepsei”⁹.

În același timp, „Circumstanțele agravante legale se deosebesc de elementele circumstanțiale agravante denumite uneori, în mod greșit, circumstanțe legale sau speciale. În realitate acestea din urmă sunt elemente ale conținutului agravant sau calificat al multor infracțiuni și îndeplinesc funcția specifică unui element al infracțiunii. Dimpotrivă, circumstanțele agravante legale stau în fața conținutului și influențează din afară asupra gradului de pericol social al faptei sau asupra pericolozității făptuitorului. De aceea, atunci când una dintre circumstanțele agravante este prevăzută de lege ca element circumstanțial în conținutul infracțiunii, ea nu mai poate fi reținută ca circumstanță agravantă în caracterizarea aceleiași infracțiuni”¹⁰.

Potrivit dispozițiilor art. 75 alin. (1) C. pen. din 1969, următoarele împrejurări constituie circumstanțe agravante:

- a) săvârșirea faptei de trei sau mai multe persoane împreună;
- b) săvârșirea infracțiunii prin acte de cruzime, prin violențe asupra membrilor familiei ori prin metode sau mijloace care prezintă pericol public;
- c) săvârșirea infracțiunii de către un infractor major, dacă aceasta a fost comisă împreună cu un minor;
- c¹) săvârșirea infracțiunii pe temei de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, gen, orientare sexuală, opinie, apartenență politică, convingeri, avere, origine socială, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA;
- d) săvârșirea infracțiunii din motive josnice;
- e) săvârșirea infracțiunii în stare de beție anume provocată în vederea comiterii faptei;
- f) săvârșirea infracțiunii de către o persoană care a profitat de situația prilejuită de o calamitate.

În cadrul alin. (2) al aceluiași articol se prevede că instanța de judecată poate reține ca circumstanțe agravante și alte împrejurări care imprimă faptei un caracter grav.

În cadrul procesului de individualizare a sancțiunii de drept penal, în cazul persoanei fizice, reținerea circumstanțelor agravante conduce la aplicarea unei pedepse până la maximul special. În situația în care instanța apreciază că acest maxim este neîndestulător, în cazul închisorii se poate adăuga un spor de până la 5 ani, care nu poate depăși o treime din acest maxim, iar în cazul amenzii se poate aplica un spor de cel mult o treime din maximul special.

II. Circumstanțele agravante și efectele acestora în legislația actuală

Potrivit dispozițiilor art. 77 C. pen., următoarele împrejurări constituie circumstanțe agravante legale:

⁹ C. Bulai, B.N. Bulai, *Manual de drept penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 403.

¹⁰ *Ibidem*, p. 403-404.

- a) săvârșirea faptei de trei sau mai multe persoane împreună;
- b) săvârșirea infracțiunii prin cruzimi sau supunerea victimei la tratamente degradante;
- c) săvârșirea infracțiunii prin metode sau mijloace de natură să pună în pericol alte persoane sau bunuri;
- d) săvârșirea infracțiunii de către un infractor major, dacă aceasta a fost comisă împreună cu un minor;
- e) săvârșirea infracțiunii profitând de starea de vădită vulnerabilitate a persoanei vătămate, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității sau alte cauze;
- f) săvârșirea infracțiunii în stare de intoxicație voluntară cu alcoole sau alte substanțe psihoactive, când a fost provocată în vederea comiterii infracțiunii;
- g) săvârșirea infracțiunii de către o persoană care a profitat de situația prilejuită de o calamitate, de starea de asediu sau de starea de urgență;
- h) săvârșirea infracțiunii pe motive legate de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, gen, orientare sexuală, opinie, apartenență politică, avere, origine socială, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA ori pentru alte împrejurări de același fel, considerate de făptuitor drept cauze ale inferiorității unei persoane în raport cu celelalte.

În ceea ce privește efectele circumstanțelor agravante, menționăm că pedeapsa poate fi aplicată până la limita ei maximă. În situația în care maximul este neîndestulător, în cazul închisorii se poate adăuga un spor până la 2 ani, care nu poate depăși o treime din acest maxim, iar în cazul amenzii se poate adăuga un spor de cel mult o treime din maximul special. Indiferent de numărul circumstanțelor agravante reținute, majorarea se face o singură dată.

III. Circumstanțe agravante și importanța lor în cadrul individualizării sancțiunilor de drept penal în legislația actuală. Examen comparativ. Legea penală mai favorabilă

Principala modificare ce apare în noul Cod penal în raport cu legea anterioară în privința circumstanțelor agravante constă în faptul că legiuitorul a renunțat la categoria circumstanțelor agravante judiciare, menținând numai circumstanțele agravante legale.

În legătură cu acest mod de reglementare, în expunerea de motive se arată că în privința circumstanțelor agravante, principala modificare constă în renunțarea la categoria circumstanțelor agravante judiciare întrucât, ținând seama de modul imprecis al reglementării și de efectul asupra răspunderii penale, textul se situează la limita principiului previzibilității legii, lăsând posibilitatea agravării răspunderii penale a unei persoane, căreia i se reproșează adoptarea unei conduite periculoase, în condițiile în care fapta ce atrage acest efect nu este descrisă de lege cu claritate pentru a se putea înțelege fără echivoc în ce constă împrejurarea care imprimă faptei un caracter mai grav¹¹.

De asemenea, „Sub aspectul conținutului circumstanțelor agravante s-a procedat la o reevaluare a împrejurărilor care au aptitudinea de a evidenția un grad de pericol ridicat astfel încât să justifice reținerea acestora ca circumstanțe legale”¹².

În acest context, „s-a extins și sfera de aplicare a circumstanței privind comiterea infracțiunii de către o persoană în stare de intoxicație preordinată, la cauzele care determină această stare fiind adăugate, pe lângă alcool, și alte substanțe psihoactive a căror consumare reprezintă o încălcare a unei interdicții legale sau medicale. Introducerea acestei circumstanțe este determinată de constatările practicii judiciare din ultimii ani conform cărora numeroase

¹¹ Expunere de motive, Codul penal (Legea nr. 286/2009), Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 24.

¹² *Ibidem*, p. 24.

*infracțiuni contra persoanei și contra patrimoniului, dar nu numai, se comit pe fondul consumului de alcool, de droguri sau alte substanțe interzise sau cu regim special*¹³.

Legiuitorul a renunțat „la agravarea răspunderii în cazul comiterii infracțiunii din motive josnice deoarece, prin forța lucrurilor, în majoritatea covârșitoare a cazurilor comiterea infracțiunilor nu este animată de resorturi care pot stârni admirație sau pot reprezenta repere morale. În măsura în care, într-un caz concret, mobilul comiterii infracțiunii evidențiază în mod flagrant nivelul scăzut de conștiință al infractorului, această împrejurare poate fi avută în vedere în procesul de individualizare al pedepsei. În plus, conținutul acestei circumstanțe nu a fost niciodată delimitat cu precizie de doctrină și jurisprudență”¹⁴.

Totodată, în raport cu legea anterioară, a fost introdusă o nouă circumstanță agravantă care constă în comiterea infracțiunii profitând de starea de vădită vulnerabilitate a persoanei vătămate, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității sau altor cauze, deoarece „o asemenea împrejurare evidențiază o periculozitate ridicată a infracțiunii dar și a infractorului”¹⁵.

Pe lângă deosebirile care privesc conținutul circumstanțelor agravante sau introducerea unei noi asemenea circumstanțe, între cele două legi sunt deosebiri importante și în ceea ce privește efectele circumstanțelor agravante.

Astfel, dacă în legea veche efectele reținerii unei circumstanțe agravante conduc la aplicarea unei pedepse până la maximul special, iar în situația în care instanța apreciază că acest maxim este neîndestulător, în cazul închisorii poate adăuga un spor de până la 5 ani, care nu poate depăși o treime din acest maxim (în cazul amenzii se poate aplica un spor de cel mult o treime din maximul special), în legea nouă sporul ce poate fi aplicat la maximul special al pedepsei este de cel mult 2 ani.

În cadrul procesului complex de individualizare a sancțiunilor de drept penal, identificarea și reținea uneia sau a mai multor circumstanțe agravante prezintă o importanță majoră, deoarece o asemenea împrejurare va conduce la majorarea pedepsei cu închisoarea aplicate persoanei care a comis infracțiunea.

În ceea ce privește competența instanței de judecată, este important de reținut este faptul că chiar și în condițiile în care instanța identifică și reține una sau mai multe circumstanțe agravante, în procesul de individualizare a sancțiunii de drept penal, aceasta nu este obligată să și aplice efectele acestora. Actualele dispoziții ale legii, conduc la concluzia că agravarea pedepsei în cazul reținerii circumstanțelor agravante este facultativă și nu obligatorie pentru instanța de judecată.

Observăm că noua lege nu prevede posibilitatea instanței de a identifica și reține alte circumstanțe agravante, decât cele legale prevăzute expres în conținutul art. 77 C. pen.

În această situație, se poate emite opinia potrivit căreia, în legea în vigoare circumstanțele agravante legale nu mai există și în consecință, instanța de judecată va avea în vedere numai eventuala incidență a circumstanțelor agravante legale.

În ceea ce privește aplicarea legii penale mai favorabile, apreciem că de cele mai multe ori, aceasta va fi legea nouă.

Ne argumentăm această opinie pe următoarele considerente:

- în cele mai multe cazuri în legea nouă limitele maxime de pedeapsă au fost reduse în raport cu legea anterioară;

¹³ *Idem*, p. 24

¹⁴ *Ibidem*, p. 24-25.

¹⁵ *Ibidem*, p. 25.

- sporul maxim de pedeapsă ce se poate aplica este de 2 ani în legea nouă și 5 ani în legea veche.

Fără îndoială că argumentele prezentate vizează cazurile în care infractorul a comis o singură infracțiune.

Existența și reținerea circumstanțelor agravante, precum și a efectelor acestora, nu poate împiedica instanța de judecată să aplice dispozițiile art. 80 C. pen., precum și cele ale art. 83 C. pen., ipoteze în care legea penală mai favorabilă va fi tot legea nouă.

IV. Unele observații critice

Examinarea dispozițiilor prin care este reglementat conținutul circumstanțelor agravante, precum și efectele acestora, ne oferă posibilitatea formulării unor observații critice.

Astfel, o primă observație critică se referă la facultatea acordată instanței de judecată, care în ipoteza în care identifică și reține unele circumstanțe agravante să aplice sau nu efectele acestora.

Avem în vedere și ipoteza în care deși instanța identifică și reține mai multe circumstanțe agravante, sau chiar una, aceasta nu este obligată să aplice și efectele acesteia, aspect care va avea efecte directe asupra individualizării pedepsei, în sensul că pedeapsa aplicată nu va reflecta în mod real gravitatea infracțiunii și pericolozitatea infractorului.

Considerăm că o asemenea dispoziție poate fi îmbunătățită în sensul de a obliga instanța să aplice efectele circumstanțelor agravante, ori de câte ori acestea sunt reținute.

O altă observație critică vizează excluderea de către legiuitorul actual a circumstanțelor agravante judiciare ce pot fi identificate și reținute de instanța de judecată în cauze concrete.

Credem că, asemenea legii anterioare, legiuitorul ar fi trebuit să acorde instanței de judecată posibilitatea reținerii și al tor circumstanțe agravante, ce pot fi specifice fiecărei cauze concrete în parte.

V. Concluzii

Așa cum rezultă din examinarea realizată, în evoluția dreptului penal român, circumstanțele agravante au fost permanent în atenția legiuitorilor, astfel încât, de fiecare dată acestea au fost reglementate legal într-o formă sau alta, ori au fost identificate de doctrină și jurisprudență.

Examinarea modului în care acestea au fost prevăzute în noul Cod penal, conținutul și efectele lor, conduce la concluzia că legiuitorul actual a încercat o simplificare în raport cu legea anterioară.

Cu toate că așa cum s-a văzut din examinarea realizată, textele sunt departe de a satisface necesitatea realizării unei individualizări a sancțiunilor de drept penal care să corespundă cu exactitate gravității infracțiunii și pericolozității infractorului, considerăm totuși că actuala reglementare este mai eficientă în ceea ce privește realizarea scopului pedepsei.

Într-o concluzie generală apreciem că în procesul complex de individualizare a sancțiunilor de drept penal, incidența circumstanțelor agravante prezintă o importanță majoră, deoarece reținerea acestora și aplicarea efectelor prevăzute de lege poate conduce la aplicarea unor sancțiuni diferite cu efecte directe în ceea ce privește maximul pedepsei prevăzute de lege.

APLICAREA LEGII PENALE DE DEZINCRIMINARE ÎN CONCEPȚIA NOULUI COD PENAL

Niculae GAMENT*

Abstract:

The author of this study examines the concept of the new Criminal Code legislature to regulating criminal law enforcement decriminalization focusing on the new elements in this matter. They are also provided and decisions H.C.C.J. full absolution of law issues in criminal matters relating to the arrangements described in Article decriminalization. 3 of Law no.187/2012.

Keywords: *New Criminal Code, Criminal Law decriminalization, previous criminal law, the effects of decriminalization*

Rezumat:

Autorul acestui studiu examinează concepția legiuitorului noului Cod penal în privința reglementării aplicării legii penale de dezincriminare cu accent pe evidențierea elementelor noi în această materie. De asemenea, sunt prevăzute și deciziile ÎCCJ completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materia penală referitoare la modalitățile dezincriminării descrise la art. 3 din Legea nr. 187/2012.

Cuvinte-cheie: *Noul Cod penal, lege penală de dezincriminare, lege penală anterioară, efectele dezincriminării*

1. Conceptul de lege penală dezincriminatoare

Legea penală dezincriminatoare este acea lege penală care prin dispozițiile sale face să înceteze caracterul penal al unei fapte incriminate într-o lege penală anterioară¹. De regulă, dezincriminarea e atunci când fapta anterior incriminată de o lege penală încetează să mai prezinte pericolul, să vatăme o anumită valoare socială întrucât au dispărut acele condiții care mențineau sau justificau includerea acelei fapte în sfera ilicitului penal. De exemplu, în art. 200 alin. (1) din Codul penal anterior erau incriminate relațiile sexuale între persoane de același sex, săvârșite în public sau dacă au produs scandal public, însă prin O.U.G. nr. 89 din 2000 aprobată prin Legea nr. 61 din 2001 a fost dezincriminată deoarece s-a apreciat că aceeași faptă nu mai corespunde conceptului general de infracțiune pentru că nu mai prezintă acel pericol sau gravitate pentru societate care să justifice menținerea în sfera ilicitului penal.

Dezincriminarea nu trebuie confundată cu abrogarea unei incriminări întrucât este posibil ca o faptă prevăzută într-o anumită lege penală să fie abrogată dar acea faptă să rămână incriminată în cuprinsul altei legi penale.

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; asist. univ. dr., Universitatea Româno-Americană, Facultatea de Drept, avocat – Baroul București, e-mail: nicu.gament@gmail.com

¹ G. Antoniu, C. Bulai, *Dicționar de drept penal și procedură penală*, Ed. Hamangiu, 2011

Prin urmare, o incriminare prevăzută într-o lege penală care ulterior a fost abrogată poate să se regăsească într-un text din Codul penal sau într-o lege specială cu dispoziții penale. De exemplu, prin dispozițiile art. 79 din Legea nr. 187/2012² au fost abrogate prevederile art. 61, art. 8, art. 81, art. 82 și art. 9 din Legea nr. 78/2000, însă faptele incriminate în aceste texte au fost prevăzute în grupul infracțiunilor de corupție din noul Cod penal.

2. Cadrul legal de reglementare a aplicării legii penale de dezincriminare

Dispozițiile prin care se reglementează aplicarea legii penale de dezincriminare sunt cuprinse în art. 4 din Codul penal, în art. 3 și art. 8 din Legea nr. 187/2012. Potrivit prevederilor art. 4 din Codul penal „Legea penală nu se aplică faptelor săvârșite sub legea veche dacă nu mai sunt prevăzute de legea nouă. În acest caz executarea pedepselor, a măsurilor educative și a măsurilor de siguranță pronunțate în baza legii vechi precum și toate consecințele penale ale hotărârilor judecătorești privitoare la aceste fapte încetează prin intrarea în vigoare a legii noi”. În art. 3 din Legea nr. 187/2012 se prevede: „(1) Dispozițiile art. 4 din Codul penal privind legea penală de dezincriminare sunt aplicabile și în situațiile în care o faptă determinată, comisă sub imperiul legii vechi, nu mai constituie infracțiune potrivit legii noi datorită modificării elementelor constitutive ale infracțiunii, inclusiv a formei de vinovăție cerută de legea nouă pentru existența infracțiunii”.

(2) Dispozițiile art. 4 din Codul penal nu se aplică în situația în care fapta este incriminată de legea nouă sau de o altă lege în vigoare, chiar sub altă denumire”.

În temeiul art. 8 din Legea nr. 187/2012 „dispozițiile art. 4 se aplică în mod corespunzător și pedepselor aplicate prin hotărâri care au rămas definitive anterior intrării în vigoare a prezentei legi pentru fapte incriminate de acte normative prevăzute în titlul II”.

În Codul penal anterior aplicarea legii penale de dezincriminare era reglementată în art. 12 sub denumirea marginală „Retroactivitatea legii penale”. În acest text se prevedea: „ (1) Legea penală nu se aplică faptelor săvârșite sub legea veche dacă nu mai sunt prevăzute de legea nouă. În acest caz executarea pedepselor a măsurilor de siguranță și a măsurilor preventive, pronunțate în baza legii vechi, precum și toate consecințele penale ale hotărârilor judecătorești privitoare la aceste fapte, încetează prin intrarea în vigoare a legii noi. (2) Legea care prevede măsuri de siguranță sau măsuri educative se aplică și infracțiunilor care nu au fost definitiv judecate până la data intrării în vigoare”.

Comparând conținutul reglementărilor aplicării legii penale de dezincriminare în cele două coduri penale observăm deosebiri esențiale. O primă deosebire esențială este aceea că dacă în Codul penal anterior aplicarea legii penale de dezincriminare era reglementată numai în Codul penal art 12, în Codul penal în vigoare aplicarea legii penale de dezincriminare este reglementată în art. 4 din acest Cod dar și în art. 3 și art. 8 din legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal. Aceasta se explică prin faptul că odată cu adoptarea noului Cod penal legiuitorul penal român a procedat și la modificarea sau completarea a 206 legi penale speciale sau la abrogarea unora dintre legile speciale pentru a se realiza unul dintre obiectivele urmărite și anume crearea unui cadru legislativ coerent în materie penală cu evitarea suprapunerilor de norme inutile existente în legea penală și legile penale speciale.³

² Publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012

³ A se vedea Hotărârea Guvernului României nr. 1183 din 24 septembrie 2008 pentru abrogarea tezelor prealabile ale proiectului Codului penal publicat în M. Of. nr.686 din 8 octombrie 2008.

A doua deosebire esențială se referă la renunțarea de către legiuitorul penal de a menține dispozițiile art. 12 alin. (2) din Codul penal anterior întrucât acestea contravin principiului legalității sancțiunilor de drept penal consacrat în art. 2 din Codul penal în vigoare.⁴

3. Modalitățile de dezincriminare a faptei⁵

O primă modalitate de dezincriminare este aceea reglementată în art. 4 alin. (1) din Codul penal și operează în ipoteza în care fapta constituia infracțiune potrivit legii penale anterioare iar noua lege penală nu o mai incriminează, nu mai are corespondent în legea nouă. Deci, este vorba de o dezincriminare totală a acelei fapte. De exemplu, Codul penal de la 1968 incrimina fapta de cerșetorie în art. 326 și fapta de prostituție în art. 328, în noul Cod penal aceste fapte nu au mai fost prevăzute ca infracțiuni, deci au fost dezincriminate. De asemenea, în Codul penal anterior în art. 320 era incriminată tulburarea folosinței locuinței, noul Cod penal nu a mai incriminat această faptă.

Pentru a fi incidentă legea penală de dezincriminare trebuie să se constate întrunirea cumulativă a următoarelor condiții⁶:

- a) la data săvârșirii faptei legea în vigoare prevedea acea faptă ca infracțiune;
- b) o lege ulterioară nu mai prevede fapta respectivă ca infracțiune;
- c) intrarea în vigoare a legii noi care dezincriminează fapta comisă poate avea loc: după săvârșirea faptei, după începerea procesului penal, după judecarea definitivă a cauzei sau după executarea sancțiunii penale aplicate pentru fapta comisă sub imperiul legii vechi;

De precizat că nu întotdeauna o faptă care era incriminată într-un text distinct în legea penală anterioară și nu mai este prevăzută ca faptă independentă în noua lege penală, înseamnă că acea faptă a fost dezincriminată pentru că este posibil ca fapta respectivă să fie inclusă în conținutul altei infracțiuni prevăzută de legea penală nouă. Un exemplu edificator în acest sens îl constituie infracțiunea de primire de foloase necuvenite descrisă în art. 256 din Codul penal de la 1968 care nu a mai fost prevăzută ca infracțiune cu un conținut propriu în noul Cod penal însă această faptă a fost înglobată în conținutul infracțiunii de luare de mită într-o formulare mai largă prevăzută în art. 289 din noul Cod penal.

Tot astfel, infracțiunea de complot prevăzută în art. 167 din Codul penal anterior și cea de asociere pentru săvârșirea unei infracțiuni prevăzută în art. 323 din același Cod, nu mai apar sub aceste denumiri în noul Cod penal, dar ele se regăsesc în întregime în conținutul infracțiunii de constituire al unui grup infracțional organizat prevăzută în art. 367 din noul Cod penal, dacă infracțiunea care intră în scopul grupului nu a intervenit dezincriminarea odată cu intrarea în vigoare a noului Cod penal. În acest sens s-a pronunțat și Înalta Curte de Casație și Justiție, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală care prin Decizia nr. 10 din 22 aprilie 2015⁷ a stabilit că „în interpretarea dispozițiilor art. 367 alin. (1) și (6) din Codul penal, în ipoteza în care odată cu intrarea în vigoare a noului Cod penal infracțiunea care intră în scopul grupului organizat a fost dezincriminată nu mai este îndeplinită una dintre trăsăturile esențiale ale infracțiunii, respectiv condiția tipicității”.

⁴ I. Pascu, P. Buneci, Noul Cod penal Partea Generală și Codul penal Partea Generală anterior prezentarea comparativă; ediția Universul Juridic, București, 2011 p. 15-16.

⁵ C-tin. Mitrache, Cr. Mitrache, Drept penal Român, Partea generală, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 80.

⁶ C-tin. Mitrache, Cr. Mitrache, *op. cit.*, p. 80

⁷ Publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 389 din 4 iunie 2015.

De asemenea, nu se poate vorbi de dezincriminarea unei fapte nici în cazul în care în legea penală anterioară acea faptă avea o anumită denumire marginală iar în noua lege penală aceasta denumire marginală este schimbată însă fără a modifica și conținutul incriminării. De exemplu, Codul penal anterior incrimina în art. 259 fapta cu denumirea marginală „Denunțare calomnioasă”; noul Cod penal incriminează în art. 268 aceeași faptă sub o altă denumire marginală și anume „Inducerea în eroare a organelor judiciare” dar conținutul incriminării, în mare parte, este același.

A doua modalitate de dezincriminare este cea reglementată în art. 3 alin. (1) din Legea nr. 187/2012 și există în cazul în care o faptă determinată, concret săvârșită sub imperiul legii vechi, nu mai constituie infracțiune potrivit legii noi, datorită modificării elementelor constitutive ale infracțiunii, inclusiv a formelor de vinovăție, cerută de legea nouă pentru existența infracțiunii.

Spre deosebire de prima modalitate, în care dezincriminarea unei fapte are loc prin abrogarea normei incriminatoare fără a mai exista pe mai departe o continuitate a acelei incriminări, în cazul celei de-a doua modalități, norma incriminatoare este doar modificată printr-o lege nouă. În această modalitate, deși din punct de vedere abstract, există o continuitate a incriminării, este posibil ca o faptă determinată să nu mai întrunească toate condițiile prevăzute de noua lege pentru existența infracțiunii respective.⁸

În acest caz pentru cel care a săvârșit fapta determinată respectivă, legea nouă nu mai incriminează fapta și prin urmare nu mai este infracțiune. Aceeași va fi soluția și în cazul în care legea veche iese din vigoare dar începând cu aceeași dată incriminarea faptei respective preluată de legea nouă cu unele modificări privind condițiile de incriminare, iar în cazul concret, fapta săvârșită sub legea veche nu îndeplinește condițiile de incriminare a faptei prevăzută de lege sau este săvârșită cu altă formă de vinovăție decât cea prevăzută de legea penală anterioară.

Pentru a înțelege mai bine această a doua modalitate de dezincriminare, care este reglementată în mod explicit pentru prima dată în legea nouă penală, vom recurge la unele explicații cu trimitere la norme de incriminare edificatoare din Codul penal. Spre exemplu, noul Cod penal în vigoare de la 1 februarie 2014 incriminează în art. 196 alin. (1) fapta de vătămare corporală din culpă, varianta tip, având următorul conținut: „fapta prevăzută în art. 193 alin. (2)⁹ săvârșită din culpă de către o persoană aflată sub influența băuturilor alcoolice ori a unei substanțe psihoactive sau în desfășurarea unei activități ce constituie prin ea însăși infracțiune, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă”. Această faptă avea corespondent în Codul penal anterior în art. 184 alin. (1) și (2). Potrivit acestor dispoziții vătămarea corporală din culpă constă în fapte de lovire sau alte violențe care au pricinuit o vătămare ce necesită pentru vindecare îngrijiri medicale mai mari de 10 zile, săvârșită din culpă. În temeiul art. 184 alin. (4) Cod penal anterior, când fapta de vătămare din culpă a fost comisă ca urmare a nerespectării dispozițiilor legale sau a măsurilor de prevedere pentru exercițiul unei meserii, ori pentru îndeplinirea unei anumite activități, limitele speciale ale pedepsei sunt mai rindicate.

⁸ Fl. Streteanu, D. Nițu, Drept Penal Partea Generală Curs Universitar, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 264.

⁹ Art. 193 alin. (2) are următorul conținut; „Fapta prin care se produc leziuni traumatice sau este afectată sănătatea unei persoane, a cărei gravitate este evaluată prin zile de îngrijiri medicale de cel mult 90 zile, se pedepsește”.

O examinare comparativă a celor două texte de incriminare a faptei de vătămare corporală din culpă cuprinse în Codul penal anterior și Codul penal în vigoare, observăm o deosebire în ceea ce privește condițiile conținutului acestei infracțiuni.

Dacă în Codul penal anterior [art. 184 alin. (1) și alin. (4)] vătămarea corporală din culpă putea fi săvârșită nemijlocit de către orice persoană responsabilă penal dacă prin comiterea acesteia se producea o vătămare ce necesită pentru vindecare îngrijiri medicale mai mari de 10 zile, în Codul penal în vigoare, [art. 196 alin. (1)] o astfel de faptă, care are o asemenea urmare poate fi săvârșită nemijlocit numai de către o persoană aflată sub influența băuturilor alcoolice ori a unei substanțe psihoactive sau în desfășurarea unei activități ce constituie prin ea însăși infracțiune.

Prin urmare, fapta de vătămare corporală din culpă prin care se produc leziuni traumatiche sau este afectată sănătatea unei persoane, a cărei gravitate este evaluată prin zile de îngrijiri medicale de cel mult 90 de zile, săvârșită sub influența Codului penal anterior de către o persoană care nu se află sub influența băuturilor alcoolice ori a unei substanțe psihoactive, nu mai constituie infracțiune potrivit prevederilor art. 196 alin. (1) din Codul penal în vigoare, deci, în temeiul acestui text, o astfel de faptă a fost dezincriminată.

Practica judiciară recentă promovează o asemenea soluție. Astfel, Înalta Curte de Casație și Justiție prin decizia nr. 4 din 4 aprilie 2015¹⁰ privind pronunțarea unei hotărâri pentru dezlegarea chestiunii de drept în sensul „dacă infracțiunea de vătămare corporală din culpă prevăzută în art. 184 alin. (2) teza I [fapta a avut vreuna dintre urmările prevăzute în art. 182 alin. (1)] și alin. (4) din Codul penal anterior își găsește corespondentul în infracțiunea de vătămare corporală din culpă prevăzută în art. 196 alin. (2) și (3) din actualul Cod penal sau dacă, dimpotrivă, este dezincriminată”, stabilește că infracțiunea de vătămare corporală din culpă prevăzută în art. 184 alin. (1) teza I [fapta a avut vreuna dintre urmările prevăzute în art. 184 alin. (1)] și alin. (4) din Codul penal anterior în ipoteza în care fapta a produs o vătămare ce a necesitat între 11 și 90 de zile de îngrijiri medicale și nu îndeplinește una dintre condițiile impuse de alin. (1) al art. 196 din Codul penal în vigoare, este dezincriminată începând cu data de 1 februarie 2014.

Un alt exemplu de dezincriminare a unei fapte în modalitatea reglementată în art. 3 din Legea nr. 187/2012 îl constituie tulburarea de posesie. Această faptă, în Codul penal anterior, era incriminată în art. 220 într-o variantă tip și două variante agravate. Varianta tip [art. 220 alin. (1)] consta în ocuparea în întregime sau în parte fără drept a unui imobil aflat în posesia altuia fără consimțământul acestuia sau fără aprobarea prealabilă primită în condițiile legii, ori refuzul de a elibera imobilul ocupat. Prima variantă agravată [art. 220 alin. (2)] se reținea dacă fapta descrisă la varianta tip se săvârșea prin violență sau amenințare ori prin desființarea semnelor de hotar, a reperelor de marcare. A doua variantă agravată [art. 220 alin. (2)] se realiza dacă fapta prevăzută la prima variantă agravată se săvârșea de două sau mai multe persoane împreună.

Codul penal în vigoare incriminează tulburarea de posesie în art. 256 alin. (1) într-o singură variantă având următorul conținut: „Ocuparea în întregime sau în parte, fără drept, prin violență sau amenințare ori prin desființarea sau strămutarea semnelor de hotar a unui imobil aflat în posesia altuia se pedepsește...”.

Comparând textele de incriminare a faptei de tulburare de posesie în cele două Coduri penale reținem că legiuitorul Codului penal în vigoare incriminează această faptă numai într-o singură variantă, și anume aceea în care această faptă este săvârșită prin violență sau

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial nr. 244 din 9 aprilie 2015

amenințare ori prin desființarea sau strămutarea semnelor de hotar ceea ce înseamnă că și în ipoteza în care tulburarea de posesie este săvârșită sub incidența Codului penal anterior în varianta tip [art. 220 alin. (1)], după intrarea în vigoare a noului Cod penal această faptă este dezincriminată, nu mai constituie infracțiune.

De asemenea, sunt incidente dispozițiile referitoare la dezincriminare, în modalitatea pe care o analizăm și atunci când, sub Codul penal anterior, fapta constituia infracțiune fie că era săvârșită cu intenție fie că era săvârșită din culpă dar Codul penal în vigoare incriminează acea faptă numai când este comisă cu intenție. De exemplu, Codul penal anterior incrimina nedenunțarea unor infracțiuni în art. 262 atunci când făptuitorul o săvârșea cu intenție, dar și când era comisă din culpă, noul Cod penal incriminează această faptă în art. 266 numai când autorul a săvârșit-o cu intenție, ceea ce înseamnă că nedenunțarea unor infracțiuni din culpă săvârșite sub incidența Codului penal anterior nu mai constituie infracțiune potrivit Codului penal în vigoare fiind dezincriminată potrivit dispozițiilor art. 3 din Legea nr. 187/2012.

4. Efectele adoptării și intrării în vigoare a legii de dezincriminare.

Acestea sunt reglementate în art. 4 din Codul penal în vigoare. Potrivit acestui text, legea penală nu se mai aplică faptelor săvârșite sub legea veche dacă nu mai sunt prevăzute de legea nouă. Intrarea în vigoare a noii legi penale care dezincriminează fapta comisă sub legea veche poate avea loc: după săvârșirea faptei; după începerea procesului penal pentru fapta săvârșită; după judecarea definitivă a cauzei sau după executarea sancțiunii de drept penal aplicate pentru fapta comisă sub imperiul legii vechi.¹¹

Prin urmare, efectele dezincriminării faptei, în oricare dintre cele două modalități, vor depinde de etapa procesuală în care intervine legea de dezincriminare.¹²

Astfel, dacă procesul penal pentru fapta dezincriminată nu a început până la intrarea în vigoare a legii noi, acesta nu va mai începe, iar dacă a început va lua sfârșit fie prin clasare în faza de urmărire penală, fie prin achitare în faza de judecată, în temeiul art. 16 lit. b) din Codul de procedură penală. Potrivit dispozițiilor art. 25 alin. (5) Cod de procedură penală, în caz de achitare a inculpatului sau de încetare a procesului penal în baza art. 16 lit. b) teza I (fapta nu este prevăzută de legea penală), instanța lasă nesoluționată acțiunea civilă.

Dacă dezincriminarea intervine după pronunțarea unei hotărâri definitive de condamnare a faptei sub imperiul legii vechi, executarea pedepsei, a eventualelor măsuri educative sau măsuri de siguranță pronunțate nu va mai începe, iar dacă a început, va înceta.

În sfârșit, dacă pedeapsa a fost deja executată, vor înceta toate consecințele care au decurs din condamnare, în sensul că acea condamnare nu va mai fi luată în calcul pentru stabilirea stării de recidivă în cazul comiterii ulterior a unei alte infracțiuni, iar eventualele decăderi sau incapacități ce decurg din existența condamnării vor înceta¹³, dezincriminarea echivalând cu o reabilitare de drept.

De menționat că dezincriminarea intervenită după condamnarea sau executarea sancțiunii de drept penal nu are ca efect o repunere în situația anterioară a condamnatului.

¹¹ C. Mitrache, Cr. Mitrache, op. cit. p. 81

¹² Fl. Streteanu, D. Nițu, op. cit. p. 126; M. Udrioiu, V. Constantinescu, Noul Cod penal. Codul penal anterior, Prezentare comparativă, Ed. Hamangiu, 2014, T. Toader, M. J. Michinici, A. Crișu – Ciocântă, M. Dunea, R. Răducanu, S. Rădulețu, Noul Cod penal. Comentarii pe articole, Ed. Hamangiu, 2014, p. 16

¹³ V. Pașca, *Drept penal Partea Generală, Ediția a III-a*, actualizată cu modificările la zi ale Codului penal, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 89

Astfel, amenda plătită anterior intervenției dezincriminării nu se va restitui și nu se poate pune problema acordării unor reparații pentru perioada de detenție executată anterior dezincriminării. De asemenea, pedeapsa complementară a degradării militare fiind executată la data rămânerii definitive a hotărârii de condamanare a inculpatului militar, dezincriminarea faptei comise de acesta nu poate avea ca efect redobândirea gradului militar pierdut ca urmare a condamnării.

Nici bunurile confiscate de la condamnat, cu titlu de măsură de siguranță, nu se vor restitui.

UNELE PROBLEME PRIVIND SEMNIFICAȚIA NORMATIVĂ A EXPRESIEI „PEDEAPSĂ PREVĂZUTĂ DE LEGE”

Mihai DUNEA*

Abstract:

Starting from the express legal significance conferred by the Romanian criminal legislator to the concept of „punishment prescribed by law” (explained by art. 187 of the Romanian Criminal Code.), this article points out the criminal law institutions which relate to this concept (conditioning their existence or their effects on it), raising, in the same time, the problem of the identical or different meaning of some derived formulations (some of which are even used in various legal texts). The author raises some questions about the coverage of the normative significance of the concept, in relation to the different interactions between numerous criminal law institutions affected by this legal expression, trying to point out the directions on which the current legislation may be perfected.

Keywords: *punishment prescribed by law, express legal significance, derived formulations, criminal law institutions which relate to this concept, problems regarding the coverage of the normative significance of the concept*

Rezumat:

Plecând de la semnificația normativă, conferită de către legiuitorul penal român, conceptului de „pedeapsă prevăzută de lege” (prin dispozițiile art. 187 C. pen.), articolul evidențiază instituțiile de drept penal care își leagă/condiționează existența/incidența/funcționarea/efectele de această expresie, ridicând, totodată, problema sensului identic sau diferit pe care îl prezintă unele formulări derivate (dintre care unele sunt utilizate chiar în diverse texte legale). Autorul își ridică unele întrebări legate de sfera de cuprindere a semnificației normative a conceptului, prin raportare la diferite interacțiuni în care s-ar putea regăsi numeroase instituții de drept penal afectate de acesta, încercând să puncteze direcțiile cu privire la care reglementarea actuală este perfectibilă.

Cuvinte-cheie: *pedeapsă prevăzută de lege, semnificație normativă, formulări derivate, instituții penale afectate de acest concept, probleme ale sferei de cuprindere a expresiei*

Încă din anul 2006, legiuitorul penal român a conștientizat oportunitatea (și poate chiar necesitatea) unei reglementări exprese care să consacre semnificația normativă a conceptului de „pedeapsă prevăzută de lege”, în condițiile în care expresia în cauză (sau variante derivate ale acesteia) era – și continuă să fie – adeseori întrebuintată în dispozițiile legale, fiind în legătură cu funcționarea/incidența/producerea efectelor a numeroase instituții de drept penal sau (chiar) procesual penal. Pe fondul unor interpretări doctrinare și jurisprudențiale neunitare (sau potențial neunitare) apte a se acorda sensului acestui concept, în condițiile în care fosta legislație penală nu furnizase, *ab initio*, un înțeles

* Asist. univ. dr., Facultatea de Drept din cadrul Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Adresă de e-mail: mihai.dunea@uaic.ro.

normativ al expresiei în cauză, s-a adăugat Codului penal anterior (din 1968) ¹, prin Legea nr. 278/2006 ², prevederea cuprinsă în art. 141¹, cu nota marginală „Pedeapsă prevăzută de lege”, în cuprinsul Titlului VIII (ultimul) din Partea generală, referitor la „Înțelesul unor termeni sau expresii în legea penală”. Odată cu elaborarea noii legislații penale, în cuprinsul art. 187 din noul Cod penal (2009) ³ – integrat în Titlul X (ultimul) din Partea generală, referitor, de asemenea, la „Înțelesul unor termeni sau expresii în legea penală” – cuprinsul art. 141¹ C. pen. anterior (1968) a fost preluat ca atare, fără a se opera nicio modificare asupra acestuia, reglementarea manifestând, ca atare, o continuitate strictă și indiscutabilă, în pofida caracterului său perfectibil. Pentru a înlesni parcurgerea și înțelegerea acestui articol, apreciem utilă reproducerea conținutului acestei dispoziții legale, prin care se stabilește semnificația normativă a conceptului de „pedeapsă prevăzută de lege”, anume: „Prin *pedeapsă prevăzută de lege* se înțelege pedeapsa prevăzută în textul de lege care incriminează fapta săvârșită în forma consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei”.

Am menționat deja faptul bine cunoscut reprezentat de numărul mare al instituțiilor penale (substanțiale și procesuale) care sunt legate de conceptul „pedeapsă prevăzută de lege”, prin aceea că legiuitorul condiționează însăși incidența sau efectele anumitor instituții penale de o anumită valoare a pedepsei prevăzute de lege (cerința este instituită ca o condiție – pozitivă sau negativă – de existență/aplicabilitate/funcționare a acestor instituții). Dacă este să ne raportăm la dispozițiile penale generale care fac referire expresă la conceptul de „pedeapsă prevăzută de lege”, atunci trebuie să avem în vedere instituții de o pronunțată eterogenitate, care acoperă, practic, întregul spectru de reglementare al părții generale a dreptului penal. Astfel, avem în vedere: *materia principiilor generale*, mai specific, principiul legalității sancțiunilor de drept penal, art. 2 alin. 2 C. pen.; *materia aplicării legii penale în timp*, mai specific, a aplicării legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei, art. 6 alin. 1 C. pen.; *materia aplicării legii penale în spațiu*, mai exact, aplicarea legii penale române în spațiu potrivit principiului personalității (legat de existența sau inexistența verificării condiției dublei incriminări), art. 9 alin. 1 C. pen.; *materia tentativei*, cu privire la sancționarea obișnuită a acesteia (modul de determinare a limitelor de pedeapsă incidente în caz de tentativă, potrivit sistemului diversificării de pedeapsă), art. 33 alin. 2 C. pen., dar și cu privire la excepțiile de la regula sancționatorie astfel stabilită, anume cazul în care sistemul diversificării de pedeapsă este înlocuit de cel al parificării de pedeapsă, potrivit art. 36 alin. 3 C. pen.; *materia unității infracționale*, mai exact a *infracțiunii continuate* – cu referire, de asemenea, la sancționarea acesteia (determinarea limitei maxime până la care se poate aplica pedeapsa), art. 36 alin. 1 C. pen. –, precum și a

¹ Codul penal al României promulgat și publicat în anul 1968 (Legea nr. 15/1968, publicată în Buletinul Oficial nr. 79-79bis din 21 iunie 1968, republicată), intrat în vigoare la 1 ianuarie 1969. În cadrul referinței abreviate la un act normativ apreciem a fi mai exactă precizarea anului corespunzător promulgării și publicării inițiale a acestuia, decât a anului intrării sale în vigoare, motiv pentru care ne vom referi, în continuare, la fostul Cod penal (Legea nr. 15/1968) sub forma: „Codul penal din 1968”, respectiv „C. pen. (1968)”.

² Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, precum și pentru modificarea și completarea altor legi, publicată în Monitorul Oficial (M. Of.) nr. 601 din 12 iulie 2006. Dispoziția de adăugare la Codul penal din 1968 a art. 141¹ a fost înscrisă în art. I pct. 50 din această lege.

³ Codul penal actual (în vigoare) al României, promulgat și publicat în anul 2009 (Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009, cu modificările și completările ulterioare), intrat în vigoare la 1 februarie 2014. Fiind legea penală generală activă la data elaborării prezentului articol, ne vom în continuare la Codul penal actual sub forma: „C. pen.”, fără nicio altă mențiune suplimentară.

infracțiunii complexe – privitor la aceeași problemă, a sancționării acesteia, art. 36 alin. 2 C. pen. (și, în plus, art. 36 alin. 3 C. pen., deja indicat la punctul anterior, referitor la sancționarea tentativei la infracțiunile complexe praeterintenționate în cazul cărora s-a produs numai rezultatul mai grav al acțiunii secundare); *materia pluralității de infracțiuni*, referitor atât la un caz comun de sancționare a *concurșului de infracțiuni* – art. 39 alin. 2 C. pen. – și al *recidivei postcondamnatorii* – art. 43 alin. 3 C. pen. – dar, mai ales, la însăși una dintre condițiile de existență ale stării de *recidivă* (privind cel de-al doilea termen al acesteia) – art. 41 alin. 1 C. pen. –, precum și la modul de sancționare al *recidivei postexecutorii* – art. 43 alin. 5 C. pen. [alături de referirile anterioare, care au în vedere ipoteza infractorului persoană fizică, trebuie menționată și materia sancționării recidivei în cazul persoanei juridice (art. 146 alin. 2 C. pen.)]; *materia pluralității de făptuitori*, mai exact a *participației penale*, legat de sancționarea *participației proprii* (art. 49 alin. 1 C. pen.) și a *participației impropriei* (art. 52 alin. 1-3 C. pen.); *materia sancțiunilor de drept penal* cu referire la *pedepse*, privind *determinarea limitelor speciale ale pedepsei amenzii pentru persoana fizică* – art. 61 alin. 4 lit. a), b), c) C. pen. (și alin. 5, în lumina alin. 6) – sau *determinarea limitelor speciale ale pedepsei amenzii pentru persoana juridică* – art. 137 alin. 4 C. pen. (și alin. 5) – or la una dintre condițiile aplicării pedepsei complementare a dizolvării în cazul persoanei juridice [art. 139 alin. 1 lit. b) C. pen.]; *materia sancțiunilor de drept penal* cu referire la *măsurile educative*, privitor la una dintre condițiile (alternative) care permit luarea unei măsuri educative privative de libertate – art. 114 alin. 2 lit. b) C. pen. – sau la diferențele ce pot exista în privința duratei abstracte (limitelor) măsurii educative a internării într-un centru de detenție – art. 125 alin. 2 (și 3) C. pen.; *materia sancțiunilor de drept penal* cu referire la *măsurile de siguranță*, anume una dintre condițiile pentru dispunerea confiscării extinse (art. 112¹ alin. 1 C. pen.); *materia individualizării pedepselor*, referitor la *efectul circumstanțelor atenuante* – art. 76 alin. 1 și 2 C. pen. – or la *concurșul între cauzele de atenuare și de agravare* – art. 79 alin. 1 și 3 C. pen.; *materia unor instituții* (așa indicate prin lege) *de individualizare a pedepsei*, precum *renunțarea la aplicarea pedepsei* și *amânarea aplicării pedepsei*, unde se instituie o condiție negativă legată de valoarea maximă a pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiune comisă [art. 80 alin. 2 lit. d) și art. 83 alin. 2 C. pen.]; *materia cauzelor care înlătură răspunderea penală*, referitor la determinarea întinderii termenelor de prescripție a răspunderii penale (art. 154 alin. 1 C. pen.).

Desigur, referiri la conceptul de „pedeapsă prevăzută de lege” pot fi întâlnite și în dispoziții legale care fac obiectul părții speciale a dreptului penal. Cu titlu de exemplu, observăm că în asemenea ipoteze, expresia în cauză este întrebuintată în următoarele moduri: fie pentru a servi ca element în operațiunea de determinare normativă (indirectă) a pedepsei abstracte (a limitelor pedepsei legale) specifice anumitor incriminări (așa este cazul, de pildă, în privința incriminărilor reglementate, în C. pen., la: art. 199 alin. 1; art. 235 alin. 2; art. 257 alin. 1, 3 și 4; art. 274; art. 279 alin. 1 și 2; art. 296 alin. 2; art. 309 alin. 2; art. 313 alin. 1-3; art. 408 alin. 2); fie pentru a servi la determinarea normativă (indirectă) a pedepsei abstracte (a limitelor pedepsei legale) specifice formelor agravate ale unor infracțiuni [așa este cazul, de pildă: la art. 273 alin. 2 lit. d) C. pen.; ori la art. 286 alin. 2 lit. c) C. pen.; sau la art. 367 alin. 2 C. pen. ⁴]; fie pentru a limita (suplimentar față de maximul

⁴ Referirea la art. 309 alin. 2 C. pen. (efectuată deja la punctul precedent al enumerării) s-ar integra la acest punct, prin lumina celor statuate prin hotărârea prealabilă nr. 12/2015 a Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală al instanței supreme (publicată în M. Of. nr. 409 din 10.06.2015), decizie prin care s-a statuat (printre altele) și cu privire la natura juridică a art. 309 C. pen., ca

special de pedeapsă) sancțiunea aplicabilă în concret (așa este cazul, de exemplu, la art. 206 C. pen., sau la art. 269 alin. 2 C. pen., ori la art. 270 alin. 2 C. pen., sau la 368 alin. 1 și 2 C. pen.); fie pentru a realiza însăși funcția de element constitutiv al conținutului juridic (normativ) al incriminării (cum este cazul art. 370 C. pen.); fie pentru a îndeplini o altă funcție, cum se pare a fi cazul în privința dispoziției de la art. 368 alin. 3 C. pen., unde referirea la conceptul de „pedeapsă prevăzută de lege” pentru o altă infracțiune pare să contribuie la un sistem de conversie a încadrării juridice a faptei, creat prin intermediul unei norme de trimitere/referire generic determinată.

Tot doar cu titlu de exemplu, vom menționa că și dispoziții de drept procesual penal includ referirea la conceptul de „pedeapsă prevăzută de lege”, pentru a condiționa incidența anumitor instituții specifice acestei ramuri de drept. De pildă, se întâlnesc asemenea cazuri în legătură cu: obligația de asistență juridică a suspectului/inculpatului – art. 90 alin. 1 lit. c) Cod procedură penală⁵; una dintre condițiile (alternative) necesar a fi întrunite pentru a se putea lua în considerare dispunerea măsurii arestului preventiv – art. 223 alin. 2 C. pr. pen. etc.

Am menționat în debutul articolului și împrejurarea că expresia „pedeapsă prevăzută de lege” cunoaște și diverse variante, la rândul lor legale (întrebuințate de legiuitor), al căror înțeles – în funcție și de context – poate acoperi integral (reprezentând o exprimare echivalentă), sau măcar în parte, sfera de acoperire a conceptului (explicit) de referință astfel circumstanțiat. În cazul utilizării acestora de către legiuitor, problema care se ridică, în mod legitim, este dacă semnificația normativă a conceptului „pedeapsă prevăzută de lege” rămâne să se aplice ca atare și în ipotezele respective, cu întreaga sferă de cuprindere (dar și cu limitările corespunzătoare) dedusă(e) din prevederea cuprinsă în art. 187 C. pen., sau dacă nu se exprimă cumva, astfel, tendința de a se ieși de sub guvernarea strictă a sensului formal al expresiei, trasat imperativ prin dispoziția legală în cauză. Cu alte cuvinte, atunci când legiuitorul apelează la construcții semantice apropiate, dar nu identice, ca formă (cel puțin) cu expresia „pedeapsă prevăzută de lege”, se mai aplică, sau nu, semnificația normativă a conceptului, astfel cum este ea reglementată în art. 187 C. pen.? Ne putem raporta, spre exemplu, la următoarele prevederi (și la altele similare): „legea prevede pedeapsa aplicabilă/pedepsele aplicabile”⁶, „se aplică pedeapsa pentru acea infracțiune”⁷, „legea prevede pedepse alternative”⁸, „sancțiunea prevăzută de lege”⁹, „infracțiune sancționată de lege (cu)”¹⁰, „maximul pedepsei”/„maximul special prevăzut”¹¹ ș.a. Problema este reală și observăm că s-au exprimat deja (chiar și implicit) opinii care contestă împrejurarea că semnificația normativă a conceptului de „pedeapsă prevăzută de lege” ar mai fi incidentă, strict și imperativ, atunci când legiuitorul nu ar utiliza *ad litteram* expresia,

reprezentând un fel de sediu comun pentru variantele agravate ale mai multor infracțiuni de corupție și de serviciu (cele la care face referire art. 309 alin. 1 C. pen.). Ne menținem opțiunea în enumerare, având o serie de rezerve critice asupra acestei soluții implicit atinse de instanța supremă (obiectul principal al sesizării în acel dosar fiind altul), pe care le vom aprofunda, poate, într-un alt cadru.

⁵ Codul de procedură penală al României, în vigoare, este reprezentat de Legea nr. 135/2010, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010 (cu modificări și completări aduse ulterior).

⁶ A se vedea, de pildă, art. 2 alin. 1 C. pen.

⁷ A se vedea, de pildă, art. 34 alin. 2 C. pen., și art. 51 alin. 2 C. pen.

⁸ A se vedea, de pildă, art. 74 alin. 2 C. pen.

⁹ A se vedea, de pildă, art. 206 C. pen.

¹⁰ A se vedea, de pildă, art. 286 alin. 2 lit. c) C. pen.

¹¹ A se vedea, de pildă, art. 6 alin. 1 C. pen., sau art. 4 din Legea nr. 187/2012, pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal (publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012, rectificată în M. Of. nr. 117 din 1 martie 2013).

ci ar recurge la o formulare apropiată, dar formal diferită/distinctă de aceasta.¹² Deși suntem de opinie că, în principiu, semnificația normativă a conceptului analizat se va menține și în asemenea cazuri (mai ales atunci când formula similară poate fi pusă în relație de tipul „parte-întreg” cu expresia explicată în art. 187 C. pen.), respectiv că un rol important în interpretare îl are și contextul legal în care este utilizată formula apropiată celei de „pedeapsă prevăzută de lege”, reținem și atragem atenția legiuitorului asupra vulnerabilității accentuate la care se expune sistemul (și imprecizia consecutivă aptă a se crea, respectiv caracterul bulversant pentru destinatarii normelor) ca urmare a întrebuirii unor exprimări legale potențial alternative, cu sens (propriu?) nereglementat, față de o expresie cu semnificație normativă expres determinată. Astfel, desigur că unele interpretări contrare pot fi interesate (în a eluda semnificația normativă a conceptului) și/sau tendențioase, în considerarea anumitor interese subiective conjuncturale, iar evitarea întrebuirii unor exprimări sinonime nu trebuie să devină excesivă și ilogică. Bineînțeles că atunci când are în vedere expres doar o anumită componentă a pedepsei abstracte/legale (deci, prevăzute de lege) – precum: doar maximul special al acesteia¹³ – legiuitorul poate face referire doar la aceasta, reieșind implicit că raportarea se efectuează, în continuare, la (o parte corespunzătoare din) conceptul de „pedeapsă prevăzută de lege”, cu păstrarea aceleiași semnificații pe care o are acesta și atunci când în lege se utilizează expresia în mod generic. Pe de altă parte, atunci când se face referire la (de exemplu) conceptul de „pedeapsă aplicabilă”, în funcție de context, s-ar putea

¹² Ne referim, spre exemplu, la unul dintre „argumentele” întrebuite în susținerea punctului de vedere al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, exprimat în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile în materie penală, astfel cum a fost acesta reținut în cuprinsul deciziei nr. 15/2014 a Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, din cadrul instanței supreme (publicată în M. Of. nr. 546 din 23.07.2014). Astfel, în susținerea soluției propuse (în final confirmată prin decizia obligatorie adoptată de instanță, dar fără reluarea acestei „motivări”), se arăta (printre altele): „În sprijinul tezei comparării pedepsei aplicate, prin hotărârea de condamnare, cu maximul special din legea nouă fără aplicarea sporului obligatoriu prevăzut de art. 43 alin. (5) din Codul penal, *nu poate fi primită eventuala invocare, ca argument de text, a art. 187 din Codul penal (...). Aceasta, deoarece dispozițiile art. 6 alin. (1) din Codul penal nu operează cu sintagma «pedeapsă prevăzută de lege», ci fac trimitere la «maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită»*. Așadar, în vederea determinării pedepsei aplicabile pentru infracțiunea săvârșită, se vor avea în vedere nu doar încadrarea juridică dată faptei, ci și circumstanțele atenuante [sic!], agravante [sic!], tentativa ori starea de recidivă, astfel cum au fost acestea reținute prin hotărârea definitivă de condamnare” [s.n.] – citatul a fost preluat din cuprinsul deciziei nr. 15/2014 (punctul VI), document care se poate consulta on-line, pe site-ul instanței supreme, la adresa de internet (verificată pe 29 februarie 2016): [http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery\[0\].Key=id&customQuery\[0\].Value=87052](http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery[0].Key=id&customQuery[0].Value=87052). De menționat că inexactitatea afirmațiilor referitoare la influențarea semnificației conceptului de „maxim special al pedepsei prevăzute de legea nouă”, ca efect al reținerii circumstanțelor atenuante sau agravante, reiese din dispozitivul unei hotărâri prealabile anterior pronunțate, anume decizia nr. 8/2014 a aceleiași instanțe complete, de la aceeași instanță (publicată în M. Of. nr. 473 din 27.06.2014).

¹³ Adeseori, fără a preciza neapărat expres aceasta, legiuitorul se referă, de fapt, doar la acest maxim special al pedepsei abstracte, atunci când face referire – în condiționarea existenței/incidenței/funcționării unei instituții de drept penal – la o anumită valoare a „pedepsei prevăzute de lege” (de exemplu, astfel stau lucrurile în privința condiției de gravitate necesare pentru existența termenului secund al recidivei; or a condiției de gravitate a infracțiunii comise de cetățeanul român în străinătate, în funcție de care se determină necesitatea verificării condiției dublei incriminări, pentru a se determina posibilitatea de aplicare a legii penale române în spațiu în baza principiului personalității; sau a determinării duratei termenelor de prescripție a răspunderii penale ș.a.m.d.). În acest sens, a se vedea: Michinici M.I., Dunea M., în Toader T. (coordonator), Michinici M.I., Răducanu R., Crișu-Ciocintă A., Rădulețu S., Dunea M., *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 328, 329.

în mod pertinent argumenta că s-au avut în vedere limitele legal permise/impuse între care ar urma să se stabilească o pedeapsă concretă, cu valorificarea tuturor instituțiilor modificatoare sau producătoare de efecte juridice asupra pedepsei, adică intervalul aflat în mod efectiv la dispoziția instanței pentru stabilirea pedepsei, iar nu doar acela indicat în dispoziția sancționatorie a normei de incriminare reținute, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de agravare a pedepsei.¹⁴ În plus, chiar nu înțelegem rațiunea (dacă există vreuna) pentru care, în situații de același fel, legiuitorul optează uneori pentru exprimări apropiate, dar totuși nu identice.¹⁵ În astfel de ipoteze, considerăm că legiuitorul ar trebui să exercite un control mai riguros al exprimării sale normative, urmărind unificarea și standardizarea formulărilor legale, iar nu diversificarea acestora (oricât de obositoare ar fi repetitivitatea emergentă), căci limbajul juridic nu țintește către idealurile celui literar.¹⁶

Separat de aceste aspecte, în raport de dispoziția art. 187 C. pen. și de semnificația normativă astfel impusă conceptului de „pedeapsă prevăzută de lege”, se pare că se conturează și probleme intrinseci, legate de o (aparent) excesivă generalizare a accepțiunii astfel formulate a expresie în cauză. Plecând de la oportunitatea/necesitatea reglementării și identificând o soluție corespunzătoare pentru cele mai multe ipoteze de lucru care i s-au înfățișat (probabil) la acel moment, legiuitorul a extins nelimitat semnificația astfel configurată a conceptului „pedeapsă prevăzută de lege”, fără a crea excepții acolo unde s-ar fi impus și fără a nuanța reglementarea, deși uneori acest imperativ se resimțea. Astfel, în funcție de contextul îmbinării conceptului în cauză cu diverse instituții ale dreptului penal, aflate – la rândul lor – în varii interacțiuni concrete cu alte instituții ale dreptului penal, se pot observa atât ipoteze în care nu se ridică nicio problemă de interpretare și aplicare a expresiei (exact în sensul strict reglementat de art. 187 C. pen.), precum și ipoteze în care recunoașterea semnificației normative a conceptului analizat ar conduce la soluții discutabile (fie din punct de vedere al echității, fie din perspectiva unei coerente funcționări de ansamblu a sistemului penal), astfel încât se propune/încearcă/impune (chiar) eludarea aplicării acestor dispoziții, la nivelul doctrinei și practicii judiciare. Drept urmare, putem afirma că există scindări în abordarea doctrinară și jurisprudențială a conceptului de

¹⁴ Astfel, spre exemplu, considerăm că în cazul comiterii unei infracțiuni în formă continuată, se poate utiliza corect expresia „pedeapsa aplicabilă” pentru a face referire la întregul interval de pedeapsă în care este posibilă fixarea (într-un singur timp!) unei pedepse concrete, anume de la minimul special al pedepsei prevăzute de lege, până la limita superioară reprezentată de valoarea obținută prin adăugarea la maximul special al pedepsei prevăzute de lege pentru acea infracțiune a maximului sporului facultativ apt de aplicare; de asemenea, în cazul comiterii unei infracțiuni cu reținerea de circumstanțe agravante ș.a.m.d.

¹⁵ Spre exemplu, ne eludează motivul logic pentru care, în cuprinsul art. 269 alin. 2 și 270 alin. 2 C. pen. se prevede că „pedeapsa aplicată (...) nu poate fi mai mare decât *pedeapsa prevăzută de lege* pentru fapta săvârșită de autor” [s.n.], iar în art. 206 C. pen. se dispune: „fără ca pedeapsa aplicată să poată depăși *sancțiunea prevăzută de lege* pentru infracțiunea care a format obiectul amenințării” [s.n.], deși, în ambele cazuri, este clar vorba despre o limitare a pedepsei concrete aplicabile pentru o infracțiune, prin interdicția depășirii maximului special al pedepsei prevăzute de lege (în sensul de la art. 187 C. pen.) pentru o altă infracțiune, de referință (după caz: infracțiunea obiect al amenințării, ori infracțiunea comisă de terțul favorizat sau infracțiunea din care au provenit bunurile tănuite).

¹⁶ Facem trimitere în acest context și la dispozițiile Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative (forma republicată în M. Of. nr. 260/2010), precum art. 8 alin. 4 teza finală („Forma și estetica exprimării nu trebuie să prejudicieze stilul juridic, precizia și claritatea dispozițiilor”), sau art. 37 alin. 1 („În limbajul normativ aceleași noțiuni se exprimă numai prin aceiași termeni”).

„pedeapsă prevăzută de lege”, în pofida structurii monolitice a semnificației normative conferite prin art. 187 C. pen.

Astfel, în primul rând, considerăm că un prim nivel de sciziune între două semnificații distincte ale conceptului „pedeapsă prevăzută de lege” se realizează între, pe de o parte, planul individualizării judiciare a pedepsei, respectiv, pe de altă parte, planul diverselor instituții de drept penal (și procesual penal) care utilizează conceptul pentru a își determina propriile condiții de existență, ori sfera de aplicare, cazurile de incidență, întinderea efectelor etc. De pildă, dacă o persoană, în antecedentele căreia există o infracțiune care întrunește toate condițiile primului termen al recidivei, comite o nouă infracțiune, rămasă la stadiul de tentativă (relevantă penal, pedepsibilă), atunci conceptul „pedeapsă prevăzută de lege” va avea o semnificație distinctă în funcție de perspectiva de abordare. Pentru a determina existența sau inexistența stării de recidivă, în verificarea întrunirii condițiilor celui de-al doilea termen al acesteia (infracțiunea nou comisă), prin „pedeapsă prevăzută de lege” se va avea în vedere – în sensul strict prevăzut de art. 187 C. pen. – maximul special al pedepsei indicate în dispoziția sancționatorie a normei de incriminare a respectivei fapte, pentru forma tipică a acesteia (anume aceea de fapt consumat), fiind indiferentă împrejurarea că fapta concretă, fiind rămasă la stadiul de tentativă, devine incident regimul sancționator specific acesteia, respectiv (ca regulă) diversificarea de pedeapsă, care va conduce (în principiu) la înjumătățirea valorii maximului special respectiv. Sub acest aspect, tentativa înscriindu-se, ca natură juridică, în categoria cauzelor de atenuare/reducere a pedepsei, efectele sale sancționatorii sunt excluse de la operațiunea de verificare a gravității/periculozității abstracte a faptei, în vederea determinării existenței sau inexistenței stării de recidivă, potrivit art. 187 C. pen. (ipoteză identică, de altfel, și în privința determinării necesității de a se verifica dubla incriminare pentru aplicarea în spațiu a legii penale române potrivit principiului personalității, ori în cazul identificării duratei termenului de prescripție a răspunderii penale etc.) Pe de altă parte, ulterior depășirii acestei etape, atunci când instanța urmează a stabili o pedeapsă concretă în limitele abstracte ale „pedepsei prevăzute de lege”, desigur că va avea în vedere împrejurarea concretă reținută, anume că fapta este doar o tentativă, iar nu o infracțiune consumată, astfel încât pedeapsa prevăzută de lege în cadrul căreia se va fixa pedeapsa concretă va fi reprezentată de limitele de pedeapsă corespunzătoare tentativei (în principiu, între jumătatea minimului și jumătatea maximului prevăzute de lege pentru infracțiunea consumată) – eventual cu integrarea regimului sancționator specific recidivei (sporirea cu jumătate a limitelor de pedeapsă, care în acest caz ar fi limitele înjumătățite ale faptului consumat, dacă ar fi vorba despre reținerea unei recidive postexecutorii).

Este de observat, ca atare, că semnificația normativă conferită conceptului de „pedeapsă prevăzută de lege” prin art. 187 C. pen. tinde a se plia și a fi caracteristică abordării acestei expresii prin prisma ansamblului instituțiilor care își leagă existența sau efectele, ori funcționarea, de acest concept. Pe de altă parte, sub aspectul operațiunilor de individualizare judiciară a pedepsei, de determinare a sferei sancționatorii reale și efective în cadrul căreia instanța are aptitudinea de a stabili pedeapsa concretă, semnificația normativă a conceptului tinde a nu se mai potrivi corespunzător, fiind insuficientă, deoarece ea oferă doar baza operațiunii, urmând apoi ca judecătorul să țină seama de toate cauzele de modificare (atenuare ori agravare) incidente, tocmai pentru a afla întinderea exactă a limitelor legale (abstracte) în cadrul cărora poate efectua individualizarea sancțiunii!

În al doilea rând, chiar abordând conceptul doar prin prisma interacțiunii sale cu diferitele instituții care își leagă/condiționează existența/incidența/efectele de „pedeapsa

prevăzută de lege”, există – după cum aminteam – anumite probleme legate de sfera (prea) generală de cuprindere a semnificației normative a expresiei, în forma actuală de existență a acesteia. Unele dintre incongruențele emergente pot fi evidențiate inclusiv în jurisprudența obligatorie a instanței supreme. Spre exemplu, în rândul numeroaselor hotărâri prealabile pronunțate cu privire la dispozițiile art. 6 C. pen., referitor la aplicarea legii penale mai favorabile după condamnarea definitivă, pot fi identificate o serie de decizii care ridică problema semnificației „pedeapsă prevăzută de lege”/”maxim special al pedepsei prevăzute de legea nouă”, prin prisma interacțiunii cu o multitudine de instituții generale ale dreptului penal. În majoritatea acestor decizii, soluția atinsă poate fi apreciată drept conformă, într-un sens strict, cu dispozițiile art. 187 C. pen. Aceasta pentru că – dincolo de anumite aspecte critice privind lipsa de echitate sau discutabila transgresare a unor principii de drept – prin respectivele decizii s-a statuat că prin „maxim special al pedepsei prevăzute de legea nouă”, la care urmează a se face raportarea pedepsei definitiv aplicate în baza legii vechi, pentru a se decide dacă este sau nu incidentă reducerea de pedeapsă, conform principiului *mitior lex* (în aplicarea acestuia caracteristică succesiunii legilor penale ulterior rămânerii definitive a hotărârii de condamnare), se înțelege doar maximul special prevăzut în norma de incriminare corespunzătoare din legea nouă, fără luarea în considerare (de pildă) a caracterului continuat de săvârșire a faptei¹⁷, ori a efectului produs asupra pedepsei legale de reținerea circumstanțelor atenuante sau agravante¹⁸, sau a efectului produs de reținerea unei cauze speciale de reducere a pedepsei¹⁹. Pe de altă parte, există însă și unele decizii de același tip ale instanței supreme, în care, din contra, prin „maxim special al pedepsei prevăzute de legea nouă”, în sensul art. 6 alin. 1 C. pen., urmează a se înțelege, în caz de tentativă, „maximul prevăzut de lege pentru forma tentată (maximul special al pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea consumată, redus sau înlocuit conform dispozițiilor privind tratamentul sancționator al tentativei)”²⁰, respectiv, în caz de recidivă postexecutorie, „maximul special prevăzut în legea nouă pentru infracțiunea săvârșită prin luarea în considerare a dispozițiilor art. 43 alin. (5) din Codul penal” (adică a fracției de majorare, cu jumătate, a limitelor speciale ale pedepsei abstracte)²¹. Este evident că, în aceste două hotărâri obligatorii, interpretarea conferită sensului conceptului de „pedeapsă prevăzută de lege” nu mai este conformă cu dispozițiile art. 187 C. pen. În raport de instituția tentativei, unul din argumentele care au susținut această soluție s-a fundamentat pe o altă semnificație normativă a unui concept, anume acela de „infracțiune săvârșită”²², relevându-se faptul că tentativa nu este, ca natură juridică, doar o cauză de reducere a pedepsei, ci și o formă (atipică, imperfectă, dar autonomă – concept discutabil în anumite limite și cu privire la anumite efecte produse) a infracțiunii. Practic, pentru a se extrage

¹⁷ A se vedea decizia nr. 7/2014, pronunțată de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în M. Of. nr. 471 din 26.06.2014.

¹⁸ A se vedea decizia nr. 8/2014, pronunțată de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în M. Of. nr. 473 din 27.06.2014.

¹⁹ A se vedea decizia nr. 14/2014, pronunțată de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în M. Of. nr. 525 din 15.07.2014.

²⁰ A se vedea decizia nr. 6/2014, pronunțată de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în M. Of. nr. 471 din 26.06.2014.

²¹ A se vedea decizia nr. 15/2014, pronunțată de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în M. Of. nr. 546 din 23.07.2014.

²² Potrivit art. 174 C. pen., „Prin săvârșirea unei infracțiuni sau comiterea unei infracțiuni se înțelege săvârșirea oricăreia dintre faptele pe care legea le pedepsește ca infracțiune consumată sau ca tentativă, precum și participarea la comiterea acestora în calitate de coautor, instigator sau complice”.

cazul tentativei de sub incidența semnificației normative a conceptului „pedeapsă prevăzută de lege” (dar numai) în raport de relevarea acestei semnificații prin prisma interacțiunii cu instituția reglementată în art. 6 C. pen., s-a exploatat o tensiune latentă care poate fi identificată între semnificațiile normative ale conceptelor explicate de art. 174 și 187 C. pen., or, mai bine spus, ambivalența existentă în privința naturii juridice a tentativei și lipsa unor criterii clare potrivit cărora, în situații distincte și în interacțiune cu instituții diferite ale dreptului penal, se accentuează preponderent una sau alta dintre aceste naturi juridice ale tentativei. Această susținere lipsește însă în privința instituției recidivei postexecutorii, deși soluția atinsă în privința acesteia (în jurisprudența obligatorie a instanței supreme), prin prisma art. 6 alin. 1 C. pen. și a eludării semnificației normative din art. 187 C. pen. a expresiei „pedeapsă prevăzută de lege”, a fost similară. Argumentele la care s-a recurs în motivarea (formală) a acestei rezolvări puteau fi valabile și în raport de alte cauze de agravare sau atenuare a pedepsei, cel puțin dintre cele legale și cu efect sancționator obligatoriu (precum circumstanțele atenuate, ori efectele cauzelor speciale de reducere a pedepsei), ceea ce nu a împiedicat însă instanța supremă să pronunțe soluții diferite cu privire la acestea din urmă. Mărturisim că practica obligatorie astfel conturată ne apare imprecisă, impredictibilă, neunitară și contradictorie în identificarea criteriul esențial în funcție de care se achiesează uneori strict, iar alteori deloc, la semnificația normativă a conceptului de „pedeapsă prevăzută de lege”, iar acesta ar trebui să reprezinte un motiv suplimentar pentru a impulsiona o intervenție expresă (mai atentă și conștientă decât precedentă) din partea legiuitorului.

Se poate reflecta și asupra altor aspecte similare, în speranța unei perfecționări a actualului cadru legislativ în materie. Spre exemplu, ne putem întreba dacă, în identificarea duratei termenelor de prescripție a răspunderii penale, este echitabil ca răspunderea penală a celui care a comis o tentativă relevantă penal (pedepsibilă), a unei anumite infracțiuni, să se prescrie în același termen aplicabil și celui care a consumat respectiva infracțiune? Sau dacă, în cazul minorului răspunzător penal, care a comis o asemenea tentativă, posibilitatea aplicării unei măsuri educative privative de libertate ar trebui să se determine în raport de maximul special prevăzut de lege pentru fapta consumată, or numai pentru fapta tentată efectiv comisă?²³ Acestea și multe alte asemenea întrebări ar trebui mai des și mai vizibil

²³ Pentru o opinie care apreciază că și *de lege lata*, dispoziția art. 114 alin. 2 lit. b) C. pen. ar trebui raportată la maximul special al pedepsei prevăzute de lege rezultat în urma aplicării dispozițiilor art. 33 C. pen., iar nu la maximul special al pedepsei prevăzute de lege pentru forma consumată a infracțiunii, a se vedea: Brutaru V., *Măsuri educative privative de libertate aplicate minorului/Educative measures deprived of liberty applied to minor offender*, material consultat în format electronic, disponibil la adresa de internet (consultată la data de 29 februarie 2016): <http://www.nos.iem.ro/bitstream/handle/123456789/233/Versavia%20Brutaru.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

În sens contrar s-au pronunțat deja și hotărârile în practica judiciară. A se vedea, spre exemplu: decizia nr. 55/RC din 10 februarie 2015, pronunțată de secția penală a Înaltei Curți de Casație și Justiție, accesibilă în format electronic la adresa de internet: [http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery\[0\].Key=id&customQuery\[0\].Value=119900](http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery[0].Key=id&customQuery[0].Value=119900) (verificată la data de 29 februarie 2016). În cuprinsul deciziei se subliniază: „chiar dacă minorul a săvârșit infracțiunea în forma tentativei, dacă pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea consumată este închisoare de 7 ani sau mai mare (...), instanța poate lua față de minor o măsură educativă privativă de libertate”.

În actualul context, apreciem că soluția corectă, prin prisma art. 187 C. pen. și a inexistenței unei derogări exprese de la acesta, este în acest din urmă sens, doar de *lege ferenda* putându-se discuta despre oportunitatea raportării dispoziției din art. 114 alin. 2 lit. b) C. pen. la maximul special al pedepsei prevăzute de lege pentru tentativă, în ipoteza în care aceasta ar fi forma îmbrăcată de infracțiunea concret săvârșită de infractorul minor.

formulate în doctrină, în speranța conturării unei versiuni îmbunătățite a conceptului de „pedeapsă prevăzută de lege”, care să fie ulterior propusă legiuitorului. Până atunci, actuala semnificație normativă a expresiei ne apare, din păcate (ca atât de multe alte dispoziții normative actuale), a reprezenta un fel de „pat al lui Procust”, în care doar întâmplarea poate face să asistăm la o întâlnire fericită între ocupanții temporari (instituțiile penale incidente pe caz concret, aflate în variate forme de inter-relaționare) și cadrul de manifestare oferit de legiuitor, dar în care realitatea ne oferă și exemple triste de mutilări juridice, sau încercări disperate de evitare a acestui deznodământ, prin însăși evitarea încadrării în formula astfel prestabilită (soluție formal legitimată prin motivări mai mult sau mai puțin pertinente și coerente).

DESPRE POSIBILITATEA ÎNLĂTURĂRII PEDEPSEI AMENZII ÎN CAZUL ART. 6 ALIN. 3 COD PENAL

Rodica BURDUȘEL*

Abstract:

The institution of the more favourable criminal law enforcement, after the final trial of the cause, is regulated through more hypotheses, one of these referring to the replacement of the prison punishment execution by the fine and, subsequently, the abolishment of the execution of the latter one, in all or in part, in comparison with the executed part from the prison punishment.

Since the legislator does not provide the elements in respect of which should be made the replacement and/or the abolishment of the prison punishment, and in the doctrine more opinions were expressed, in the present article, we propose to present, beside the opinions already expressed, other solutions, too.

Keywords: *more favourable criminal law, the replacement and/or the abolishment of the prison punishment by the fine.*

Rezumat:

Instituția aplicării legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei este reglementată prin mai multe ipoteze, una dintre acestea referindu-se la înlocuirea executării pedepsei închisorii cu amenda și, ulterior, înlăturarea executării acesteia din urmă, în totul sau în parte, în raport cu partea executată din pedeapsa închisorii.

Întrucât legiuitorul nu prevede modalitatea în raport de care să se facă înlăturarea executării amenzii, în doctrină au fost exprimate mai multe opinii ce vor fi prezentate în articol și pe care le considerăm principal corecte, dar și susceptibile de completări.

Cuvinte-cheie: *lege penală mai favorabilă, înlăturarea executării pedepsei amenzii*

1. Aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei

Printre incidentele ce pot să apară în perioada executării hotărârii penale definitive de condamnare de către persoana fizică majoră sau minoră, în stare de libertate sau în detenție este și intrarea în vigoare a unei legi penale mai favorabile.

Situația aceasta este reglementată de legiuitor prin mai multe ipoteze, în art. 6 alin. 1-7 C. pen., numit – *aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei*.

Ipotezele avute în vedere de legiuitor sunt următoarele:

1.1. Condamnatul persoană fizică se află în cursul executării pedepsei atunci când intră în vigoare o lege penală mai favorabilă, care prevede pentru infracțiunea săvârșită o pedeapsă principală (închisoarea sau amenda) al cărui maxim special este mai mic decât durata pedepsei aplicate ce se execută, ipoteză reglementată în art. 6 alin. 1 C. pen.

* Lect. univ. dr., Universitatea „Titu Maiorescu” din București, Facultatea de Drept; e-mail: dotla2015@yahoo.com

În acest caz, instanța de executare este obligată să reducă pedeapsa principală aplicată la maximul special al pedepsei prevăzută de legea mai favorabilă pentru infracțiunea comisă.

1.2. Condamnatul persoană fizică se află în cursul executării pedepsei detențiunii pe viață când intră în vigoare o lege penală mai favorabilă, care prevede pentru infracțiunea comisă numai pedeapsa închisorii, ipoteză reglementată în art. 6 alin. 2 C. pen.

În acest caz, instanța de executare este obligată să înlocuiască pedeapsa aplicată a detențiunii pe viață cu maximul special al pedepsei închisorii prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită.

1.3. Condamnatul persoană fizică se află în executarea pedepsei închisorii când intervine o lege penală mai favorabilă, care prevede pentru aceeași infracțiune numai pedeapsa amenzii, ipoteză reglementată în art. 6 alin. 3 C. pen.

În acest caz, instanța de executare *este obligată să înlocuiască* pedeapsa aplicată a închisorii cu pedeapsa prevăzută a amenzii, fără a putea depăși maximul special prevăzut de legea penală mai favorabilă.

Totodată, instanța de executare *are posibilitatea să înlăture* în totul sau în parte executarea amenzii, ținând seama de partea executată din pedeapsa închisorii.

Această din urmă ipoteză va fi analizată în continuare.

2. Incidența art. 6 alin. 3 C. pen.

Prevederile referitoare la legea penală mai favorabilă vor fi aplicate când sunt îndeplinite cumulativ mai multe condiții, dintre care unele generale, iar altele speciale, astfel:

Condiții generale:

► să se fi pronunțat o hotărâre definitivă de condamnare la pedeapsa închisorii, indiferent de durata acesteia, în baza legii în vigoare la momentul săvârșirii și judecării infracțiunii;

► să intre în vigoare o lege nouă în intervalul cuprins între rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare și executarea integrală a pedepsei închisorii sau până la stingerea executării acesteia prin orice mijloc de stingere.

Referirea directă și expresă la legea a legiuitorului credem că nu exclude aplicarea art. 6 alin. 3 C. pen. când în vigoare intră o ordonanță de urgență ce cuprinde dispoziții penale mai favorabile, în sensul că pentru infracțiunea săvârșită prevede numai pedeapsa amenzii, chiar dacă o astfel de situație este prevăzută numai în art. 5 alin. 2 C. pen. referitor la aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei;

► legea nouă mai favorabilă să intervină în cursul executării pedepsei închisorii. Având în vedere că pedeapsa închisorii se execută, ca regulă, prin privare de libertate, dar se poate executa și în stare de libertate, legea nouă mai favorabilă poate să intre în vigoare, fie când persoana condamnată execută pedeapsa închisorii în penitenciar în regim de detenție, fie când execută în stare de libertate ca urmare a suspendării condiționate a executării pedepsei, a suspendării executării pedepsei sub supraveghere sau a liberării condiționate;

► pedeapsa aplicată a închisorii nu prezintă interes sub aspectul duratei acesteia și nici dacă provine dintr-o pedeapsă prevăzută de legiuitor ca unică sau alternativă cu amenda, dintre care instanța a ales pedeapsa închisorii în baza art. 74 alin. 2 C. pen.;

► infracțiunea pentru care s-a aplicat pedeapsa închisorii poate fi săvârșită atât în formă consumată cât și în forma tentativei, precum și în orice formă a unității naturale sau legale a infracțiunii;

► pedeapsa închisorii poate fi aplicată și printr-o hotărâre definitivă de condamnare pronunțată în străinătate, pentru o faptă prevăzută ca infracțiune și de legea penală română și care a fost recunoscută potrivit legii (Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală¹).

Condiții speciale:

► legea nouă să fie mai favorabilă decât legea în vigoare la momentul săvârșirii și judecării infracțiunii sub aspectul prevederii pentru aceeași infracțiune a unei pedepse mai ușoare în ceea ce privește exclusiv felul acesteia;

► legea nouă să fie mai favorabilă sub aspectul felului pedepsei principale prevăzută comparativ cu felul pedepsei principale aplicată, adică să prevadă pentru aceeași infracțiune numai amenda în locul pedepsei unice a închisorii sau a pedepsei închisorii alternativă cu amenda;

► pedeapsa închisorii ce se execută poate să fie aplicată, fie pentru o singură infracțiune, fie pentru un concurs de infracțiuni. Însă, în caz de concurs de infracțiuni, prevederile art. 6 alin. 3 C. pen. sunt incidente numai dacă pentru toate infracțiunile concurente legea nouă prevede în locul pedepsei închisorii numai amenda. Dacă fie și numai pentru o singură infracțiune din concurs legea nouă prevede pedeapsa amenzii alternativ cu pedeapsa închisorii, numai subzistă rațiunea aplicării legii penale mai favorabile, astfel că aplicarea acestui text este exclusă;

► pedeapsa aplicată a închisorii ce va fi înlocuită cu amenda este stabilită între limitele legale speciale, dar poate fi stabilită și ca urmare a reținerii cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei;

► pedeapsa închisorii poate fi aplicată pentru infracțiunea săvârșită atât infractorului persoană fizică major cât și minor, atât infractorului primar cât și recidivist. Este evidentă excluderea persoanei juridice de la beneficiile legii penale mai favorabile oferite de art. 6 alin. 3 C. pen., aceasta nefiind sancționată decât cu pedeapsa principală a amenzii.

În cazul infractorului minor care a fost condamnat definitiv la pedeapsa închisorii nu operează înlocuirea acesteia cu pedeapsa amenzii, întrucât legiuitorul a prevăzut o reglementare distinctă în art. 21 din Legea nr. 187/2012 și anume, pedeapsa închisorii executabilă, aplicată în baza Codului penal din 1969 pentru infracțiuni comise în timpul minorității, se înlocuiește cu măsura educativă a internării într-un centru de detenție pe o perioadă egală cu durata pedepsei închisorii.

3. Procedura aplicării art. 6 alin. 3 C. pen.

Pentru aplicarea legii penale mai favorabile în condițiile art. 6 alin. 3 C. pen. legiuitorul a prevăzut două etape, care trebuie parcurse într-o anumite ordine și anume, întâi *etapa înlocuirii* și ulterior *etapa înlăturării*.

Prima etapă este obligatorie atât sub aspectul parcurgerii cât și al aplicării și constă în înlocuirea pedepsei aplicată a închisorii cu pedeapsa prevăzută a amenzii. zilelor-amendp

¹ Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 594 din 1 iulie 2004, republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 377 din 31 mai 2011.

Cuantumul pedepsei amenzii care a înlocuit numărul zilelor de închisoare rămase neexecutate la data intrării în vigoare a legii noi se stabilește după regula zilelor-amendă prevăzută în art. 61 C. pen.

Subliniem faptul că înlocuirea este impusă de legiuitor și deci obligatorie pentru instanță, după cum obligatorie este și respectarea limitei impuse cuantumului amenzii ce va fi dată spre executare în locul pedepsei închisorii, adică nu mai mult decât maximul special prevăzut în legea nouă pentru pedeapsa amenzii.

Determinarea cuantumului amenzii se face folosind sistemul zilelor-amendă prevăzut în art. 61 alin. 2-4 C. pen., potrivit căruia suma corespunzătoare unei zile-amendă trebuie să se încadreze în limitele generale ce nu pot fi depășite și anume între 10 lei și 500 lei, iar numărul zilelor-amendă trebuie să se situeze între limitele speciale cuprinse între 60 și 180 de zile-amendă fixate de legiuitor pentru infracțiunile a căror pedeapsă prevăzută este numai amenda, fără a se putea depăși limitele generale cuprinse între 30 de zile și 400 de zile.

Etapă a doua este obligatorie numai sub aspectul parcurgerii nu și al aplicării și constă în posibilitatea înlăturării în totul sau în parte a executării amenzii, astfel cum a fost stabilită în prima etapă, ținându-se seama de partea executată din pedeapsa închisorii.

În legătură cu această etapă este de remarcat faptul că numai procedural aceasta este obligatorie, în sensul că instanța trebuie să o parcurgă verificând în ce măsură partea executată din pedeapsa închisorii justifică înlăturarea în întregime sau numai în parte a executării amenzii, însă înlăturarea este facultativă, ea depinzând de rezultatul echivalării. În final, persoana condamnată va executa, fie cuantumul întreg al amenzii, astfel cum a fost stabilit în etapa înlocuirii, fie numai o parte din cuantumul amenzii ori nu va mai executa deloc amenda.

În concluzie, aplicarea legii penale mai favorabile conform art. 6 alin. 3 C. pen. parcurge două etape, ambele stabilite de legiuitor, cu rezultate diferite astfel, întâi etapa înlocuirii pedepsei închisorii cu pedeapsa amenzii, înlocuire efectuată de către instanță și ulterior etapa înlăturării executării amenzii, în cadrul căreia înlăturarea este decisă și făcută de instanță.

4. Mecanismul înlăturării în totul sau în parte a executării pedepsei amenzii

A doua etapă, prin parcurgerea căreia se continuă aplicarea prevederilor art. 6 alin. 3 C. pen., a condus la exprimarea în literatura de specialitate a unor opinii diferite cu privire la procedeul prin care instanța ar urma să stabilească că pedeapsa amenzii ce a înlocuit pedeapsa închisorii va fi executată în întregime, în parte sau deloc în raport cu partea executată din pedeapsa închisorii.

Redăm în continuare aceste opinii:

„...judecătorul nu este ținut să scadă din numărul zilelor-amendă exact zilele de închisoare executate”.²

„Ținându-se seama de partea executată din pedeapsa închisorii se va putea înlătura în totul sau în parte executarea amenzii, *în mod obligatoriu*, dacă după transformarea zilelor de închisoare în echivalentul amenzii se va constata că amenda a fost deja executată, fără alte aprecieri cu privire la natura infracțiunii sau la comportamentul persoanei condamnate”.³

² Florin Streteanu, Daniel Nițu, *Drept penal. Partea generală*, curs universitar, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 143.

³ Iancu Tănăsescu, *Curs de drept penal general*, Ed. INS, București, 1997, p. 128.

„În practică, luarea în considerare ca executată în tot sau în parte a amenzii în raport de partea din pedeapsa închisorii executată, are la bază criteriul proporționalității, fără a-l absolutiza. Astfel, dacă partea executată din pedeapsa închisorii reprezintă jumătate din pedeapsa aplicată și amenda poate fi considerată ca executată în aceeași proporție. Acest criteriu matematic nu trebuie absolutizat, evitându-se situațiile care ar putea duce la fracțiuni derizorii din pedeapsă”.⁴

„Legiuitorul nu a prevăzut modul în care se echivalează partea din pedeapsa închisorii executată cu amenda, iar doctrina nu oferă nici ea vreun criteriu.

Considerăm că instanța va trebui să aibă în vedere sistemul zilelor-amendă prevăzut în art. 61 din noul Cod penal pentru a stabili dacă pedeapsa amenzii a fost executată în tot sau numai în parte, unei zile de închisoare corespunzându-i o zi-amendă (art. 61 și 63 C. pen)”.⁵

„La stabilirea înlăturării totale sau parțiale a executării amenzii, se va ține seama de perioada închisorii care s-a executat deja, dar și de faptul că pedeapsa închisorii presupune o constrângere mai severă decât constrângerea pe care o reprezintă pedeapsa amenzii”.⁶

„La stabilirea amenzii nu se va ține cont de partea din pedeapsa închisorii care a fost deja executată, însă acest aspect urmează a constitui, ulterior acestui pas, un element facultativ de determinare a cuantumului părții efectiv executabile din pedeapsa astfel fixată”.⁷

„...amenda prevăzută de legea nouă va putea fi înlăturată în total sau în parte, în raport de numărul de zile de închisoare executate”.⁸

Opiniile redate mai sus exprimă soluții diferite, pentru că legiuitorul nu a prevăzut în art. 6 alin. 3 C. pen. modul în care să procedeze instanța pentru a aprecia dacă amenda care a înlocuit partea neexecutată a închisorii va fi plătită în întregime, în parte sau deloc.

Majoritatea autorilor, în absența unui text explicit al legiuitorului și ținând seama de rațiuni de echitate, simetrie și proporționalitate a pedepselor⁹, înclină spre o echivalare aproape matematică a părții executată din pedeapsa închisorii cu pedeapsa amenzii.

Cu toate că instanța nu are la dispoziție o procedură clară, consider că hotărârea legiuitorului este corectă și se bazează pe aspecte strict practice, ce nu puteau fi cunoscute la momentul legiferării și anume, pe de o parte, durata și stadiul executării pedepsei închisorii, ce diferă de la caz la caz, iar, pe de altă parte, cuantumul pedepsei amenzii care a înlocuit pedeapsa închisorii, astfel că rezolvarea acestei situații a fost lăsată exclusiv la aprecierea judiciară a instanței.

În acest scop, instanțele competente să dispună cu privire la aplicarea legii penale mai favorabile au primit de la comisiile de evaluare a incidenței aplicării legii penale mai favorabile în cazul persoanelor aflate în executarea pedepselor și măsurilor educative privative de libertate dosarul fiecărui condamnat cuprinzând toate documentele necesare pentru stabilirea incidenței legii penale mai favorabile.

Pentru întocmirea acestui dosar, prin Hotărârea Guvernului nr. 836/2013 s-a stabilit că:

(1) Comisiile de evaluare îndeplinesc următoarele sarcini:

⁴ Viorel Pașca, *Prolegomene în studiul dreptului penal*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 178.

⁵ Viorel Pașca, *Drept penal. Partea generală*, ed. a III-a, actualizată cu modificările la zi ale Codului penal, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 115.

⁶ Marcel Ioan Rusu, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 92.

⁷ Tudorel Toader, Ruxandra Răducanu, Sebastian Rădulețu, Maria-Ioana Michinici, Anda Crișu-Ciocintă, Mihai Dunea, *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 26.

⁸ Alexandru Boroi, *Drept penal. Partea generală*, ediția 2, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 84.

⁹ Narcis Giurgiu, *Infracțiunea*, Ed. GAMA, Iași, 1994, p. 102.

a) analizează dosarele persoanelor care se află în executarea pedepselor privative de libertate și ale persoanelor condamnate aflate în centrele de reținere și arestare preventivă. Fac obiectul analizei și documentarele penale ale persoanelor aflate în întreruperea executării pedepselor sau măsurilor educative, ale persoanelor evadate și ale celor transferate temporar pentru punerea la dispoziția autorităților judiciare ale altor state, în temeiul Legii nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, republicată;

b) verifică, pentru fiecare persoană, cuantumul și stadiul executării fiecărei pedepse;

c) identifică situațiile condamnaților pentru fapte dezincriminate potrivit legii noi și situațiile care pot fi de natură să atragă aplicarea legii penale mai favorabile începând cu data intrării în vigoare a actelor normative prevăzute la art. 1;

d) identifică orice alte date, informații și situații pe care le consideră relevante pentru aplicarea legii penale mai favorabile.

(2) Pentru fiecare persoană privată de libertate comisiile întocmesc fișe individuale care cuprind rezultatul verificărilor prevăzute la alin. (1) lit. b)-d)¹⁰.

Cu toate că legiuitorul îndreaptă instanța spre unicul reper stabilit, cel al părții executate din pedeapsa închisorii și, totodată, suficient pentru înlăturarea în totul sau în parte a executării pedepsei amenzii având în vedere asprimea acesteia comparativ cu amenda, consider că instanța competentă să se pronunțe asupra sesizărilor sau cererilor privind aplicarea obligatorie a legii penale mai favorabile prin prisma art. 6 alin. 3 C. pen. trebuie să aprecieze posibilitatea înlăturării executării amenzii în raport nu numai de durata executării închisorii, ci a oricăror date relevante pentru aplicarea legii, după cum rezultă din însuși actul administrativ menționat.

Astfel, comisiile de evaluare au analizat dosarele persoanelor care se aflau în executarea pedepselor privative de libertate, ale persoanelor condamnate aflate în centrele de reținere și arestare preventivă, ale persoanelor aflate în întreruperea executării pedepselor sau măsurilor educative, ale persoanelor evadate și ale celor transferate temporar pentru punerea la dispoziția autorităților judiciare ale altor state, au verificat durata pedepsei aplicate și partea executată din fiecare pedeapsă cu închisoarea și au identificat orice situații care puteau atrage aplicarea legii penale mai favorabile și au întocmit pentru fiecare persoană privată de libertate fișe individuale pe care le-au pus la dispoziția instanțelor.

Sub acest aspect, este evident că posibilitatea înlăturării în totul sau în parte a executării pedepsei amenzii se evaluează prin prisma mai multor elemente, printre care și comportamentul persoanei condamnate în cursul executării pedepsei închisorii.

Deși legiuitorul se raportează în etapa înlăturării amenzii numai la partea executată din pedeapsa închisorii, efectele acesteia produse asupra comportamentului persoanei condamnate sunt un fapt cert și nu pot fi nici ignorate și nici reduse la o simplă durată fizică.

Timpul scurs prin executarea pedepsei închisorii trebuie să intereseze nu atât ca durată, cât ca schimbare comportamentală relevată de constatările persoanelor ce monitorizează activitățile condamnatului în scopul pregătirii sale pentru reintegrarea socială.

¹⁰Art. 4 din H.G. nr. 836/2013 privind constituirea și atribuțiile comisiilor de evaluare a incidenței aplicării legii penale mai favorabile în cazul persoanelor aflate în executarea pedepselor și măsurilor educative privative de libertate din perspectiva noilor reglementări penale și procesual penale, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 669 din 31 octombrie 2013.

Durata închisorii executată nu ar trebui să prezinte în sine relevanță penală hotărâtoare cunoscut fiind faptul că fixarea timpului necesar îndreptării comportamentale, fie în faza individualizării pedepsei, fie în faza executării acesteia, este supusă arbitrariului și că aceasta variază de la infractor la infractor și nu întotdeauna o durată mai mare este și premisa îndreptării convingătoare și meritorii a acestuia¹¹.

Prin prisma reperului stabilit de legiuitor, instanța ar trebui să ia în considerare nu numărul de zile de închisoare executate, ci conduita persoanei condamnate, formată prin programe educaționale, profesionale, psiho-terapeutice cât mai mult personalizate sau de grup, eforturile condamnatului în îndreptarea sa și nu stimulentele de care a beneficiat (recompense, liberarea condiționată, reducerea pedepsei ca urmare a muncii prestate) care deseori duc la o falsă și temporară corectare a conduitei.

De asemenea, natura infracțiunii săvârșite, persoana condamnatului, achitarea în întregime a obligațiilor civile stabilite în hotărârea definitivă de condamnare, precum și faptul că instanța de judecată a ales spre sancționare pedeapsa închisorii deși era prevăzută alternativ cu amenda, alături de timpul cât a executat din pedeapsă pot fi elemente pe baza cărora instanța ar putea stabili înlăturarea în întregime sau în parte a executării amenzii.

¹¹ Cristina Rotaru, *Fundamentul pedepsei. Teorii moderne*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 340.

UNELE PROBLEME IDENTIFICATE ÎN MATERIA REGLEMENTĂRII PLURALITĂȚII DE INFRAȚIUNI

Maria-Ioana MĂRCULESCU-MICHINICI*

Abstract:

The current criminal regulation in Romania, regarding the (real) plurality of offenses, maintains the interest about the distinction between the forms under which it presents itself. Taking into account that the provisions of the former art. 32 from the previous Romanian Criminal Code (who used to list the basic forms of manifestation of the plurality of offenses), were not retrieved by the new legislature, the author raises the question: what are the current forms of manifestation of the plurality of offenses in the Romanian criminal law and how many forms are there, depending on their structure, characteristics and legal treatment? Upon some situations covered by law, we believe that one may still discuss regarding their significance/their characterization.

Keywords: *(real) plurality of offenses; forms; interpretations; previous Romanian Criminal Code; current Romanian Criminal Code.*

Rezumat:

Transpunerea pluralității (reale) de infracțiuni pe planul reglementării actuale menține interesul distincției asupra formelor sub care se înfățișează aceasta. Pornind de la nepreluarea dispoziției din art. 32 CPA (care enumera formele de bază ale pluralității de infracțiuni), ridicăm întrebarea: care sunt (câte sunt) formele acceptate de lege lata, în funcție de structura, caracteristicile și tratamentul lor juridic? Asupra unor situații reglementate de lege, considerăm că încă se poate discuta în ceea ce privește semnificația/caracterizarea acestora.

Cuvinte-cheie: *pluralitate reală de infracțiuni; forme; interpretări; Cod penal anterior; Cod penal în vigoare*

I. Scurtă privire retrospectivă (concepția CPA)

În Titlul II – „Infracțiunea”, Capitol IV – „Pluralitatea de infracțiuni”, corespunzător art. 32-43, legiuitorul Codului penal anterior (1968)¹ reglementa două instituții juridico-penale distincte, și anume: pluralitatea reală de infracțiuni, în succesiunea reglementării găsimu-și consacrare și unitatea legală infracțională [desemnând pluralitate aparentă de infracțiuni, conform dispoziției din art. 41 alin. (1), care stipula: „În cazul infracțiunii continuate și al infracțiunii complexe nu există pluralitate de infracțiuni”].

Legiuitorul CPA a creat un cadru legal al materiei pluralității reale de infracțiuni, în art. 32-40², care consacra formele acestora și sistemele de sancționare corespunzătoare fiecărei

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași; e-mail: mimichinici@yahoo.com

¹ Legea nr. 15/1968, intrată în vigoare la 1 ianuarie 1969, activă până la 1 februarie 2014 (publicată în B. Of. nr. 79-79bis din 21 iunie 1968, republicată). În continuare, ne vom raporta la acest act normativ cu acronimul: „CPA”

forme în parte, articolul de debut în materie – art. 32 – prevăzând că: „Pluralitatea de infracțiuni constituie, după caz, concurs de infracțiuni sau recidivă”.

I.1. Interpretarea dispoziției din articolul pre-citat – în contextul ansamblului reglementărilor în materie (art. 33-40² CPA) – a condus la promovarea opiniei (majoritare) conform căreia legea consacră *trei forme ale pluralității reale de infracțiuni*: concursul de infracțiuni și recidiva, ca forme de bază (principale, fundamentale), la care se adăuga instituția disciplinată de art. 40 CPA, cu denumirea marginală „pedeapsa în unele cazuri când nu există recidivă”. Fiind impusă de modul de reglementare a celor două forme de bază, în aprecierea doctrinei majoritare (doctrină formată și consolidată în decursul timpului, sub domnia CPA), s-a evidențiat existența unei figuri/entități juridice distincte (atât față de concurs, cât și față de recidivă), ca desemnând cea de a treia formă a pluralității de infracțiuni, ceea ce legiuitorul consacră în mod implicit în art. 40, care s-a încetățenit sub denumirea de „pluralitate intermediară”, (re)cunoscută și în practica judiciară. Într-o altă opinie, introducerea pluralității intermediare printre formele pluralității de infracțiuni a fost primită cu rezerve, considerându-se că textul art. 32 CPA „cuprinde o enumerare exhaustivă, formele enumerate fiind toate și singurele componente ale pluralității de infracțiuni. (...) o atare enumerare nu îngăduie decât o interpretare declarativă; legiuitorul a prevăzut, în termeni categorici, doar două forme ale pluralității de infracțiuni, concursul de infracțiuni și recidiva, interzicând, implicit, fie restrângerea, fie extinderea sferei pluralității de infracțiuni – *tertium non datur*”.² În același sens, pornind de la criteriul legal de distincție între concursul de infracțiuni și recidivă – existența sau inexistența unei hotărâri definitive de condamnare, prag de referință/hotar ce le desparte – în doctrină s-a arătat că „așa-zisa pluralitate intermediară nu este decât o recidivă postcondamnatorie *de fapt* și nu de drept, deoarece deși prezintă, obiectiv, trăsăturile esențiale ale acesteia, nu întrunește și cerințele legale pentru existența recidivei în modalitatea postcondamnatorie. Pentru a o separa, totuși, de recidiva propriu-zisă, s-ar putea trata situația reglementată în art. 40 C. pen. ca o situație specială când nu există recidivă de drept, dar nu ca o pluralitate intermediară”.³

Tempi passati..., dar în contextul problematicei care ne preocupă, înțelegem să venim cu precizarea conform căreia, sub domnia CPA s-a lărgit considerabil (de la data intrării sale în vigoare, pe întreaga durată de activitate) sfera de reglementare a art. 40, care acoperea situațiile în care, după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare la o pedeapsă (neexecutată sau executată doar parțial), persoana condamnată săvârșea din nou o infracțiune, nefiind întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă (postcondamnatorie). În opinia noastră (manifestată, trebuie să recunoaștem, tardiv), instituția disciplinată de art. 40 CPA constituia o formă a pluralității reale de infracțiuni, formă distinctă de celelalte două forme (consacrate explicit), căreia i se putea atribui denumirea de *pluralitate derivată* (din pluralitatea infracțională postcondamnatorie, alta decât recidiva), sub aspectul condiției generale (comune) de existență vizând o condamnare anterioară rămasă definitivă, la o pedeapsă neexecutată integral, în raport de care se săvârșea din nou o infracțiune, (însă) în lipsa întrunirii cel puțin a unei cerințe legale pentru starea de recidivă (privitoare la primul termen din structură sau/și la termenul secund), instituție *cu existență autonomă*, „câștigată” legal prin domeniul propriu de aplicare (și întărită prin extinderea domeniului de aplicare), indiferent de către cine era ocupată poziția

² Guiu M.K., *Există o pluralitate intermediară de infracțiuni?*, în Revista de Drept Penal, nr. 4/1999, p. 57-58.

³ Antoniu G., *Reflecții asupra pluralității de infracțiuni*, în Revista de Drept Penal, nr. 4/1999, p. 19.

de subiect activ: persoană fizică majoră sau minoră, ori persoană juridică (în considerarea și cu îndeplinirea condițiilor răspunderii penale pentru o pluralitate de infracțiuni, alta decât concursul). Chiar dacă se plia pe structura unei recidive postcondamnatorii, lipsa (cel puțin a) unei cerințe dintre cele prevăzute de lege (implicând întrunire cumulativă în cazul nașterii recidivei), „deplasa” pluralitatea de infracțiuni în zona delimitată/acoperită de aplicarea dispoziției din art. 40 CPA, nefiind afectată existența instituției disciplinate în textul legal, nici măcar de asimilarea – exclusiv sub aspectul tratamentului penal – cu instituția concursului de infracțiuni. Potrivit prevederilor legale, pedeapsa se aplica, de principiu, potrivit regulilor pentru concursul de infracțiuni, însă se instituia și un regim juridic derogator (cazurile de săvârșire a noii infracțiuni în termenul de încercare al suspendării executării pedepsei – simple sau sub supraveghere – sau în termenul de încercare al grațierii condiționate, ori cazul comiterii infracțiunii de evadare din executarea sancțiunii penale), când pedeapsa *nu* se aplica potrivit regulilor pentru concursul de infracțiuni, fiind prevăzut un tratament mai sever, special, constând în cummul aritmetic al pedepselor (cazuri în care se putea semnala o mai mare apropiere față de recidiva postcondamnatorie, în sancționare fiind împrumutate excepțiile operante și în cazul acestei forme, nefiind însă întrunite cerințele legale subsumate existenței stării de recidivă). Aplecarea doctrinei asupra problemelor de delimitare între formele pluralității de infracțiuni consacrate (explicit sau implicit) prin lege, a permis și evidențierea deosebirilor marcante dintre ele, în afara asemănărilor existente între ele. Astfel, sub aspectul pericolozității sociale a infractorului perseverent pe cale infracțională, situat „pe o scară a gravității”, se departaja între *concursul de infracțiuni* și *recidivă* – forme ale pluralității de infracțiuni caracterizate prin grade (net) diferite ale pericolului social – cu poziționarea pe o treaptă superioară concursului, însă inferioară recidivei, a infractorului aflat în situația disciplinată de art. 40 CPA ...Și pentru că toate aceste *situații în care nu exista nici concurs de infracțiuni, dar nici recidivă (postcondamnatorie)* trebuiau să poarte un nume, un singur nume, li s-a spus „pluralitate intermediară”. Dincolo de orice metaforă, această denumire atribuită în doctrină a fost larg îmbrățișată, avându-se în vedere (și) diferențele de pericol social, găsindu-și reflectare în tratamentul penal destinat persoanei care, în condițiile legii, dar fără a verifica statutul de infractor recidivist (în recidivă postcondamnatorie), urma să răspundă penal pentru săvârșirea a două infracțiuni (*minimum minimorum* reclamat de o pluralitate reală de infracțiuni), în situația excluderii concursului dintre acestea, prin interpunerea unei condamnări definitive la o pedeapsă, care le separa din punct de vedere al momentului de comitere. Trebuie menționat că în ceea ce privește pluralitatea intermediară, legiuitorul CPA a consacrat, principal, același sistem de sancționare (pedepsire) operant în cazul persoanei fizice și al persoanei juridice, respectiv sistemul cumulului juridic (cu diferențe în ceea ce privea sporul – facultativ și variabil – aplicabil pedepsei de bază).

1.2. Domeniul de aplicare a dispozițiilor din art. 40 CPA nu acoperea alte situații ce configurau, de asemenea, o pluralitate reală de infracțiuni, spre exemplu, cele reprezentate de:

A. Situația în care o persoană (persoană fizică majoră sau minoră, ori o persoană juridică) condamnată definitiv la o pedeapsă executată sau considerată ca executată, săvârșea din nou o infracțiune, nefiind însă întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă (postexecutorie). Situația reprezenta, incontestabil, o formă de

manifestare a pluralității de infracțiuni, fără prevedere expresă în cadrul rezervat pluralității infracționale, fără un tratament penal propriu acordat prin lege, decât cel implicând executarea firească a ambelor pedepse, integral (în cazul condamnărilor succesive la pedepse). Această situație excedentară conținutului normativ al art. 40 CPA a fost acceptată de o parte a doctrinei sub denumirea de „pluralitate nenumită de infracțiuni”.⁴

B. Situația în care o persoană fizică minoră, ulterior rămânerii definitive a hotărârii de condamnare la o altă sancțiune decât pedeapsa –, și anume la o măsură educativă – sancțiune executată doar parțial, săvârșea din nou o infracțiune. Situația reprezenta, incontestabil, tot o formă de manifestare a pluralității de infracțiuni, cu reglementare în titlul distinct rezervat minorității infractorului în CPA [Titlul V al Părții generale, art. 103 alin. (6) teza a 2-a; art. 108 alin. (2)], beneficiind de un regim de sancționare consacrat prin lege. Această situație excedentară conținutului normativ al art. 40 CPA a fost acceptată de o parte a doctrinei sub denumirea de „pluralitate *sui-generis* de infracțiuni”.⁵ Spre deosebire de situația anterior semnalată, reiterarea comportamentului infracțional după o condamnare definitivă pentru o infracțiune săvârșită în timpul minorității, la o măsură educativă executată, lăsa loc, de asemenea, unei pluralități de infracțiuni, fără prevedere expresă, fără un tratament juridic propriu, ce putea să atragă sancționarea, după caz, prin măsură educativă sau pedeapsă.⁶

I.3. Reglementarea anterioară a formelor pluralității de infracțiuni și a regimului lor de sancționare nu a fost la adăpost de critici. Au fost sesizate numeroase aspecte (redactări deficitare, necorelări ș.a.) ce au constituit surse generatoare de interpretări contradictorii în teoria penală sau/și practica judiciară, dintre care unele și-au găsit rezolvări pe calea unor decizii pronunțate de instanța supremă, inclusiv cu reconsiderarea practicii în materie.⁷ Astfel, sub aspectele ce marchează interesul nostru, menționăm că s-au înregistrat numeroase și variate propuneri de modificare a legii, dintre care enumerăm: renunțarea la dispoziția din articolul de debut în materie (art. 32); reglementarea explicită a instituției „pluralității intermediare” (art. 40); consacrarea expresă a modului de aplicare a măsurilor educative în cazul infracțiunilor concurente săvârșite de infractorul minor; fără să (ne mai)

⁴ A se vedea, Streteanu F. – Suport de curs 2008/2009, *Drept penal. Partea generală (II)*, potrivit CPA, p. 39.

⁵ A se vedea: Turianu C., *Răspunderea juridică pentru faptele penale săvârșite de minori*, Ed. Continent XXI, București, 1995, p. 124 și urm. În același sens: Dunea M., *Particularitățile sancționării infractorului minor care a comis un concurs de infracțiuni*, în *Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*, seria Științe Juridice, 2010, p. 128 – documentul poate fi accesat în format electronic, la adresa de internet:

<http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2010/volI/07.Mihai%20Dunea.Particularitatile%20sanctionarii%20infractorului%20minor%20care%20a%20comis%20un%20concurs%20de%20infracțiuni.pdf>. Autorul atribuia instituției denumirea de „pluralitate infracțională postcondamnatorie *sui-generis*”.

⁶ A se vedea: Dunea M., *op. cit.*, p. 129. Autorul atribuia instituției denumirea de „pluralitate infracțională postexecutorie *sui-generis*”, în a cărei sferă de acoperire aprecia că intră și situația condamnării pentru o infracțiune săvârșită în timpul minorității, la o pedeapsă executată, urmată de reiterarea comportamentului infracțional.

⁷ Avem în vedere, spre exemplu, Dec. (recurs în interesul legii) nr. XXX/2007 a ICCJ, SU (publicată în Monitorul Oficial nr. 763 din 12 noiembrie 2007). În ceea ce privește interpretările din doctrină, privitoare la ce trebuie înțeles prin aplicarea sancțiunii rezultante celei mai grele, în urma contopirii dintre măsuri educative și pedepse, a se vedea, pentru detalii: Dunea M., *op. cit.*, p. 157-161.

surprindă, s-a formulat chiar și propunerea de instituire a recidivei pentru minori, însă cu un tratament sancționator diminuat raportat la majori etc.

II. Concepția Codului penal în vigoare (însoțită de o succintă prezentare comparativă)

În Titlul II – „Infracriune”, Capitolul V – „Unitatea și pluralitatea de infracțiuni”, corespunzător art. 35-45, legiuitorul Codului penal în vigoare⁸ reglementează – într-o ordine firească, inversă față de cea ilustrată de CPA – două instituții juridico-penale distincte, acordând prioritate unității legale de infracțiune (art. 35-37: infracțiune continuată și infracțiune complexă), iar în continuare, formelor sub care se înfățișează pluralitatea de infracțiuni: concurs de infracțiuni (art. 38-40); recidivă (art. 41-43); pluralitate intermediară (art. 44) – definiții și regim de sancționare (pedeapsa principală) – sediul materiei încheindu-se prin art. 45, care consacră regimul pedepselor secundare și al măsurilor de siguranță în caz de pluralitate de infracțiuni. Cadrul legal rezervat pluralității de infracțiuni își găsește (parțial) corespondent în art. 32-40² CPA, și conține mai multe modificări, dintre care unele reflectă o schimbare radicală de optică a legiuitorului (îndeosebi în ceea ce privește instituția recidivei, dar și în materia tratamentului juridic aplicabil formelor pluralității infracționale), impunându-se precizarea potrivit căreia, cadrul legal *general* astfel circumscris vizează preponderent persoana fizică majoră, dispozițiile de ansamblu în materia pluralității de infracțiuni completându-se cu prevederile corespunzătoare care vizează (unele particularități în) cazul persoanei fizice minore, și al persoanei juridice, cu reglementări în titluri distincte (Titlurile V și VI din Partea generală a Codului penal).

II.1. Spre deosebire de CPA, *legea penală actuală nu mai enumeră formele pluralității de infracțiuni*, dispoziția cuprinsă în art. 32 CPA nefiind reproducă/preluată, ceea ce reflectă adoptarea tezei care promovează existența celor trei forme de pluralitate infracțională: *concursul de infracțiuni, recidiva și pluralitatea intermediară* – teză justă, susținută în doctrina penală și confirmată de practica judiciară (poziția doctrinei majoritare sub CPA influențând actuala concepție normativă). Remarcăm că o parte a doctrinei continuă să se situeze pe poziții contrare celei adoptate de noua lege penală, prin resuscitarea discuțiilor privitoare la forma distinctă a pluralității de infracțiuni consacrată explicit în art. 44 alin. (1) C. pen. – pluralitatea intermediară – în legătură cu însăși existența acesteia, cât și cu denumirea atribuită de legiuitorul actual.⁹ În opinia noastră, față de reglementarea explicită a formei pluralității intermediare de infracțiuni, apreciem ca fiind neavenite orice discuții

⁸ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, în vigoare de la 1 februarie 2014 (publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009). Fiind legea penală generală activă, ne vom referi la acest act normativ sub forma „C. pen.”

⁹ „Noul Cod penal a omis să mai cuprindă și acest text [art. 32 CPA, precizarea noastră] lăsând să se creadă că ar putea exista și o altă formă de pluralitate de infracțiuni denumită pluralitate intermediară, definită în art. 44”. A se vedea: Antoniu G., *Observații critice cu privire la noul Cod penal*, în *Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, nr. 2/2010, p. 15-17, material consultat în format electronic, disponibil la adresa de internet: http://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2010-02/1_GEORGE_ANTONIU.pdf. Autorul exprima în continuare (serioase) rezerve asupra existenței pluralității de infracțiuni sub o altă formă decât, după caz, concurs de infracțiuni sau stare de recidivă, inclusiv în ceea ce privește denumirea legală de „pluralitate intermediară”. Chiar dacă reflectă o opinie avansată (și) sub domnia CPA, autorul continuă să câștige adepți, în persoana unor autori ce îmbrățișează această opinie – a se vedea: Ivan Gh., în Antoniu G., Toader T. (coordonatori) *et al.*, *Explicații ale noului Cod penal, vol. I*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 502-503; Ristea I., *Pluralitatea de infracțiuni în noul Cod penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 15-16, 140-142.

privitoare la existența acestei forme distincte de pluralitate infracțională. Credem că singura obiecție ce se (mai) poate susține privește „zidirea” denumirii instituției, fără nicio breșă de interpretare, pentru a fi într-un tot corespunzătoare unei terminologii juridice relevante, transpuse pe plan legislativ (într-un context favorabil demersurilor creative, putem sugera denumirea de „pluralitate derivată”, în înțelesul atribuit anterior, la pct. I.1.).

II.2. De remarcat că cele trei forme ale pluralității de infracțiuni – concursul, recidiva și pluralitatea intermediară – sunt formele consacrate explicit de Codul penal în vigoare, corespunzător cadrului legal general rezervat acestei instituții juridico-penale (Titlul II, Cap. IV, art. 38-45), *dar nu și singurele forme ale pluralității infracționale*, în considerarea reglementărilor juridice actuale (nepreluarea dispoziției din art. 32 CPA credem că nu trebuie înțeleasă numai în sensul acceptării existenței unei a treia forme de pluralitate de infracțiuni – pluralitatea intermediară). Cu referire însă la aceste trei forme de pluralitate de infracțiuni, se poate ridica următoarea problemă (pur teoretică): se mai poate distinge existența unor forme de bază (principale, fundamentale), și anume concursul de infracțiuni și recidiva? Doctrina recentă (încă) înregistrează distincția, fără a se pronunța asupra caracterului forme de pluralitate care „nu suportă” această calificare. Nu credem că pluralitatea intermediară poate fi privită ca o formă secundară, sau doar ca „a treia formă”, decât în considerarea ordinii de reglementare, alăturându-se formelor (devenite) clasice pe care le reprezintă concursul de infracțiuni și recidiva (ca forme care au beneficiat de reglementări explicite în legea penală română). În optica noastră, simpla contabilizare a formelor pluralității de infracțiuni, în defavoarea unei corecte identificări potrivit reglementărilor juridice care le consfințesc, a unor delimitări riguroase între acestea, cu posibilitatea surprinderii particularităților ce le conferă propria fizionomie și care să servească la justa încadrare a ansamblului faptic infracțional comis, cu aplicarea tratamentului juridic adecvat, nu prezintă relevanță.

Pornind de la definiția (generală) acordată pluralității de infracțiuni – situația în care o persoană comite două sau mai multe infracțiuni înainte de a fi fost condamnată definitiv pentru vreuna dintre ele, sau a comis o nouă infracțiune/noi infracțiuni după ce a suferit deja o condamnare definitivă (pentru o infracțiune săvârșită/alte infracțiuni săvârșite anterior), condamnare executată sau nu – o delimitare care să permită surprinderea unor asemănări, dar și deosebiri între cele trei forme consacrate explicit, reliefează: 1. Asemănarea prin prisma existenței unicității de subiect activ, aceeași persoană care săvârșește cele două sau mai multe infracțiuni (condiție generală de existență, comună celor trei forme de pluralitate de infracțiuni); 2. Deosebirea (majoră) dintre concursul de infracțiuni, pe de o parte, și recidivă, cât și pluralitatea intermediară, pe de altă parte, dată de existența unei condamnări definitive (la o pedeapsă) – și care separă între ele infracțiunile ce intră în structura recidivei și a pluralității intermediare – respectiv inexistența unei condamnări definitive (la o sancțiune penală) care să separe între ele, sub aspectul momentului de comitere, infracțiunile concurente (fără a se confunda cu situația cazurilor de coexistență, atunci când concursul intră în termenii recidivei sau/și pluralității intermediare). De altfel, concursul de infracțiuni este singura formă de pluralitate antecondamnatorie de infracțiuni.

Într-adevăr, singura asemănare dintre cele trei forme ale pluralității de infracțiuni, și care condiționează însăși existența acesteia, o constituie unicitatea subiectului activ (indiferent de calitate – autor sau participant), desemnând condiția legăturii „*in personam*” dintre infracțiunile multiple săvârșite de aceeași persoană. Abordarea problemelor de

delimitare dintr-o altă perspectivă ne conduce la susținerea următoarei idei: departajarea formelor pluralității reale de infracțiuni este oferită nu de *ceea ce se comite* – se săvârșesc două sau mai multe infracțiuni –, ci de *către cine se comite* (*ca persoană care ocupă locul subiectului activ*) și *când se comite*! Ceea ce se apreciază, pe drept cuvânt, a fi „factor unificator al pluralității”¹⁰ – unicitatea subiectului activ – (ne) servește ca un reper în identificarea formelor pluralității de infracțiuni, pornind de la condițiile generale de existență, ținând cont de gradul de compatibilitate cu un anumit subiect activ, ajungând astfel la surprinderea trăsăturilor care particularizează fiecare situație de pluralitate infracțională în parte.

Inexistența unei condamnări definitive în cazul concursului de infracțiuni, ce distinge (net) această formă de celelalte două, și existența unei condamnări definitive la o pedeapsă neexecutată sau executată doar parțial, la data săvârșirii unei/unor noi infracțiuni, apropie starea de recidivă postcondamnatorie (dacă sunt îndeplinite cumulativ toate cerințele legale), de pluralitatea intermediară (care există atunci când lipsește cel puțin una dintre cerințele legale care statuează recidiva postcondamnatorie, alta decât elementul unificator). Se va lăsa loc pluralității intermediare de infracțiuni atunci când nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă postcondamnatorie. Ține de esența stării de recidivă (postcondamnatorie) – atât în cazul persoanei fizice (majore), cât și în cel al persoanei juridice – reiterarea unui comportament infracțional intenționat sau praeterintenționat, după o condamnare definitivă la o pedeapsă neexecutată sau executată doar parțial, însă în condiții de reglementare distincte, ce diferențiază starea de recidivă postcondamnatorie în cazul celor două categorii de persoane specificate. Pluralității intermediare îi este suficientă lipsa uneia dintre cerințele legale ce ar atrage o stare de recidivă postcondamnatorie, dar și în această situație, cu diferențe semnificative (de ordin cantitativ) în ceea ce privește gama amplă a cazurilor acoperite de existența pluralității intermediare în cazul persoanei fizice, comparativ cu existența acestei forme în cazul persoanei juridice.¹¹

Așa cum se poate constata din cele ce preced, actualul cadru legal general al materiei pluralității de infracțiuni – art. 38-45 C. pen. – are în vedere, prin prisma definițiilor (din care extragem/desprindem și condițiile de existență) următoarele forme: concursul de infracțiuni (art. 38), recidiva în cazul persoanei fizice (art. 41-42) și pluralitatea intermediară [art. 44 alin. (1)]. *Dintre toate aceste (trei) forme ale pluralității de infracțiuni, concursul de infracțiuni reclamă condiții de existență identice în cazul persoanei fizice (majore sau minore) și al persoanei juridice, în sensul dispozițiilor prevăzute de art. 38 Cod penal*¹²; *pluralitatea intermediară reclamă condiții de existență identice în cazul persoanei fizice majore și al persoanei juridice, în sensul dispozițiilor prevăzute de art. 44 alin. (1) C. pen.; recidiva reclamă diferențe, pe planul reglementărilor, în cazul persoanei fizice majore și al*

¹⁰ Streteanu F., *Concursul de infracțiuni*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 8.

¹¹ Pentru mai multe detalii pe aceeași temă, a se vedea și: Michinici M.I., *Când (nu) există pluralitatea intermediară de infracțiuni? – specificul reglementării prevăzute de art. 44 alin. (1) Cod penal – (I)*, în *Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*, seria Științe Juridice, nr. 1/2015, p. 15-39, document care poate fi accesat în format electronic la adresa de internet: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2015/voli/2.1.2015_michinici.pdf.

¹² Fără a fi prevăzută în art. 38 C. pen., o parte din doctrină reține și condiția ca cel puțin două infracțiuni să poată fi supuse judecării. În contextul reglementărilor actuale, soluționarea concursului de infracțiuni poate atrage condamnarea persoanei fizice (majore sau minore) ori a persoanei juridice; în ceea ce privește persoana fizică majoră, instanța poate pronunța și soluția renunțării la aplicarea pedepsei, ori soluția amânării aplicării pedepsei.

persoanei juridice! [Ansamblul reglementărilor în materie include tratamentul penal aplicabil persoanei fizice majore].

II.3. Reglementarea condițiilor specifice de existență a recidivei, în cazul persoanei juridice, într-un titlu distinct al Părții generale a Codului penal în vigoare (Titlul VI, Capitol III – „Dispoziții comune” – art. 146), reflectă o schimbare de optică față de concepția CPA, care plasa normele referitoare la pluralitatea de infracțiuni în sfera mai amplă a instituției fundamentale a infracțiunii. Din dispozițiile cuprinse în art. 146 C. pen., rezultă atât consacrarea unei definiții diferite față de cea acordată recidivei în cazul persoanei fizice (art. 41 C. pen.), cât și a unor reguli speciale de pedepsire (cu privire la pedeapsa principală), ceea ce conferă stării de recidivă, în cazul persoanei juridice, natura juridică de cauză (ca stare) de agravare obligatorie a pedepsei. Persoana juridică poate fi subiect activ și al pluralității de infracțiuni sub forma concursului de infracțiuni, sau a pluralității intermediare. Spre deosebire de CPA, potrivit art. 147 alin. 1 C. pen. – articol cu denumire marginală „atenuarea și agravarea răspunderii penale a persoanei juridice” – în ceea ce privește tratamentul penal aplicabil în caz de concurs de infracțiuni și pluralitate intermediară (cu privire la pedeapsa principală), legiuitorul optează pentru trimiterea la „regimul amenzii prevăzut de lege pentru persoana fizică”, uniformizându-se regimul de sancționare aplicabil persoanei juridice și persoanei fizice (majore) în cazul acestor două forme de pluralitate infracțională [în considerarea aceluiași sistem de sancționare, al cumulului juridic cu spor obligatoriu și fix, prin contopirea amenzilor potrivit regulii înscrise de art. 39 alin. (1) lit. c) C. pen.].¹³ Constatăm caracterul compozit (și discutabil) al reglementărilor din art. 147 alin. 1 C. pen. – concursul de infracțiuni și pluralitatea intermediară sunt acceptate, în doctrina majoritară, drept cauze (ca stări) generale de agravare a răspunderii penale, iar în redactarea pentru care a optat legiuitorul se enumeră alături de cauze de atenuare sau agravare a răspunderii penale; același articol, în alin. 2, include regulile de stabilire a pedepselor complementare și a măsurilor de siguranță în cazul pluralității de infracțiuni săvârșite de persoana juridică.

II.4. Reglementări cu privire la sancționarea pluralității de infracțiuni se regăsesc și în lumina titlului rezervat minorității (infractorului), Titlul V din Partea generală a Codului penal. La prima vedere, s-ar părea că rezolvarea legală a pluralității de infracțiuni se realizează, exclusiv, în conformitate cu dispozițiile cuprinse în art. 129 C. pen., cu denumirea marginală: „Pluralitatea de infracțiuni”. Pe drept cuvânt, în doctrina de specialitate se subliniază: „Cazurile de pluralitate de infracțiuni care privesc inculpați minori nu se limitează la art. 129, astfel cum am putea deduce din denumirea marginală a articolului. Astfel, modalitățile de sancționare a pluralității de infracțiuni sunt prevăzute și de dispozițiile art. 123 alin. (3) NCP, art. 124 alin. (3) și (7), precum și art. 125 alin. (3) și (7)

¹³ În opinia noastră, art. 147 alin. (1) C. pen. trimite la contopirea amenzilor ținând cont de dispozițiile art. 137 C. pen. – stabilirea amenzii pentru persoana juridică. Textul nu trimite la prevederile art. 61 C. pen. – stabilirea amenzii în cazul persoanei fizice – deși s-a oferit și o interpretare (greșită) în acest sens. A se vedea: Guiu M.K., în Antoniu G., Toader T. (coordonatori) *et al.*, *Explicații ale noului Cod penal*, vol. II, p. 432; Hotca M.A., în Pascu I., Dobrinioiu V., Dima T., Hotca M.A., Păun C., Chiș I., Gorunescu M., Dobrinioiu M., *Noul Cod penal comentat. Partea generală*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 724; Rusu M.I., *Drept penal. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 633-634.

NCP”.¹⁴ Așa cum rezultă din ansamblul reglementărilor privitoare la instituția minorității (infractorului), sancționarea pluralității de infracțiuni are în vedere nu numai situația *concursei de infracțiuni*, prin înscrierea de reguli speciale în sancționarea acestei forme de pluralitate infracțională (infracțiuni concurente săvârșite toate în timpul minorității, sau una în timpul minorității și alta după majorat – singularul nu exclude pluralul), ci și ipoteze de săvârșire a unor infracțiuni multiple, ce nu întrunesc condițiile concursului de infracțiuni (deși îl pot include), fiind separate, din punct de vedere al momentului de comitere, de existența unei hotărâri de condamnare definitive, privitoare la o măsură educativă, cum ar fi *situația săvârșirii unei infracțiuni în cursul executării unei măsuri educative neprivative sau privative de libertate (deci, ulterior rămânerii definitive a hotărârii de condamnare prin care s-au dispus aceste sancțiuni penale), prin reiterarea comportamentului infracțional până la împlinirea vârstei de 18 ani, sau după împlinirea vârstei majoratului*. De asemenea, dacă avem în vedere dispoziția (de excepție) din art. 114 alin. (2) lit. a) Cod penal, față de minorul la care se referă alineatul 1 (minor care, la data săvârșirii infracțiunii, avea vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani), rezultă căse poate lua o măsură educativă privativă de libertate, în situația în care acesta a mai săvârșit o infracțiune, pentru care i s-a aplicat o măsură educativă ce a fost executată ori a cărei executare a început înainte de comiterea infracțiunii pentru care este judecat. Potrivit actualei reglementări, infractorii minori nu sunt pasibili de pedepse, legea adoptând soluția unei incompatibilități totale între starea de minoritate a infractorului și pluralitatea de infracțiuni sub forma recidivei sau a pluralității intermediare. Ipotezele distincte față de concursul de infracțiuni desemnează situații de pluralitate infracțională în care nu există nici recidivă, nici pluralitate intermediară, ceea ce ne conduce la susținerea potrivit căreia, în peisajul juridic al pluralității de infracțiuni își găsesc reglementare unele situații speciale. Aceste situații speciale pot fi privite ca o „pluralitate sui-generis de infracțiuni”, care, la rândul ei, se poate înfățișa în două forme, *postcondamnatorie* sau *postexecutorie*, și care denotă o perseverență infracțională, în ciuda existenței unei condamnări definitive la o măsură educativă, executată sau nu. Respingem formula adoptată de unii juriști (teoreticieni sau/și practicieni), în sensul reglementării „recidivei minorului”¹⁵, în accepțiunea strictă a legii penale neexistând recidivă în cazul minorilor! Mai mult, sub aspectul pericolozității sociale a infractorului, al formei de vinovăție ce caracterizează infracțiunile reunite în structura acestei pluralități, diferențele în raport de recidiva ce se înscrie în tiparul legal, nu lasă loc vreunei apropiieri. În opinia noastră, în situațiile semnalate, legea oferă un model (implicit) de reglementare a unor forme de pluralitate de infracțiuni, forme distincte de concursul de infracțiuni, recidivă și pluralitatea intermediară, cu un regim propriu, special, de sancționare.

Potrivit art. 134 alin. (1) C. pen., nu va fi pasibil de pedeapsă infractorul minor la data săvârșirii infracțiunii, chiar dacă la data pronunțării condamnării a devenit major. În situația

¹⁴ Udriou M., Constantinescu V., *Noul Cod penal. Codul penal anterior (Prezentare comparativă; observații; ghid de aplicare; legea penală mai favorabilă)*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 194 și urm.

¹⁵ A se vedea: Udriou M., *Drept penal. Partea generală*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 451, 472-473, 485-486. În același sens, a se vedea *Minuta întâlnirii reprezentanților ICCJ cu președinții secțiilor penale ale Curților de apel*, Brașov, 4-5 iunie 2015, p. 37, document consultat în format electronic, disponibil la adresa de internet: http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_1032/Minuta%20intalnire%20prese dinti%20sectii%20penale.pdf.

reiterării comportamentului infracțional în cursul executării măsurii educative, recidiva și pluralitatea intermediară sunt, așadar, excluse.

II.5. Ca realitate faptică obiectivă, pluralitatea de infracțiuni se poate manifesta și în alte forme, care nu sunt reglementate prin lege, (re)amintind în acest sens situația în care, după executarea sau considerarea ca executată a unei pedepse, persoana (fizică sau juridică) săvârșește din nou o infracțiune, nefiind întrunite condițiile pentru recidivă (postexecutorie) – ipoteză denumită „pluralitate nenumită de infracțiuni”; sau situația în care, după executarea sau considerarea ca executată a unei măsuri educative, persoana fizică majoră săvârșește din nou o infracțiune, cu individualizarea pedepsei atrase în urma comiterii noii infracțiuni.

ASPECTE TEORETICE SI PRACTICE CONTROVERSATE PRIVIND INFRACTIUNILE CONTRA PERSOANEI

Constantin DUVAC*

Abstract:

The author examines the most significant controversial issues left unaddressed by the Romanian legislator upon adopting the new Criminal Code, or occurred after the entry into force of the latter. We consider, for example, the solution for a plurality of passive subjects (principal or secondary); the subjective element of the offense of bodily injury; the relationship between rape, sexual assault and incest; the particularities of bivalent complex crime etc.

Keywords: *the new Criminal Code, incrimination, punishment, offense*

Rezumat:

Autorul examinează cele mai semnificative aspecte controversate rămase nesoluționate de către legiuitorul roman cu ocazia adoptării noului Cod penal, ori născute în urma intrării acestuia în vigoare.

Avem în vedere, de pildă, soluția în cazul pluralității de subiecți pasivi (principali sau secundari); elementul subiectiv al infracțiunii de vătămare corporală; relația dintre viol, agresiune sexuală și incest; particularitățile unor infracțiuni complexe bivalente etc.

Cuvinte-cheie: *noul Cod penal, incriminare, pedeapsă, infracțiune*

1. Chiar dacă una dintre dorințele membrilor comisiei de redactare a noului Cod penal a fost de a tranșa cât mai multe dintre controversele apărute în legătură cu anumite texte din legislația penală anterioară (de exemplu, prevederile privitoare la: infracțiunea continuată – art. 35 alin. (1), funcționarul public asimilat – art. 175 alin. (2), uciderea din culpă – art. 192, uciderea nou-născutului săvârșită de către mamă – art. 200 alin. (1), luarea de mită – art. 289 alin. (2) ș.a.), au mai rămas destule chestiuni susceptibile de interpretări diferite și unde practica judiciară, dar și doctrina de specialitate vor trebui să contribuie la clarificarea acestora.

2. După cum este îndeobște cunoscut, o condiție pentru existența **infracțiunii continuate** se referă la *unitatea de subiect pasiv* (persoană fizică sau persoană juridică) și reprezintă o inovație a redactorilor Codului penal din 2009.

Prin această mențiune s-a dorit să se curme controversa referitoare la *identitatea subiectului pasiv* al acțiunilor sau inacțiunilor componente¹ ale unei infracțiuni continuate, indiferent dacă este vorba de infracțiuni contra persoanei sau contra patrimoniului.

Această concepție proprie legiuitorului român, deși are meritul că va unifica practica judiciară în materie și va atenua în mod implicit efectul reducerii însemnate și, uneori, chiar

* Prof. univ. dr., Cercetător asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; ctinduvac@yahoo.com

¹ Pentru detalii, a se vedea Constantin Duvac, *Pluralitatea de subiecți pasivi în cazul infracțiunii continuate*, în Dreptul nr. 7/2009, p. 119-141.

nejustificată a limitelor speciale de pedeapsă prevăzute la majoritatea incriminărilor din Partea specială a Codului penal, este în fond o *ficțiune juridică*, întrucât legiuitorul prezumă în mod absolut, cu excepțiile prevăzute în art. 238 din Legea nr. 187/2012, că în toate situațiile în care au fost vătămate interesele unor subiecți pasivi diferiți, făptuitorul a acționat cu poziții subiective distincte în raport cu fiecare victimă în parte². Or, chiar profesorul Dongoroz susținea că nu trebuie să ometem că „dreptul penal, prin excelență, trebuie să țină seama de realități”³ și „nimic nu poate fi mai absurd în drept și mai ales în dreptul penal decât ficțiunile”⁴.

În realitate, regula pluralității reale (nu aparente) de infracțiuni în cazul pluralității de subiecți pasivi se va aplica incontestabil în cazul *infracțiunilor contra persoanei*, dar este discutabil dacă aceeași soluție este valabilă și în cazul infracțiunilor contra patrimoniului⁵. De altfel, în doctrină deja s-au exprimat rezerve serioase în legătură cu această condiție de existență a infracțiunii continuate, extinsă și la infracțiunile contra patrimoniului, legea penală neputând să ia o poziție netă într-o chestiune atât de controversată, fără să aștepte clarificările din doctrină și din practica judiciară⁶.

Chiar dacă această condiție se consideră, prin voința legiuitorului (art. 238 din Legea nr. 187/2012), îndeplinită și atunci când bunurile ce constituie obiectul infracțiunii se află în coproprietatea mai multor persoane, precum și în cazul în care infracțiunea a adus atingere unor subiecți pasivi secundari diferiți, dar subiectul pasiv principal este unic, cel puțin în ultima sa ipoteză normativă, inechivocă, ea va da naștere unor *soluții inechitabile* (de pildă, lovirea, în condițiile prevăzute în art. 35 alin. (1), a mai multor persoane va fi încadrată drept concurs de infracțiuni de lovire sau alte violențe, dar lovirea mai multor funcționari publici care îndeplinesc o funcție ce implică exercițiul autorității de stat, aflați în exercitarea atribuțiilor de serviciu, în aceleași condiții, va fi încadrată ca infracțiune continuată de ultraj⁷) în cazul infracțiunilor al căror subiect pasiv secundar este persoana umană împreună cu atributele sale.

Prin urmare, *de lege lata*, *infracțiunea va rămâne unică* (cu toată injustețea unei astfel de soluții), dacă există o pluralitate de subiecți pasivi secundari, de exemplu, în cazul infracțiunilor de: tâlhărie (când a fost prejudiciată o singură persoană, dar violențele au fost comise asupra mai multor persoane), ultraj, inducerea în eroare a organelor judiciare, favorizarea făptuitorului, tănuire, influențarea declarațiilor, mărturie mincinoasă, răzbunare pentru ajutorul dat justiției, compromitere a intereselor justiției, încălcarea a solemnității ședinței, ultraj judiciar, cercetare abuzivă, supunere la rele tratamente, tortură, represiune nedreaptă etc.

² *Ibidem*, p. 141.

³ Vintilă Dongoroz, *Drept penal (Tratat)*, reeditarea ediției din 1939, Asociația Română de Științe Penale, București, 2000, p. 399.

⁴ *Ibidem*, p. 413.

⁵ Constantin Duvac, *Pluralitatea...*, *op. cit.*, p. 141.

⁶ George Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, în RDP nr. 4/2007, p. 18. În același sens, a se vedea: Constantin Duvac, *Pluralitatea...*, *op. cit.*, p. 119-141; Gheorghe Ivan, Mari-Claudia Ivan, *Drept penal. Partea generală. Conform noului Cod penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 96. Autorii consideră că o astfel de soluție juridică nu este necesară și se întrebă retoric de ce creăm ficțiuni juridice când realitatea socială nu le cere.

⁷ În sens contrar (pluralitate de infracțiuni), a se vedea: Gheorghe Ivan, Mari-Claudia Ivan, *op. cit.*, p. 98; Mihail Udrouiu, *Drept penal. Partea specială. Noul Cod penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 277, 278, 319 (cu privire la infracțiunea de ultraj judiciar); Maria-Ioana Michinici, Mihai Dunea, *Unitatea infracțiunii continuate și a celei complexe*, în Tudorel Toader (coord.), *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 91-92.

3. Elementul subiectiv al infracțiunii de vătămare corporală, variantă agravată a infracțiunii de lovire sau alte violențe, a fost⁸ și se pare că va continua să fie o chestiune extrem de controversată.

În literatura de specialitate, apărută după adoptarea și intrarea în vigoare a Legii nr. 286/2009, s-au emis păreri divergente în ceea ce privește forma de vinovăție cu care poate fi comisă infracțiunea de vătămare corporală.

Unii autori consideră că infracțiunea de vătămare corporală se comite cu intenție directă sau indirectă și cu praeterintenție⁹.

Alții susțin că vătămarea corporală, prevăzută în art. 194 alin. (1), se săvârșește cu intenție indirectă sau praeterintenție, iar fapta prevăzută în alin. (2) se comite cu intenție directă calificată prin scop¹⁰.

Într-o opinie mai nuanțată, se afirmă că, în varianta tip, la modalitățile normative de la lit. a), b) și c) forma de vinovăție este *intenția*, iar la cele de la lit. d) și e) *praeterintenția*. În cazul agravantei din alin. (2), elementul subiectiv este intenția *directă calificată prin scop*, pentru modalitățile de la lit. d) și e) când sunt realizate cu această formă, respectiv modalitate a vinovăției urmând a fi incidente dispozițiile din art. 201 alin. (2) ori cele relative la tentativa la omor sau omor calificat, după caz¹¹.

⁸ Pentru detalii, în această privință, a se vedea C. Duvac, *Drept penal. Partea specială*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 116-117.

⁹ P. Dungan, *Vătămarea corporală (Infracțiuni contra integrității corporale sau sănătății)*, în „Manual de drept penal. Partea specială”, vol. I de P. Dungan, T. Medeanu, V. Pașca, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 79. Idem, *Vătămarea corporală (Infracțiuni contra integrității corporale sau sănătății)*, în „Drept penal. Partea specială”, vol. I, Prezentare comparativă a noului Cod penal și a Codului penal din 1968 de P. Dungan, T. Medeanu, V. Pașca, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 77.

¹⁰ Gh. Ivan, *Drept penal. Partea specială. Cu referiri la noul Cod penal (Legea nr. 286/2009)*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 102. Autorul susține că în modalitatea punerii în primejdie a vieții persoanei, fapta se comite numai cu praeterintenție, iar în cazul avortului fapta se poate săvârși și cu intenție directă. În același sens, a se vedea: A. Hărăstășanu, *op. cit.*, p. 54 (autoarea consideră că scopul califică intenția, aceasta nepronunțându-se și cu privire la forma de vinovăție specifică faptei tipice și primei variante agravate); A. Boroș, *Drept penal. Partea specială. Conform noului Cod penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 71; V. Dobrinioiu, N. Neagu, *op. cit.*, p. 51-52; V. Dobrinioiu, *Vătămarea corporală gravă* (Comentariu), în „Noul Cod penal comentat, vol. II, partea specială” de V. Dobrinioiu, I. Pascu, M.A. Hotca, I. Chiș, M. Gorunescu, C. Păun, M. Dobrinioiu, N. Neagu, M.C. Sinescu, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 51-52; M.A. Hotca, *Vătămarea corporală* (Infracțiuni contra integrității corporale sau sănătății) în „Instituții de drept penal” de M.A. Hotca (coordonator), P. Buneci, M. Gorunescu, N. Neagu, R. Slăvoiu, R.F. Geamănu, D.G. Pop, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 409. Autorul afirmă că în cazul modalităților prevăzute în art. 194 alin. (1) lit. a)-c), fapta se comite cu intenție indirectă sau cu intenție depășită, iar în situația modalităților prevăzute în art. 194 alin. (1) lit. d) și e), elementul subiectiv este praeterintenția; M. Udriou, *Drept penal. Partea specială*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 50.

¹¹ T. Toader, *Vătămarea corporală (Infracțiuni contra integrității corporale sau sănătății)*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal”, vol. III de G. Antoniu (coordonator), C. Duvac, D.I. Lămășanu, I. Pascu, C. Sima, T. Toader, I. Vasiliu, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 73; M.A. Hotca, *Vătămarea corporală*, (Infracțiuni contra integrității corporale sau sănătății) în „Instituții de drept penal” de M.A. Hotca (coordonator), P. Buneci, M. Gorunescu, N. Neagu, R. Slăvoiu, R.F. Geamănu, D.G. Pop, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 4009; T. Toader, *Vătămarea corporală* (Comentariu), în T. Toader, M.-I. Michinici, R. Răducanu, A. Crișu-Ciocintă, S. Rădulețu, M. Dunea, *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 342-343; T. Toader, *Vătămarea corporală (Infracțiuni contra integrității corporale sau sănătății)*, în „Explicațiile noului Cod penal”, vol. III de G. Antoniu (coordonator), T. Toader (coordonator), V. Brutaru, C. Duvac, I. Ifrim, D.I. Lămășanu, I. Pascu, M. Safta, C. Sima, I. Vasiliu, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 75.

După părerea noastră, fapta prevăzută în art. 194 alin. (1) se poate comite numai cu *praeterintenție*, întrucât, pe de o parte, consecințele acolo prevăzute nu sunt altceva decât urmări agravate ale faptei tipice, prevăzută în art. 193 (de observat că de această dată pentru a sublinia raportul dintre cele două infracțiuni – absorbția – legiuitorul în definirea vătămării corporale utilizează formularea „fapta prevăzută în art. 193”), iar, pe de altă parte, în art. 194 alin. (2) este incriminată fapta când se săvârșește cu *intenție* (*directă* sau *indirectă*) prin raportare la anumite ipoteze de incriminare [alin. (1) lit. a)-c)].

Termenul „scop” este folosit în art. 194 alin. (2) nu pentru a califica intenția, ci pentru a deosebi ipoteza producerii consecințelor cu *praeterintenție* de urmările pricinuite cu intenție. Acesta are sens impropriu de rezultat (nu de finalitate), iar pentru consumarea infracțiunii este necesar să se realizeze. A accepta ideea contrară, potrivit căreia scopul, prevăzut în art. 194 alin. (2), are sens de finalitate ce califică intenția care astfel devine directă, ar însemna că, în această variantă normativă, infracțiunea examinată s-ar transforma dintr-una de rezultat într-una de pericol, ceea ce este greu de admis, știut fiind faptul că atunci când scopul are un astfel de înțeles, pentru consumarea infracțiunii nu este necesar ca acesta să se realizeze, fiind suficient ca făptuitorul să fi urmărit producerea acelor consecințe.

Forma intenționată a vătămării corporale, sancționată cu închisoarea de la 3 la 10 ani, face trimitere doar la primele trei ipoteze de agravare din alin. (1), întrucât în celelalte cazuri în opinia comisiei, la care subscriem, violențele vor fi reținute în concurs cu infracțiunea de întreruperea cursului sarcinii [(lit. d)], respectiv vor intra în conținutul tentativei de omor [lit. e)], această reglementare fiind similară cu cea regăsită în art. 143-144 din Codul penal portughez, art. 122-123 din Codul penal elvețian, § 6 cap. 3 din Codul penal suedez și în § 226 din Codul penal german.

4. Una dintre chestiunile cele mai controversate apărute după intrarea în vigoare a noii legislații penale se referă la *încadrarea juridică a faptei de viol comis asupra unei persoane care este rudă în linie directă, frate sau soră cu făptuitorul*.

După unii autori, care susțin soluția concursului ideal de infracțiuni între viol și incest¹², această teză a absorbției incestului în viol promovată de echipa de redactare a Codului a fost înfrântă¹³ de legiuitorul din 2009 care a menținut incestul – la care comisia renunțase prin Proiect –, pe care l-a incriminat în art. 377 fără a abroga și dispoziția din art. 218 alin. (3) lit. b). Din această perspectivă, deciziile nr. II/2005¹⁴ și nr. 17/2008¹⁵ ale instanței supreme își

¹² V. Pașca, *Violul (Infracțiuni contra libertății și integrității sexuale)*, în „Manual de drept penal. Partea specială”, vol. I de P. Dungan, T. Medeanu, V. Pașca, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 204; Idem, *Unele considerații în legătură cu incriminarea infracțiunii de viol în noul Cod penal*, în Dreptul nr. 10/2010, p. 31-32; Idem, *Violul (Infracțiuni contra libertății și integrității sexuale)*, în „Drept penal. Partea specială”, vol. I, Prezentare comparativă a noului Cod penal și a Codului penal din 1968 de P. Dungan, T. Medeanu, V. Pașca, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 207. În opinia autorului, dacă raportul sexual consimțit între rude în linie directă sau între frați și surori aduce atingere relațiilor de consangvinitate, alterând relațiile de familie cum s-ar putea explica faptul că actul de abuz sexual prin violență sau amenințare ori prin punerea victimei în imposibilitate de a se apăra ori de a-și exprima voința sau profitând de această stare ar afecta mai puțin aceste relații.

¹³ V. Pașca, *Violul (Infracțiuni contra libertății și integrității sexuale)*, cit. supra, p. 204; Idem, *Violul (Infracțiuni contra libertății și integrității sexuale)*, cit. supra, 2012, p. 206.

¹⁴ ÎCCJ, SU, dec. nr. II/2005, publicată în M. Of. nr. 867 din 27 septembrie 2005. În același sens: G. Antoniu, *Recursul în interesul legii. Contribuții la interpretarea și aplicarea corectă a dispozițiilor din partea generală a Codului penal*, cit. supra, p. 11. În sprijinul soluției concursului ideal, autorul relevă trăsăturile specifice ale infracțiunii de incest: incriminarea urmărește ocrotirea amestecului de sânge și nu numai,

păstrează valabilitatea și sub imperiul noului Cod penal. La această teză s-ar mai putea adăuga și argumentul că în acest caz sunt lezate sau puse în pericol valori și relații sociale diferite datorită faptului că obiectul juridic al celor două incriminări este distinct.

Alți autori consideră că sub imperiul noului Cod penal este imposibilă reținerea concursului între viol și incest datorită termenilor antagonici în care sunt formulate cele două infracțiuni. Astfel, dacă violul reprezintă un act sexual realizat prin vicierea consimțământului victimei, incestul reprezintă un raport sexual consimțit¹⁶. Acestui punct de vedere i s-ar putea reproșa că tocmai datorită acestor condiții de incriminare „incompatibile” (lipsa consimțământului/existența consimțământului), violul nu poate să absoarbă incestul, ceea ce ar presupune o integrare totală a celei de-a doua infracțiuni în prima.

Pe aceeași linie de gândire, s-a susținut că cele două norme de incriminare se exclud reciproc întrucât incestul presupune un raport sexual consimțit, în vreme ce violul, prin definiție exclude ideea unui consimțământ valabil. Prin urmare, fapta concretă va fi încadrată doar potrivit textului care incriminează violul agravat¹⁷.

În concluzie, în această concepție, în cazul în care violul se realizează printr-un raport sexual asupra unei persoane care este rudă în linie directă, frate sau soră cu făptuitorul, cele două fapte penale nu mai pot fi concurente, urmând a se reține numai infracțiunea de viol în variantă agravată¹⁸, aceasta absorbind incestul¹⁹.

inviolabilitatea sexuală; incestul cu violență ar putea atrage răspunderea penală numai a agresorului, pe când incestul fără violență atrage răspunderea penală a ambilor parteneri. Incestul presupune un raport sexual normal, singurul care poate fi sursă de amestec de sânge, cu ocazia comiterii faptei, pe când violul constituie un act sexual care poate fi comis și sub alte forme, trăsături care conferă un anumit specific infracțiunii de incest, meritând să fie tratată ca o infracțiune autonomă chiar dacă se comite prin aceeași acțiune cu alte fapte care întrunesc trăsăturile altor infracțiuni.

¹⁵ ÎCCJ, SU, dec. nr. 17/2008, publicată în M. Of. nr. 866 din 22 decembrie 2008. În același sens: G. Antoniu, *Recursul în interesul legii. Contribuții la interpretarea și aplicarea corectă a dispozițiilor din partea specială a Codului penal*, în RDP nr. 2/2011, p. 21-23. În concepția autorului, în măsura în care victima violului repetat are vreuna dintre calitățile prevăzute în conținutul juridic al incestului, se impune ca fapta concretă să fie încadrată (pe lângă infracțiunea de viol în formă continuată) și în infracțiunea continuată de incest.

¹⁶ V. Dobrinioiu, N. Neagu, *Drept penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 139. Autorii remarcă, pe drept cuvânt, diferența de tratament introdusă de legiuitorul din 2009, în cazul violului, între diferitele categorii de persoane care intră în conceptul de membru de familie, în sensul art. 177. În același sens: V. Dobrinioiu, *Violul* (Comentariu), în „Noul Cod penal comentat, vol. II, partea specială” de V. Dobrinioiu, I. Pascu, M.A. Hotca, I. Chiș, M. Gorunescu, C. Păun, M. Dobrinioiu, N. Neagu, M.C. Sinescu, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 163-164; V. Dobrinioiu, N. Neagu, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 150; S. Bogdan (coordonator), D.A. Șerban, G. Zlăți, *Noul Cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectiva clujeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 151. În opinia autorilor, infracțiunea de incest incriminând doar raportul sexual firesc consimțit, aceasta nu se mai poate suprapune peste cea de viol, un „viol consimțit” fiind o contradicție în termeni.

¹⁷ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, vol. I, curs universitar, Ed. Universul Juridic, București, 2014, 162. Autorii tratează această situație drept o ipoteză de calificări alternative, ca o primă categorie sub care se pot înfățișa, în raport de specificul lor, calificările concurente (concursul de norme penale sau de texte – adăugirea noastră).

¹⁸ V. Dobrinioiu, N. Neagu, *op. cit.*, 2011, p. 139. În același sens: V. Dobrinioiu, *Violul* (Comentariu), *cit. supra*, p. 163-164; Gh. Ivan, *Drept penal. Partea specială. Cu referiri la noul Cod penal (Legea nr. 286/2009)*, *cit. supra*, p. 195. În acest caz, în opinia autorului, forma agravată a violului incestuos devine infracțiune complexă, absorbind incestul; A. Boroi, *Drept penal. Partea specială. Conform noului Cod penal*, *cit. supra*, p. 126. Autorul consideră că în acest caz se reține doar infracțiunea de viol, prevăzută în art. 218 alin. (1) și (3) lit. b); F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 162; T. Toader, *Violul* (Comentariu), în T. Toader, M.-I. Michinici, R.

5. Doctrina română cvasiunanimă²⁰ consideră că infracțiunea de **viol** se comite exclusiv cu *intenție directă* calificată prin *scopul* urmărit de făptuitor, și anume acela de a realiza un act sexual penetrant, de orice natură, cu victima.

După părerea noastră²¹, așa cum ne-am pronunțat și cu alte prilejuri²², în lipsa unei cerințe esențiale referitoare la scopul cu care trebuie să acționeze infractorul în cazul faptei de viol, cu excepția modalității prevăzute în alin. (3) lit. d), cu greu s-ar susține o atare teză. În stabilirea elementului subiectiv al unie infracțiuni trebuie analizați termenii prin care este descrisă consuita interzisă prin raportare la dispoziția din art. 16 alin. ultim, iar nu modul în care acea activitate infracțională se realizează cel mai frecvent în viața de zi cu zi. Prin urmare, infracțiunea de viol se poate comite atât cu *intenție directă*, cât și cu *intenție indirectă*.

La variantele agravate prevăzute în alin. (3) lit. e) și în alin. (4), forma de vinovăție cu care acționează autorul este *praeterintenția*, întrucât rezultatul mai grav – vătămarea corporală a integrității corporale sau a sănătății ori decesul subiectului pasiv – este datorat culpei acestuia.

Răducanu, A. Crișu-Ciocîntă, S. Rădulețu, M. Dunea, *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 375; V. Cioclei, *Violul* (Comentariu), în „Codul penal. Comentariu pe articole” de G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.-M. Vasile, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 453-454; M. Udriou, *Drept penal. Partea specială*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 156; C. Ap. Cluj, s. pen., dec. nr. 287/2014 cit. de P. Ciobanu, D. Bogdan, *Noul Cod penal adnotat*, Ed. Rosetti, București, 2015, p. 264-265. În speță, inculpatul a întreținut prin constrângere raporturi sexuale normale și orale cu fiica sa, în vârstă de 11 ani, împotriva voinței acesteia. ÎCCJ, s. pen., dec. nr. 1418/2014 cit. de P. Ciobanu, D. Bogdan, *op. cit.*, p. 266; P. Ciobanu, D. Bogdan, *op. cit.*, p. 265.

¹⁹ Gh. Ivan, *Drept penal. Partea specială. Cu referiri la noul Cod penal (Legea nr. 286/2009)*, cit. supra, p. 195. În acest caz, în opinia autorului, forma agravată a violului incestuos devine infracțiune complexă, absorbind incestul. În același sens: T. Toader, *Violul* (Comentariu), în T. Toader, M.-I. Michinici, R. Răducanu, A. Crișu-Ciocîntă, S. Rădulețu, M. Dunea, *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 375; V. Cioclei, *Violul* (Comentariu), *op. cit.*, p. 453-454; M. Udriou, *op. cit.*, 2015, p. 156; C. Ap. Cluj, s. pen., dec. nr. 287/2014 cit. de P. Ciobanu, D. Bogdan, *op. cit.*, p. 264; ÎCCJ, s. pen., dec. nr. 1418/2014 cit. de P. Ciobanu, D. Bogdan, *op. cit.*, p. 266.

²⁰ C. Bulai, *op. cit.*, vol. III, p. 355. În același sens: G. Antoniu, *op. cit.*, vol. I, p. 212; O. Loghin, A. Filipaș, *Drept penal român. Partea specială*, Casa de Editură și Presă „Șansa” SRL, București, 1992, p. 72; Gh. Diaconescu, *Tratat*, p. 192; T. Toader, *Drept penal român. Partea specială*, ed. a 2-a revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 108; O. Predescu, A. Hărăstășanu, *Drept penal. Partea specială*, ed. a II-a revizuită, Ed. Omnia UniSAST, Brașov, 2007, p. 112; I. Pascu, M. Gorunescu, *Drept penal. Partea specială*, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 191; Gh. Ivan, *Drept penal. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 171; I. Vasiiu, *Drept penal român, partea specială*, Cu referiri la noul Cod penal, Ed. Alabastră, Cluj-Napoca, 2011, p. 156; D.I. Lămășanu, *Violul (Infracțiuni contra libertății și integrității sexuale)*, *op. cit.*, p. 192; M.A. Hotca, *Violul (Infracțiuni contra libertății și integrității sexuale)*, în „Instituții de drept penal” de M.A. Hotca (coordonator), P. Buneci, M. Gorunescu, N. Neagu, R. Slăvoiu, R.F. Geamănu, D.G. Pop, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 435; V. Dobrinioiu, N. Neagu, *op. cit.*, 2014, p. 156; D.I. Lămășanu, *Violul (Infracțiuni contra libertății și integrității sexuale)*, în „Explicațiile noului Cod penal”, vol. III de G. Antoniu (coordonator), T. Toader (coordonator), V. Brutaru, C. Duvac, I. Ifrim, D.I. Lămășanu, I. Pascu, M. Safta, C. Sima, I. Vasiiu, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 190; M. Udriou, *op. cit.*, 2015, p. 155.

²¹ În același sens: V. Cioclei, *Viața sexuală și politica penală*, Ed. Holding Reporter, București, 1994, p. 35; V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială. Infracțiuni contra persoanei*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 197; S. Bogdan (coordonator), D.A. Șerban, G. Zlăți, *op. cit.*, p. 154.

²² C. Duvac, *op. cit.*, vol. I, 2010, p. 173.

INCITAREA LA URĂ SAU DISCRIMINARE

Mioara-Ketty GUIU*
Eugen COLIȚĂ**

Abstract:

This work is a benchmarking for offence of incitement to hatred and discrimination (Article 369 of Criminal Code), related to public instigation offence (Article 368 of Criminal Code). It highlights some weaknesses concerning the definition for the offence of Incitement to hatred and discrimination, as well as the fact that this offence competes with a simple contravention (provided by Article 15 of the Government Ordinance No 137/2000), which contravenes to the principle of legality.

Keywords: *instigation, incitement, discrimination*

Rezumat:

Această lucrare reprezintă o analiză comparativă a infracțiunii de incitare la ură sau discriminare (art. 369 C. pen.), în raport cu infracțiunea de instigare publică (art. 368 C. pen.). Ea evidențiază unele neajunsuri privind modul cum a fost definită infracțiunea de incitare la ură sau discriminare, ca și faptul că textul art. 369 C. pen. intră în concurs cu o contravenție (aceea prevăzută în art. 15 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000), contravenind astfel principiului legalității.

Cuvinte-cheie: *instigare, incitare, discriminare*

1. Noul text în raport cu legea penală anterioară

Infrațiunea de incitare la ură sau discriminare este prevăzută în art. 369 C. pen., într-o singură variantă, anume varianta tip.

Potrivit definiției legale, această infracțiune constă în incitarea publicului, prin orice mijloace, la ură sau discriminare împotriva unei categorii de persoane.

Textul în discuție își găsește corespondent în art. 317 din Codul penal anterior, intitulat „Propaganda naționalist-șovină”, care cuprindea o incriminare similară, cu un conținut destul de sumar (infracțiunea era definită ca „propaganda naționalist-șovină, ațâțarea urii de rasă sau naționale”). O atare incriminare transpunea în plan intern dispoziția înscrisă în art. 4 din Convenția internațională pentru eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială (ONU, New York, 1965), prin care statele părți¹ se obligau „să declare delict pedepsibile orice difuzare de idei bazate pe superioritate sau ură rasială, orice incitare la discriminare rasială, ca și orice acte de violență sau provocare la astfel de acte îndreptate

* Conf. univ. dr., Universitatea Spiru Haret – Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative București, e-mail: mioarakettyguiu@yahoo.com

** Drd. Universitatea București – Facultatea de Drept

¹ România a aderat la Convenția internațională pentru eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială prin Decretul nr. 345/1970, publicat în B. Of. nr. 92/1970.

împotriva oricărei rase sau oricărui grup de persoane de altă culoare sau de altă origine etnică, precum și orice sprijin acordat unor activități rasiste, inclusiv finanțarea lor”².

Totuși, după aproape 40 de ani, textul respectiv (art. 317 din Codul penal anterior) devenise nesatisfăcător, în raport cu evoluția reglementărilor internaționale în materie, care evidențiau existența multor alte temeuri de discriminare. De aceea, prin Legea nr. 278/2006³, legiuitorul român a schimbat denumirea infracțiunii, din „Propaganda naționalist-șovină”, în „Instigare la discriminare”, iar fapta a fost definită ca „Instigare la ură pe temei de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, gen, orientare sexuală, opinie, apartenență politică, convingeri, avere, origine socială, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA”⁴.

Dar, nici în această formă, textul nu a fost socotit satisfăcător – cel puțin, așa se desprinde din faptul că legiuitorul noului Cod penal (Legea nr. 286/2009) a adus textului o altă serie de modificări: a schimbat denumirea infracțiunii, din „Instigare la discriminare”, în „Incitarea la ură sau discriminare”, a renunțat la enumerarea diverselor temeuri de discriminare (rasă, naționalitate, etnie, limbă etc), iar definiția infracțiunii a fost pusă în acord cu noua ei denumire (infracțiunea a fost definită, și ea, ca *incitare la ură sau discriminare*).

Aceste ultime modificări au fost inspirate, după cât se pare, de Recomandarea nr. R (97) 20 din 1997 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei privind „discursul instigator la ură” (*hate speech*), care își propunea să promoveze o cultură a toleranței și a respectului demnității egale a tuturor ființelor umane, considerând că, în acest scop, statele europene trebuie să adopte toate măsurile necesare, civile, penale sau administrative, pentru a evita orice formă de exprimare, scrisă, orală sau de alt fel, în special prin intermediul mass-media, susceptibilă să incite la ură rasială, națională, religioasă etc.

2. Obiectul și subiecții

a) Obiectul juridic

Potrivit opiniei dominante în doctrină, obiectul juridic al acestei infracțiuni „este constituit din relațiile care privesc conviețuirea socială”⁵.

Această opinie poate fi socotită corectă, dacă ținem seama de clasificarea infracțiunii, respectiv de faptul că legiuitorul a inclus infracțiunea de incitare la ură sau discriminare în grupul infracțiunilor care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială (Titlul VIII din partea specială a Codului penal).

² Traducerea folosită de noi este preluată de pe site-ul <http://www.hotararicedo.ro/files/files/CONVENTIA%20INTERNATIONALA%20PRIVIND%20ELIMINAREA%20TUTUROR%20FORMELOR%20DE%20DISCRIMINARE%20RASIALA.pdf>.

³ Legea nr. 278 din 4 iulie 2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, precum și pentru modificarea și completarea altor legi a fost publicată în M. Of. nr.601/2006.

⁴ La modificarea textului au fost avute în vedere, în special, reglementările adoptate la nivel european: Recomandarea nr. R(97) 20 a Comitetului de miniștri către statele membre cu privire la „discursul de ură”; Recomandarea nr. 1 privind combaterea rasismului, xenofobiei, antisemitismului și intoleranței, adoptată de Comisia Europeană Împotriva Rasismului și Intoleranței (ECRI), la 4 octombrie 1996; Recomandarea nr. 3 privind combaterea rasismului și intoleranței împotriva romilor, adoptată de Comisia Europeană Împotriva Rasismului și Intoleranței (ECRI), la 6 martie 1998; Decizia-cadru 2008/913/JAI a Consiliului privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal etc.

⁵ I. Pascu, M. Gorunescu, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Hamagiu, București, 2009, p. 661; în același sens, C. Păun, *Incitarea la ură sau discriminare*, în *Noul Cod penal comentat*, vol. II, Partea specială, de V. Dobrinou ș.a., Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 934;

Totuși, la o privire mai atentă, putem constata că această opinie nu este în afara discuțiilor. Împotriva ei, se poate obiecta că apartenența de grup a unei infracțiuni ne indică doar obiectul ei juridic generic (care este comun tuturor infracțiunilor cuprinse în aceeași grupare), iar nu și obiectul juridic specific (special), care este propriu numai acelei infracțiuni. Or, vedem că doctrina a omis să precizeze dacă infracțiunea de incitare la ură sau discriminare prezintă sau nu un obiect juridic specific și, în caz afirmativ, în ce constă acesta – ceea ce este foarte grav, având în vedere că aspectele omise erau esențiale, pentru a putea verifica dacă această infracțiune a primit o definiție corespunzătoare, în concordanță cu scopul ei de protecție, respectiv cu rațiunile care au impus instituirea ei.

O explicație a acestei omisiuni o găsim într-o mai veche lucrare de referință, în care, referindu-se la infracțiunea de propagandă naționalist-șovină, un reputat autor român⁶ a oferit o identică explicație pentru ambele obiecte juridice (după părerea acestui autor, obiectul generic și cel specific constau, ambele, în „relațiile privind conviețuirea socială”), ceea ce a acreditat ideea că cele două obiecte coincid și, așadar, că infracțiunea este lipsită de un obiect juridic specific.

Dar, această idee este greșită; în realitate, infracțiunea de propagandă naționalist-șovină prezenta, distinct de obiectul juridic generic, și un obiect juridic specific, care se regăsește și în infracțiunea actuală, aceea de incitare la ură sau discriminare.

Totuși, mai înainte de a arăta în ce constă acest obiect, se impune să subliniem faptul că cele trei incriminări succesive (propaganda naționalist-șovină, instigarea la discriminare și incitarea la ură sau discriminare) reprezintă, de fapt, doar formulări diferite ale unei identice infracțiuni. Cu alte cuvinte, textele respective nu stabileau infracțiuni diferite, ci o singură infracțiune, care a fost redefinită și redenumită, în mod repetat (din păcate, fără succes, căci forma actuală a acestei infracțiuni nu este, nici ea, satisfăcătoare).

Acest fapt devine evident, în măsura în care facem abstracție de aspectele de ordin formal și ne îndreptăm atenția asupra regulii de conduită subînțelese, care se deduce din oricare dintre incriminările menționate.

Procedând astfel, putem face două observații.

Mai întâi, putem observa că aceste incriminări au stabilit o identică interdicție, restrângând exercițiul libertății de exprimare, în scopul prevenirii riscului de discriminare: inițial (propaganda naționalist-șovină), incriminarea stabilea interdicția de a exprima public idei șovine, prevenind astfel riscul de discriminare rasială și etnică; iar ulterior (instigarea la discriminare și incitarea la ură sau discriminare), interdicția a fost extinsă asupra oricărei forme de propagandă cu efect discriminant.

Apoi, putem observa că instituirea unei asemenea interdicții este absolut necesară într-un stat democratic, care dorește să asigure protecția categoriilor sociale defavorizate, aflate în minoritate sau în inferioritate. O atare interdicție este pe deplin justificată și în acord cu dispozițiile art. 53 din Constituție, care prevăd că exercițiul unor drepturi sau libertăți poate fi restrâns, între altele, pentru apărarea altor drepturi și libertăți.

În consecință, putem conchide că, la fel ca și infracțiunile care au precedat-o (propaganda naționalist-șovină și instigarea la discriminare), infracțiunea de incitare la ură sau discriminare prezintă, pe lângă obiectul juridic generic, și un obiect juridic specific, constituit din relațiile sociale care asigură respectul drepturilor și libertăților aparținând categoriilor sociale defavorizate.

⁶ C. Bulai, *Propaganda naționalist-șovină*, în „Explicații teoretice ale Codului penal român” de V. Dongoroz ș.a., vol. IV, Ed. Academiei Române, București, 1972, p. 644.

b) Obiectul material

Infracțiunea de incitare la ură sau discriminare nu are obiect material

c) Subiecții

Subiectul activ nemijlocit nu este circumstanțiat. Acesta poate fi orice persoană care îndeplinește condițiile generale, cerute pentru a răspunde penal.

Subiect pasiv principal este statul.

Subiect pasiv secundar sunt persoanele împotriva cărora este îndreptat îndemnul public la discriminare.

3. Elementul material, cerințele esențiale și elementul subiectiv

Elementul material constă în fapta de *a incita publicul* la ură sau discriminare.

Sintagma „incitarea publicului” (art. 369 C. pen.) are același înțeles ca și sintagma „instigare publică” (art. 368 C. pen.), iar aceasta înseamnă că infracțiunea de incitare la ură sau discriminare coincide, cel puțin parțial, cu infracțiunea de instigare publică. De altfel, aceeași concluzie se poate desprinde, observând atât faptul că ambele infracțiuni presupun un îndemn public, explicit sau implicit, la săvârșirea unor fapte ilicite, cât și faptul că ambele infracțiuni impun o restrângere a libertății de exprimare, în scopul de a proteja ordinea de drept.

În același timp, este destul de evident că infracțiunea de incitare la ură sau discriminare nu coincide total cu infracțiunea de instigare publică, ci se prezintă ca o variantă de specie a acesteia, având un scop de protecție distinct (ceea ce a și impus prevederea ei ca infracțiune de sine stătătoare).

Dar, din păcate, este la fel de evident faptul că, în timp ce scopul de protecție al infracțiunii de instigare publică este clar și cert, scopul de protecție al infracțiunii de incitare la ură sau discriminare este, dimpotrivă, neclar și incert.

Această incertitudine este provocată, îndeosebi, de faptul că infracțiunea a fost definită (și) ca „incitare la ură” – de unde s-ar deduce că, pentru existența ei, nu mai este necesar ca îndemnul adresat publicului să se refere la săvârșirea unei fapte ilicite (infracțiune, contravenție etc.), fiind suficient ca autorul să inducă publicului un sentiment de ură (dușmănie) împotriva unei categorii de persoane.

Însă, după părerea noastră, această definiție constituie o gravă eroare legislativă. Există, de altfel, impedimente majore, care se opun unei asemenea definiții, cum ar fi: faptul că, potrivit dispoziției înscrise în art. 47 C. pen., conceptul penal de „instigare” se referă, în mod strict, la îndemnul de a săvârși o faptă prevăzută de legea penală, iar nicidecum la îndemnul de a adopta un sentiment (ideea de instigare la un sentiment este chiar absurdă, ținând seama de experiența comună, care evidențiază că cei mai mulți oameni sunt incapabili să-și controleze sentimentele, fie ele bune sau rele); faptul că o atare definiție („incitarea la ură”) este susceptibilă să genereze o practică diametral opusă celei pe care textul vrea să o promoveze (întrucât un sentiment este provocat, de regulă, chiar de persoana față de care se manifestă, ar urma ca, în virtutea acestei definiții, să fie pedepsite înseși victimele urii, fiind suficient să se probeze că tocmai ele au determinat sentimentul de ură, prin manifestările lor publice); faptul că formula „incitare la ură” are un conținut variabil, ceea ce împiedică accesibilitatea și previzibilitatea textului, violând astfel principiul legalității; faptul că a pedepsi „incitarea la ură” înseamnă, de fapt, a pedepsi exprimarea publică a acestui sentiment și a nesocoti astfel atât libertatea conștiinței (*cogitationes poenam nemo patitur*)

cât și principiul materialității dreptului penal⁷, care pretinde ca orice infracțiune să constea într-un act material (acest principiu este pe deplin justificat, întrucât el ține seama atât de faptul că, în lipsa unui act material, niciun sentiment nu poate schimba lumea, nici în bine, nici în rău, cât și de legile psihologice, care evidențiază, între altele, că orice sentiment de care se abuzează produce, prin reacție, după un anumit timp, un sentiment de sens contrar, opus⁸).

De altfel, s-a observat⁹ deja că sintagma „discurs al urii”, pusă în circulație de doctrina americană în anii '80, este dificil de folosit în drept, atât pentru că sancționarea unui asemenea discurs intră în conflict cu libertatea de exprimare, cât și, mai ales, pentru că această sintagmă nu are un conținut precis, astfel că, departe de a se aplica, în mod exclusiv, acelor care propagă idei războinice, incitând la înlăturarea sau distrugerea unui grup de persoane, ea se poate aplica, la fel de bine, și acelor care se limitează să-și exprime public dezaprobarea față de comportamentul celui grup.

În consecință, nu ne rămâne decât să subliniem că este greșită ideea că legiuitorul ar fi totuși obligat să folosească asemenea sintagme („discursul urii”, „incitarea la ură” etc.)¹⁰, oricât de nebuloase ar fi ele, pentru simplul motiv că ele s-au impus în domeniul dreptului internațional. În realitate, nu este deloc necesară introducerea în dreptul intern a unor astfel de sintagme, din moment ce normele internaționale nu stabilesc niciodată incriminări, ci, cel mult, indică, în termeni extrem de generali, anumite fapte periculoase, revenind legiuitorilor naționali sarcina de a verifica dacă acele fapte au fost incriminate și, în caz afirmativ, dacă incriminările respective corespund exigențelor internaționale și drepturilor fundamentale ale omului. Altfel spus, chiar atunci când normele internaționale definesc anumite fapte ce ar trebui pedepsite, statele nu au nicidecum obligația de a prelua *ad litteram* asemenea norme, ci au, în mod exclusiv, obligația de a transpune acele norme într-o manieră proprie și cât mai adecvată, contribuind astfel și la perfecționarea dreptului internațional.

În contra aceleiași idei putem observa, în plus, că normele internaționale în materie nu pretind folosirea sintagmelor menționate, ci pretind cu totul altceva, anume ca statele să adopte toate măsurile necesare, civile, penale sau administrative, pentru a evita orice formă de exprimare, în special prin intermediul mass-media, susceptibilă să incite la ură rasială, națională, religioasă etc.

De unde se înțelege că, în opinia noastră, s-ar impune ca legiuitorul să elimine din text sintagma „incitare la ură”, urmând ca infracțiunea prevăzută în art. 369 C. pen. să fie definită, exclusiv, ca „incitare la discriminare”.

Formula „incitare la discriminare” ni se pare mai adecvată decât aceea de „instigare la discriminare”, folosită de Codul penal anterior, întrucât evidențiază faptul că, spre deosebire de instigarea publică (care constituie infracțiune, numai atunci când îndemnul adresat publicului privește săvârșirea unei infracțiuni), incitarea la discriminare constituie infracțiune, indiferent dacă îndemnul adresat publicului privește săvârșirea unei infracțiuni sau a unei contravenții. Dovada certă în acest sens o constituie faptul că, în România, conceptul de „discriminare” a devenit un concept generic, care poate desemna atât o

⁷ A se vedea *Principio di materialita* – text publicat pe site-ul <https://it.wikipedia.org/wiki/Materialit%C3%A0>

⁸ A se vedea Șt. Odobleja, *Psihologia consonantistă*, Ed. științifică și enciclopedică, București, 1982, p. 369.

⁹ A se vedea C. Moldovan, *Considerații privind reglementarea internațională a „discursului urii” ca limită a libertății de exprimare*, în „Dreptul”, nr. 1/2015, p. 198-199.

¹⁰ *Ibidem*, p. 212.

infraacțiune [de exemplu, infraacțiunea de abuz în serviciu, în varianta asimilată, prevăzută în art. 297 alin. (2) C. pen.], cât și oricare dintre contravențiile stabilite prin Ordonanța Guvernului nr. 137/2000¹¹ (discriminarea multiplă, discriminarea directă sau indirectă, hărțuirea, victimizarea, dispoziția de a discrimina).

Ajunși aici, trebuie să ne abatem întrucâtva de la subiect, pentru a sesiza două mari neajunsuri ale legislației române, privind prevenirea și sancționarea discriminării.

Primul neajuns constă în faptul că legiuitorul nostru nu s-a decis dacă incitarea publică la discriminare este infraacțiune sau contravenție. Drept dovadă, în timp ce dispozițiile art. 369 C. pen. prevăd că această faptă constituie infraacțiune, dispozițiile art. 15 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 declară aceeași faptă contravenție¹² – aceasta, fără a interesa că, în aceste condiții, soluția judiciară devine imprevizibilă și deci se încalcă principiul legalității (*nullum crimen sine lege certa*).

Al doilea neajuns constă în faptul că, în mod nejustificat, infraacțiunea diferă de contravenția corespunzătoare, sub aspectul persoanelor vizate: timp ce, potrivit art. 15 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000, îndemnul public la discriminare constituie contravenție, indiferent dacă el este îndreptat împotriva unei persoane sau împotriva unui grup de persoane, potrivit art. 369 C. pen., îndemnul public la discriminare constituie infraacțiune, numai atunci când el este îndreptat „împotriva unei categorii de persoane”. De unde urmează că nu vor fi întrunite elementele constitutive ale infraacțiunii, iar autorul poate fi sancționat exclusiv contravențional, atunci când îndemnul public este îndreptat împotriva unei singure persoane (sau, eventual, a două persoane). Or, această diferență este de natură să determine ineficiența incriminării (de exemplu, autorul poate să eludeze legea penală, dar să obțină același rezultat, având grijă ca îndemnurile sale să se refere doar la liderul grupului social vizat).

Revenind la chestiunea delimitării între infraacțiunea de incitare la ură sau discriminare și infraacțiunea de instigare publică, se mai impune să sesizăm că, dincolo de deosebirea anterior menționată, în infraacțiunea de incitare la ură sau discriminare se regăsesc toate cerințele esențiale și rațiunile cuprinse în infraacțiunea de instigare publică.

Textul înscris în art. 369 se referă la „incitarea publicului” – ceea ce înseamnă că, în această infraacțiune, la fel ca și în infraacțiunea de instigare publică, îndemnul trebuie să fie adresat unui grup de persoane. Cu alte cuvinte, pentru existența infraacțiunii, nu este suficient ca locul unde s-a săvârșit fapta să fie „un loc public” (în sensul art. 184 C. pen.), ci mai trebuie să fi fost prezente două sau mai multe persoane, care nu sunt rude sau prieteni cu făptuitorul. Evident, cerința publicității se consideră îndeplinită, ori de câte ori fapta s-a săvârșit prin intermediul mass-mediei (radio, televiziune, ziare, internet etc.)

¹¹ Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările aduse prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 19/2013, a fost publicată în M. Of. nr. 166/2014. Ea traspune, în plan intern, Directiva Consiliului 2000/43/CE de aplicare a principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică, precum și Directiva Consiliului 2000/78/CE de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament, în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă.

¹² Potrivit art. 15 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000, constituie contravenție, dacă fapta nu intră sub incidența legii penale, orice comportament manifestat în public, având caracter de propagandă naționalist-șovină, de instigare la ură rasială sau națională, ori acel comportament care are ca scop sau vizează atingerea demnității ori crearea unei atmosfere de intimidare, ostile, degradante, umilitoare sau ofensatoare, îndreptat împotriva unei persoane, unui grup de persoane sau unei comunități și legat de apartenența acestora la o anumită rasă, naționalitate, etnie, religie, categorie socială sau la o categorie defavorizată ori de convingerile, sexul sau orientarea sexuală a acestuia.

Textul înscris în art. 369 se referă la „incitarea ... prin orice mijloace” – ceea ce înseamnă că, în această infracțiune, la fel ca și în infracțiunea de instigare publică, nu interesează forma de comunicare a îndemnului. Infracțiunea subzistă, indiferent dacă îndemnul la discriminare este adresat verbal (alocuțiuni, cântece), în scris (afișe, broșuri, cărți) sau prin alte mijloace, de exemplu, prin „apologie simbolică”, respectiv prin purtarea în public a unui obiect (uniformă, emblemă, insignă etc.) sau prin folosirea în public a unui semn (gest, mișcare), atunci când obiectul sau semnul respectiv semnifică dorința de separare, de diferențiere socială. De asemenea, infracțiunea subzistă, indiferent dacă îndemnul la discriminare este exprimat în mod direct și evident (explicit, deschis, fără rezerve) sau, este exprimat în mod indirect și insidios (autorul manipulează publicul, provocând o stare de panică, de revoltă etc., care poate degenera, conducând la acte de discriminare).

Sub aspect subiectiv, infracțiunea de incitare la ură sau discriminare, la fel ca și infracțiunea de instigare publică, se comite cu intenție, care poate fi directă sau indirectă¹³. Existența intenției se prezumă (evident, cu condiția ca făptuitorul să fie o persoană responsabilă).

Cât privește justificarea incriminării, se poate constata că, la fel ca și faptele de instigare publică, faptele de incitare la discriminare nu ar putea fi pedepsite ca acte de participație, pentru simplul motiv că ele nu întrunesc condițiile instigării, ca act de participație (instigarea, ca act de participație, trebuie să fie individuală și reușită, în timp ce în cazul de față instigarea este colectivă, iar rezultatul ei rămâne necunoscut). De aceea, s-a impus incriminarea distinctă a acestor fapte.

4. Urmarea imediată

Incitarea la ură sau discriminare este o infracțiune formală, de simplă acțiune, care creează o stare de pericol pentru drepturile persoanelor împotriva cărora se îndreaptă. Legătura de cauzalitate rezultă *ex re* (nu trebuie dovedită).

5. Forme. Sancțiuni

Tentativa nu este incriminată.

Infracțiunea se consumă în momentul în care îndemnul la discriminare a ajuns la cunoștința publicului.

Infracțiunea de incitare la ură sau discriminare se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă.

6. Concluzii

Din considerațiile anterior expuse se pot desprinde unele concluzii, după cum urmează:

→ infracțiunea de incitare la ură sau discriminare prezintă, pe lângă obiectul juridic generic (care este comun tuturor infracțiunilor cuprinse în Titlul VIII din partea specială a Codului penal) și un obiect juridic specific, constituit din relațiile sociale care asigură respectul drepturilor și libertăților aparținând categoriilor sociale defavorizate;

→ infracțiunea de incitare la ură sau discriminare (art. 369 C. pen.) coincide, în mare parte (element material, cerințe esențiale, element subiectiv etc.), cu infracțiunea de instigare publică (art. 368 C. pen.), reprezentând o variantă de specie a acesteia;

→ infracțiunea de incitare la ură sau discriminare diferă de infracțiunea de instigare publică exclusiv prin faptul că îndemnul adresat publicului, explicit sau implicit, privește

¹³ În același sens, Șt. Daneș, *Propaganda naționalist-șovină*, în Codul penal comentat și adnotat de T. Vasiliu ș.a., Partea specială, vol II, Ed. științifică și enciclopedică, București, 1977, p. 425.

săvârșirea unei „discriminări” – termen care, în România, poate să desemneze atât o infracțiune [de exemplu, infracțiunea de abuz în serviciu, în varianta asimilată, prevăzută în art. 297 alin. (2) C. pen.], cât și oricare dintre contravențiile stabilite prin Ordonanța Guvernului nr. 137/2000¹⁴ (discriminarea multiplă, discriminarea directă sau indirectă, hărțuirea, victimizarea, dispoziția de a discrimina);

→ constituie o gravă eroare legislativă faptul că infracțiunea a fost definită (și) ca „incitare la ură” – fiindcă a pedepsi „incitarea la ură” înseamnă a pedepsi, de fapt, exprimarea publică a acestui sentiment și a nesocoti astfel libertatea conștiinței (art. 29 din Constituția României). Regula că dreptul nu poate pedepsi forul interior al omului (*cogitationes poenam nemo patitur*) este pe deplin justificată, întrucât ea ține seama atât de faptul că, în lipsa unui act material, niciun gând ori sentiment nu poate cauza urmări socialmente neconvenabile, cât și de legile psihologice, care evidențiază că orice sentiment de care se abuzează produce, prin reacție, după un anumit timp, un sentiment de sens contrar, opus;

→ legiuitorul român nu s-a decis încă dacă incitarea publică la discriminare trebuie să fie infracțiune sau contravenție. Drept dovadă, în timp ce dispozițiile art. 369 C. pen. prevăd că această faptă constituie infracțiune, dispozițiile art. 15 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 declară aceeași faptă contravenție¹⁵ – aceasta, fără a interesa că, în aceste condiții, soluția judiciară devine imprevizibilă și deci se încalcă principiul legalității (*nullum crimen sine lege certa*).

Există o diferență nejustificată între infracțiunea prevăzută în art. 369 C. pen. și contravenția prevăzută în art. 15 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000: potrivit art. 15 din ordonanța menționată, îndemnul public la discriminare constituie contravenție, indiferent dacă el este îndreptat împotriva unei persoane sau împotriva unui grup de persoane; în schimb, potrivit art. 369 C. pen., îndemnul public la discriminare constituie infracțiune, numai atunci când el este îndreptat „împotriva unei categorii de persoane”. Or, această diferență este de natură să determine ineficiența incriminării (autorul poate să eludeze legea penală, dar să obțină același rezultat, având grijă ca îndemnul său la discriminare să nu se refere la întregul grup, ci doar la liderul grupului social vizat).

¹⁴ Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările aduse prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 19/2013, a fost publicată în M. Of. nr. 166/2014. Ea traspune, în plan intern, Directiva Consiliului 2000/43/CE de aplicare a principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică, precum și Directiva Consiliului 2000/78/CE de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament, în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă.

¹⁵ Potrivit art. 15 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000, constituie contravenție, dacă fapta nu intră sub incidența legii penale, orice comportament manifestat în public, având caracter de propagandă naționalist-șovină, de instigare la ură rasială sau națională, ori acel comportament care are ca scop sau vizează atingerea demnității ori crearea unei atmosfere de intimidare, ostile, degradante, umilitoare sau ofensatoare, îndreptat împotriva unei persoane, unui grup de persoane sau unei comunități și legat de apartenența acestora la o anumită rasă, naționalitate, etnie, religie, categorie socială sau la o categorie defavorizată ori de convingerile, sexul sau orientarea sexuală a acestuia.

MĂSURI EDUCATIVE PRIVATIVE DE LIBERTATE APLICATE MINORULUI. PREVEDERILE NOULUI COD PENAL*

Versavia BRUTARU**

Abstract:

From the examination of the entire content of the "Minority" institution provided by the Penal code enforced in 2014, we may come to the conclusion that we are in the presence of a unitary set of norms, within are regulated both the limits of the penal responsibility, its consequences and also the regime of the educative measures: non-deprived of liberty and those that deprive the liberty of the minor offender. The new Penal Law grants a special importance to this institution, by limiting the penal treatment of the minor offender, only to educative measures, by completely renouncing to the punishments (prison) applied to minor offenders that are criminal responsible, in favor of the educative measures by abandoning the mixt system of the consequences of penal responsibility, provided by the Penal code 1969, enforced until February 2014.

Keywords: *minority, educative measures that deprive the liberty, minor offender, criminal responsibility, discernment, the sanction system*

Rezumat:

*Din examinarea întregului conținut al instituției minorității în Cod penal în vigoare se poate constata că ne găsim în prezența unui sistem unitar de norme, în cadrul cărora sunt reglementate atât limitele răspunderii penale, consecințele acesteia, cât și regimul măsurilor educative neprivative și privative de libertate. Noua lege penală acordă o importanță deosebită acestei instituții, **limitând tratamentul penal al minorului numai la măsuri educative**, prin renunțarea completă la pedepsele aplicabile minorilor care răspund penal, în favoarea măsurilor educative, și prin abandonarea sistemului mixt al consecințelor răspunderii penale prevăzut în legea penală în vigoare până în 2014 (Codul penal 1969).*

Cuvinte-cheie: *minoritate, măsuri educative privative de libertate, minor infractor, răspundere penală, discernământ, sistem de sancționare*

Abandonarea sistemului mixt în această materie exprimă tendința de a pune în valoare experiența și rezultatele pozitive obținute pe plan internațional în combaterea delincvenței juvenile¹. Majoritatea sistemelor contemporane de drept penal au în comun aceeași

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Cercetător științific gradul III, dr., Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” Academia Română, e-mail: bversavia@gmail.com

¹ G. Antoniu (coord.), A. Vlăsceanu, V. Teodorescu, C. Sima, I. Ristea, I. Vasii, Al. Boroș, B.N. Bulai, C. Bulai, Șt. Daneș, C. Duvac, K. Guiu, C. Mitrache, Cr. Mitrache, I. Molnar, Explicații preliminare ale noului Cod penal, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 328.

orientare de politică penală care recunoaște necesitatea unui regim sancționator special pentru infractorii minori, deosebit de sistemul destinat adulților. Cercetările criminologice asupra delincvenței juvenile au scos în evidență particularitățile personalității minorului infractor, caracterizat printr-o insuficientă formare și dezvoltare biopsihică, reflectată prin săvârșirea infracțiunii².

Din analiza normelor care reglementa minoritatea în Codul penal 1969 se poate observa că legiuitorul a tratat-o nu ca pe o stare de atenuare a pedepsei, ci ca pe o instituție cu un regim propriu, specific de sancționare³. Fenomenul infracțional sau criminalitatea în rândul minorilor, cu toate că este parte componentă a fenomenului infracțional în general, prezintă unele particularități, determinate de anumite caracteristici biologice, psihologice și sociale ale minorilor, particularități pe care legiuitorul le-a avut în vedere când a reglementat răspunderea penală a acestora⁴. Așa cum se subliniază în literatura de specialitate⁵, deși viața fiecărei persoane are în mod firesc o desfășurare specifică, aceasta nu exclude posibilitatea ca la nivel conceptual, în reglementarea unor instituții de drept penal, să se adopte o terminologie comună a unor concepte, împrumutând, de pildă, din dreptul privat împărțirea persoanelor în minore și majore și să se folosească termenul de minoritate.

În doctrina penală⁶ se apreciază, de asemenea, că faptele săvârșite de minori sunt considerate că prezintă un grad de pericol social mai redus decât atunci când sunt săvârșite de majori, motiv pentru care starea de minoritate constituie o cauză de diferențiere a răspunderii penale și, deci, a regimului de sancționare, accentul punându-se pe prevenție, atât antedelictuală, cât și postdelictuală.

Sub acest aspect, noua reglementare penală nu diferă de Codul penal 1969. Întocmai ca și acest Cod, se admite că până la vârsta de 14 ani minorul este prezumat că nu are discernământ, aceasta constituind o prezumție absolută și, ca atare, nu va răspunde penal. Aceasta înseamnă că minorul până la vârsta de 14 ani este prezumat, în toate cazurile, că nu are capacitate de a înțelege semnificația socială a faptelor sale (în special caracterul antisocial al unei fapte) și nici de a-și manifesta în mod conștient voința, prezumție care are – așa cum am arătat – caracter absolut (*iuris et de iure*), în sensul că nu este permis să se facă, în niciun caz, proba contrarie⁷. Între 14-16 ani minorul va răspunde penal numai dacă se dovedește că a săvârșit fapta cu discernământ; în această etapă, lipsa de discernământ a minorului este relativă (*iuris tantum*), putându-se face proba contrarie. Existența sau inexistența discernământului se face, de regulă, printr-o expertiză psihiatrică, coroborată cu alte probe. În situația în care minorul cu vârsta între 14-16 ani săvârșește mai multe fapte prevăzute de legea penală pentru care urmează să fie tras la răspundere, discernământul trebuie stabilit în raport cu fiecare faptă în parte.

După împlinirea vârstei de 16 ani minorul este prezumat că a acționat cu discernământ și, prin urmare, răspunde penal; aceasta înseamnă că minorul este prezumat că are posibilitatea de a înțelege implicația socială a faptelor sale și este în măsură să își dirijeze în mod conștient comportamentul; prezumția are caracter relativ, deoarece se poate face dovada contrară, și anume în sensul că nu a avut capacitatea de a înțelege semnificația faptei

² *Idem*.

³ V. Dongoroz și colab., *op. cit.*, vol. II, p. 241-243.

⁴ M. Basarab, V. Pașca. Gh. Mateuț, C. Butiuc, *op. cit.*, p. 508.

⁵ V. Dongoroz și colab., *op. cit.*, vol. II, p. 230

⁶ M. Basarab, V. Pașca. Gh. Mateuț, C. Butiuc, *op. cit.*, p. 509

⁷ T. Vasiliu ș.a., *op. cit.*, p. 525

sale și capacitatea de a-și manifesta voința corespunzător acestei înțelegeri a sensului faptei⁸. Lipsa capacității de a înțelege și voi se desprinde din modul de comitere a faptei, din antecedentele minorului, din starea sa de sănătate, dar și pe baza unei expertize medico-legale, care poate stabili în fiecare cauză supusă cercetării existența sau inexistența discernământului. Existența discernământului în comiterea unei fapte prevăzute de legea penală nu înseamnă și existența vinovăției, ci numai o premisă pentru aceasta.

Unanim se consideră că cele două stări – **vârsta și discernământul – trebuie luate în considerare în raport de data săvârșirii infracțiunii**. În literatura de specialitate⁹ se consideră că, atunci când o parte a acțiunilor (inacțiunilor) aparținând unei infracțiuni continuate au fost comise în timpul minorității, fără discernământ, iar restul acțiunilor (inacțiunilor) cu discernământ, minorul va răspunde numai pentru faptele comise cu discernământ. Dacă acțiunea sau inacțiunea este continuată după împlinirea vârstei de 18 ani, minorul va răspunde în raport cu infracțiunea continuată, în întregul ei.

În doctrină¹⁰ se discută **situația în care față de minor operează mai multe cauze care înlătură caracterul penal al faptei ca urmare a înlăturării vinovăției**. Conform art. 15 al Codului penal în vigoare, infracțiunea este fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o. Soluția care se prefigurează în situația concursului între cauzele justificative și cele de neimputabilitate are în vedere prioritatea cauzelor justificative. Atunci când în concurs intră doar cauze de neimputabilitate, minoritatea va avea prioritate în raport cu celelalte cauze. Dacă în conceptul de faptă prevăzută de legea penală intră și vârsta subiectului activ, în cazul minorului care nu a împlinit vârsta de 14 ani alegerea minorității înaintea altor cauze, inclusiv justificative, ar fi determinată de faptul că legea penală nu i se aplică minorului sub 14 ani. Examinarea altor cauze care înlătură caracterul penal al faptei nu ar putea fi acceptată, întrucât minorului sub 14 ani nu i se aplică *ab initio* legea penală, indiferent de modalitatea, circumstanțele, împrejurările comiterii faptei.

Codul civil (art. 1365) prevede că instanța civilă nu este legată de dispozițiile legii penale și nici de hotărârea definitivă de achitare sau de încetare a procesului penal în ceea ce privește existența prejudiciului sau a vinovăției autorului faptei ilicite. Pentru minorul sub 14 ani, Codul civil prezumă relativ lipsa discernământului (art. 1366). În cazul în care în fața instanței civile se dovedește discernământul față de fapta ilicită comisă, apărarea poate proba lipsa vinovăției pentru fapta proprie pe un alt temei de drept (legitimă apărare, art. 1360 C. civ., starea de necesitate, art. 1361 C. civ., îndeplinirea unei activități impuse ori permise de lege, art. 1364 C. civ.).

Concurența unor cauze justificative și de neimputabilitate pentru minorul care are vârsta între 14-16 ani, dar nu are discernământ, ar putea să fie rezolvată în raport cu cauza care produce efecte mai largi, respectiv cauza justificativă. Lipsa discernământului ar părea însă că exclude *ab initio* concursul cu acele cauze care presupun evaluarea împrejurărilor faptei de către autorul său: caracterul injust al atacului la legitimă apărare, aprecierea existenței unui pericol la starea de necesitate.

Utilitatea unui criteriu cronologic de evaluare a incidenței cauzelor este discutabilă. Din punct de vedere cronologic, existența cauzelor se evaluează, deopotrivă, la data săvârșirii faptei, dacă există mai multe cauze care înlătură caracterul penal (un minor iresponsabil a fost constrâns fizic să săvârșască o faptă prevăzută de legea penală), acestea au valoare

⁸ *Idem*

⁹ M. Basarab, V. Pașca. Gh. Mateuț, C. Butiuc, *op. cit.*, p. 510.

¹⁰ G. Antoniu și colab., *op. cit.*, vol. II, p. 242.

concretă doar prin raportare la faptă. Înainte de comiterea faptei, împrejurările obiective, cum ar fi minoritatea sau iresponsabilitatea, nu aveau semnificație penală. Invocarea minorității (cauză cu efect *in personam*) nu poate fi făcută decât dacă nu a operat o cauză justificativă (care produce efecte *in rem*)¹¹.

În situația în care minorul invocă și alte cauze care înlătură caracterul penal al faptei, pentru motive diferite, sunt incidente cele care produc efecte mai extinse asupra acțiunii penale, având în vedere că, în caz de achitare pentru existența unei cauze care înlătură caracterul penal al faptei, instanța penală poate obliga la repararea pagubei potrivit legii civile. Lipsa discernământului înainte sau după săvârșirea faptei nu produce consecințe asupra răspunderii penale.

În ceea ce privește **consecințele răspunderii penale a minorului**, art. 114 Codului penal prevede că „(1) Față de minorul care, la data săvârșirii infracțiunii, avea vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani se poate lua o măsură educativă neprivativă de libertate (bineînțeles, în măsura în care sunt întrunite condițiile legale ale unei asemenea măsuri – n.n.).

(2) Față de minorul prevăzut în alin. (1) se poate lua o măsură educativă privativă de libertate în următoarele cazuri:

a) *dacă a mai săvârșit o infracțiune, pentru care i s-a aplicat o măsură educativă ce a fost executată ori a cărei executare a început înainte de comiterea infracțiunii pentru care este judecat;*

b) *atunci când pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea de 7 ani sau mai mare ori detențiunea pe viață”.*

Această reglementare reprezintă o soluție nouă în raport cu legea veche, întrucât se prevede că **față de minorul care răspunde penal se pot lua numai măsuri educative**. În viziunea Codului penal în vigoare, s-a renunțat la sistemul mixt al sancționării minorilor care răspund penal, instituindu-se un sistem unic al răspunderii penale, dar nu prin aplicarea unei pedepse, ci prin luarea uneia dintre măsurile educative neprivative sau privative de libertate.

Altfel zis, pentru a se putea aplica minorului o măsură educativă privativă de libertate, se impune ca acesta să mai fi săvârșit anterior o infracțiune pentru care să i se fi aplicat o măsură educativă care a fost executată ori a cărei executare a început înainte de comiterea infracțiunii pentru care este judecat. Observăm că textul nu precizează natura măsurii educative luate, ceea ce înseamnă că, indiferent dacă este vorba de o măsură educativă neprivativă de libertate ori o măsură educativă privativă de libertate, atâta timp cât anterior s-a comis o infracțiune și față de minor s-a luat una dintre aceste măsuri educative, se va dispune o măsură educativă privativă de libertate pentru noua infracțiune.

În al doilea rând, este necesar ca noua infracțiune să fie comisă în timpul executării primei infracțiuni ori după executarea acesteia. Nu se prevăd în text ce fel de infracțiune sau ce grad de pericol social trebuie să aibă infracțiunea săvârșită anterior și nici infracțiunea care atrage măsura educativă privativă de libertate. Pentru aplicarea măsurii educative privative de libertate **prezintă importanță momentul săvârșirii infracțiunii** care atrage aplicarea acestei măsuri, și **nu momentul descoperirii faptei**.

Pentru a se putea aplica minorului o măsură educativă privativă de libertate în cazul prevăzut la lit. b, se impune ca pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită să fie închisoarea de 7 ani sau mai mare ori detențiunea pe viață. Deși textul de lege nu

¹¹ *Ibidem*, p. 245.

prevede că în cazul acestei condiții referirea la pedeapsa de 7 ani se face prin trimitere la **maximul special** al pedepsei, în aprecierea luării măsurii educative a privării de libertate se va avea în vedere limita **maximă a pedepsei prevăzute de lege** pentru infracțiunea săvârșită, **și nu pedeapsa aplicată în raport cu cauzele de atenuare sau agravare a pedepsei**. În raport cu prevederile art. 33 ale Codului penal, potrivit cărora tentativa se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea consumată, ale cărei limite se reduc la jumătate, considerăm că, în cazul în care infracțiunea săvârșită de minor anterior a rămas în faza tentativei, pentru luarea măsurii educative privative de libertate se va avea în vedere pedeapsa astfel rezultată, și nu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea consumată.

La alegerea uneia sau alteia dintre categoriile de măsuri educative, neprivative sau privative de libertate, se vor avea în vedere dispozițiile art. 114 ale Codului penal, iar în cadrul acestor categorii de măsuri, la aplicarea concretă a uneia sau alteia dintre ele, vor fi avute în vedere criteriile generale de individualizare prevăzute în art. 74 Codul penal.

În comparație cu Codul penal 1969 și cu Codul penal din 2004, considerăm că noua lege penală în vigoare a instituit un sistem în acord cu tendința generală a dreptului european în această materie, menit să prevină și să reducă infracționalitatea în rândul minorilor.

Avem însă dubii că acest sistem, aflat în „trendul” european, va reuși să satisfacă nevoile de reeducare a minorilor în condițiile actuale. Renunțarea la sistemul mixt (măsuri educative și pedepse) reprezintă politica penală adoptată de statul român ca urmare a aderării la structurile europene. Această renunțare s-a produs, în opinia noastră, cu prea mare ușurință, cu atât mai mult cu cât încă sunt țări care folosesc acest sistem mixt. Măsurile protectoare vizate de noua legislație penală, cum ar fi instituția probațiunii, activitatea în folosul comunității sau organizarea și funcționarea serviciilor de reintegrare socială a infractorilor și de supraveghere a executării sancțiunilor neprivative de libertate¹² – sancțiuni care nici pe departe nu ating numărul celor privative de libertate, deși necesare, nu sunt și suficiente, deoarece rămân dispersate, fără prea mare coerență între ele și vizează doar unele segmente dintr-o activitate complexă, care s-ar cere să facă parte dintr-un sistem bine încheiat și cu posibilități de coordonare și control, inclusiv posibilități materiale. La fel, nu credem, în prezent, nici în așa-numita justiție restaurativă, bazată pe repararea prejudiciului adus victimei¹³.

Sub aspect conceptual¹⁴, se susține că **măsurile educative sunt sancțiuni penale restrictive de drepturi și libertăți, dar cu un pronunțat caracter educativ**, executarea lor urmărind desfășurarea și completarea formării școlare și profesionale a infractorilor minori. Chiar în cazul măsurilor educative privative de libertate, care presupun internarea minorului într-o instituție specializată, recuperarea acestuia are loc tot prin realizarea unor programe de pregătire școlară și de formare profesională potrivit aptitudinilor acestuia, obiective care se realizează, în anumite cazuri, și într-un regim de pază și supraveghere¹⁵.

Măsurile educative privative de libertate urmăresc să evite efectele negative ale închisorii, care presupune un regim mult prea grav pentru un minor care a comis una sau mai multe infracțiuni și cu atât mai mult în cazul unor infracțiuni cu un grad redus de

¹² O.G. nr. 55/2002 privind regimul juridic al sancțiunii prestării unei activități în folosul comunității (M. Of. nr. 642 din 30 august 2002).

¹³ J. Dignan, *Understanding Victims and Restorative Justice*, Oxford University Press, 2005, p. 94.

¹⁴ *Ibidem*, p. 514.

¹⁵ L. Coraș, *Sancțiuni penale alternative la pedeapsa închisorii*, Ed. CH. Beck, București, 2009, p. 5.

pericol social. *Avem rezerve în ceea ce privește terminologia folosită. Măsurile educative, prin natura lor, nu presupun încarcerarea. Spunem încarcerare, deoarece în noua reglementare privarea de libertate se face în cadrul unui penitenciar. Ne întrebăm cum își vor îndeplini rolul de educare/reeducare aceste măsuri educative privative de libertate? Minorii au nevoie permanentă de supraveghere și control (în vederea îndreptării, educării lor), iar în condițiile actuale, atât economice, cât și sociale, apreciem că nu există suficient personal calificat pentru a se realiza o educare corectă a minorilor infractori.* Deși ne încadrăm în „trendul” internațional cu această nouă reglementare privitoare la minori, nu vom reuși să implementăm într-un timp atât de scurt acest sistem.

În susținerea afirmației că penitenciarul poate fi un mediu mult prea nepotrivit pentru minorii delincvenți s-ar putea aduce următoarele argumente:

a) există pericolul contaminării minorului în urma contactului cu alți deținuți;

b) minorii pot suferi un șoc la contactul cu mediul penitenciar și acesta poate fi atât de mare, încât la eliberarea lor să nu mai reușească să se reintegreze în societate, familie, școală.

În ceea ce privește măsurile educative privative de libertate, acestea sunt luate în mod excepțional atunci când pericolul social, raportat fie la antecedentele penale, fie la pedeapsa prevăzută de lege, fie la conduita în cursul executării sancțiunii, indică o perseverență infracțională crescută. Din interpretarea gramaticală a textelor de lege rezultă că în anumite cazuri măsura privativă de libertate este obligatorie, iar în altele facultativă. Conform art. 114 din Codul penal („**se poate lua** o măsură educativă privativă de libertate”), întrunirea condițiilor de aplicare a unei măsuri educative privative de libertate nu exclude posibilitatea luării unei măsuri educative neprivative de libertate. Dacă ar fi dorit contrariul, legiuitorul ar fi exclus opțiunea („se poate lua”) și ar fi impus luarea măsurii educative privative de libertate, astfel cum a procedat în cazul înlocuirii măsurii educative neprivative de libertate ca urmare a nerespectării cu rea-credință a condițiilor de executare sau a obligațiilor impuse [art. 123 alin. (1) lit. c) și alin. (2) Cod penal].

În ipoteza înlocuirii măsurii educative, legiuitorul dispune luarea măsurii internării într-un centru educativ, fără a da posibilitatea instanței să aleagă între cele două măsuri educative privative de libertate. Condițiile prevăzute în art. 114 Cod penal indică deci acele cazuri în care instanța de judecată are de ales între măsuri educative privative de libertate și cele neprivative de libertate. *Per a contrario*, în celelalte situații se poate dispune doar una dintre măsurile educative neprivative de libertate.

Măsura educativă privativă de libertate a internării într-un centru educativ constă în internarea minorului într-o instituție specializată în recuperarea minorilor, unde acesta va urma un program de pregătire școlară și formare profesională potrivit aptitudinilor sale, precum și programe de reintegrare socială. Măsura se dispune pe **o perioadă cuprinsă între 1 și 3 ani**.

Măsura poate fi modificată, fie în sensul prelungirii, fie în sensul înlocuirii cu măsura educativă a internării într-un centru de detenție, dacă minorul săvârșește o nouă infracțiune sau este judecat pentru o infracțiune concurentă săvârșită anterior. Dacă, dimpotrivă, minorul a avut o conduită corespunzătoare, dovedind interes constant pentru însușirea cunoștințelor școlare și profesionale, făcând progrese evidente în vederea reintegrării sociale, după executarea a cel puțin jumătate din durata internării, instanța poate dispune fie înlocuirea măsurii educative a internării cu măsura educativă a asistării zilnice pe o perioadă egală cu durata internării neexecutate, dar nu mai mult de 6 luni, dacă persoana

internată nu a împlinit vârsta de 18 ani, fie liberarea din centrul educativ, dacă persoana internată a împlinit vârsta de 18 ani.

Concomitent cu înlocuirea sau liberarea, instanța dispune respectarea uneia sau mai multora dintre obligațiile referitoare la conduita și pregătirea minorului prevăzute în art. 121 alin. (1) Cod penal. Instanța de judecată poate reveni asupra înlocuirii sau liberării dacă minorul nu respectă, cu rea-credință, condițiile de executare a măsurii asistării zilnice sau obligațiile impuse, dispunând executarea restului rămas neexecutat din durata măsurii internării într-un centru educativ.

În cazul săvârșirii, până la împlinirea duratei internării, a unei noi infracțiuni de către o persoană care nu a împlinit vârsta de 18 ani și față de care s-a dispus înlocuirea măsurii internării într-un centru educativ cu măsura asistării zilnice, instanța revine, în condițiile art. 124 alin. (7) Cod penal, asupra înlocuirii și dispune fie executarea restului rămas din durata măsurii internării inițiale, cu posibilitatea prelungirii duratei acesteia până la maximum prevăzut de lege, fie internarea într-un centru de detenție.

Cea de-a doua măsură educativă privativă de libertate este **internarea într-un centru de detenție** (art. 125 Cod Penal). Aceasta constă în internarea minorului într-o instituție specializată în recuperarea minorilor, cu regim de pază și supraveghere, unde va urma programe intensive de reintegrare socială, precum și programe de pregătire școlară și formare profesională potrivit aptitudinilor sale. Măsura educativă a internării într-un centru de detenție se aseamănă cu internarea într-un centru de reeducare prevăzută în Codul 1969, și constă în plasarea obligatorie a minorilor, care au comis infracțiuni și care nu pot fi lăsați în libertate supravegheată, într-un centru specializat, sub pază, pentru a putea continua procesul educativ sau pentru a dobândi o calificare profesională¹⁶.

Diferența majoră față de internarea într-un centru de reeducare, care este o sancțiune penală cu o durată nedeterminată, este aceea că internarea într-un centru de detenție se dispune pe **o perioadă cuprinsă între 2 și 5 ani**, afară de cazul în care pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea de 20 de ani sau mai mare ori detențiunea pe viață, când internarea se ia pe **o perioadă cuprinsă între 5 și 15 ani**.

Dacă în perioada internării minorul săvârșește o nouă infracțiune sau este judecat pentru o infracțiune concurentă săvârșită anterior, instanța prelungește măsura internării, fără a se putea depăși 15 ani, în raport cu pedeapsa cea mai grea dintre cele prevăzute de lege pentru infracțiunile săvârșite. Din durata măsurii educative se scade perioada executată până la pronunțarea hotărârii.

Dacă, dimpotrivă, minorul, pe durata internării, a dovedit interes constant pentru însușirea cunoștințelor școlare și profesionale și a făcut progrese evidente în vederea reintegrării sociale, după executarea a cel puțin jumătate din durata internării, instanța poate dispune, în condițiile art. 125 alin. (4) Cod penal, fie înlocuirea internării cu măsura educativă a asistării zilnice pe o perioadă egală cu durata internării neexecutate, dar nu mai mult de 6 luni, dacă persoana internată nu a împlinit vârsta de 18 ani, fie liberarea din centrul de detenție, dacă persoana internată a împlinit vârsta de 18 ani. În acest caz, de asemenea, odată cu înlocuirea sau liberarea, instanța impune respectarea uneia sau a mai multora dintre obligațiile care privesc modul de comportament al minorului prevăzute în art. 121 alin. (1), până la împlinirea duratei măsurii internării. Instanța de judecată va putea reveni asupra deciziei luate și va putea înlocui măsura educativă a asistării zilnice în cazul în care minorul nu respectă, cu rea-credință, condițiile de executare a măsurii asistării zilnice

¹⁶ V. Pașca, *Comentariu la art. 104 (Internarea într-un centru de reeducare)*, în M. Basarab, V. Pașca, Gh. Mateuț, C. Butiuc, *op. cit.*, p. 525.

sau obligațiile impuse, dispunând, potrivit art. 125 alin. (6) Cod penal, executarea restului rămas neexecutat din durata măsurii educative a internării într-un centru de detenție.

În cazul săvârșirii, până la împlinirea duratei internării, a unei noi infracțiuni de către o persoană care nu a împlinit vârsta de 18 ani și față de care s-a dispus înlocuirea măsurii educative a internării într-un centru de detenție cu măsura asistării zilnice, instanța revine asupra înlocuirii și dispune, în condițiile art. 125 alin. (7) Cod penal, executarea restului rămas din durata măsurii internării într-un centru de detenție sau prelungirea duratei acestei măsuri.

Schimbarea regimului de executare

Măsura cea mai severă este cea de **schimbare a regimului de executare**, care poate avea loc dacă în cursul executării unei măsuri educative privative de libertate persoana internată, care a împlinit vârsta de 18 ani, are un comportament prin care influențează negativ sau împiedică procesul de recuperare și reintegrare a celorlalte persoane internate. În acest caz, potrivit art. 126 Cod penal, instanța poate dispune continuarea executării măsurii educative într-un penitenciar. Așadar, pentru continuarea executării măsurii educative într-un penitenciar, trebuie să fie îndeplinite două condiții esențiale:

- a) persoana condamnată să fi împlinit 18 ani;
- b) comportamentul acesteia să fie vădit negativ.

Prescripția răspunderii penale și prescripția executării măsurilor educative

În ceea ce privește **prescripția răspunderii penale a minorilor**, Codul penal a prevăzut **reducerea termenului de prescripție la jumătate**, dacă la data săvârșirii infracțiunii făptuitorul era minor (art. 131 C. pen.). Potrivit art. 16 alin. (1) lit. c) C. pr. pen., în cazul în care s-a prescris răspunderea penală pentru infracțiunea săvârșită, acțiunea penală nu mai poate fi pusă în mișcare sau, dacă a fost pusă în mișcare, nu mai poate fi continuată.

Problema verificării împlinirii termenului prescripției răspunderii penale se realizează de către organul judiciar (procuror sau instanța de judecată) în fața căruia se află cauza penală.

Prescripția răspunderii penale a minorilor poate fi invocată în tot cursul procesului penal, de către oricare dintre părțile și luată în considerare chiar și din oficiu, iar în caz de prescripție, iar potrivit art. 18 C. pr. pen., inculpatul nevinovat poate cere continuarea procesului.

Circumstanțele atenuante sau agravante nu prezintă relevanță în stabilirea termenelor de prescripție, deoarece acestea se referă la pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită de minor, și nu la pedeapsa aplicată, pe când circumstanțele agravante sau atenuante produc efecte numai în cadrul operațiunii de individualizare judiciară a pedepsei.

În cazul în care infracțiunea săvârșită de minor a rămas în faza tentativei, termenul de prescripție a răspunderii penale depinde de maximul special al pedepsei pentru infracțiunea rămasă în faza de tentativă, astfel cum a fost redus în condițiile art. 33 alin. (2) Cod penal, deoarece legiuitorul se referă la infracțiunea săvârșită, or, aceasta este o infracțiune imperfectă, iar pedeapsa prevăzută de lege pentru ea este mai redusă¹⁷.

Dacă la săvârșirea infracțiunii au participat mai mulți autori, instigatori sau complici, dintre care unii sunt minori, instituția prescripției răspunderii penale va opera diferențiat

¹⁷ M. Basarab, V. Pașca, Gh. Mateuț, C. Butiuc, *op. cit.*, p. 633

după cum aceștia sunt majori sau minori. În situația în care legea prevede pentru infracțiunea săvârșită pedepse alternative, stabilirea termenului de prescripție a răspunderii penale se va face în raport de maximul special al pedepsei mai grele.

Potrivit prevederilor din art. 153 Cod penal, **efectele prescripției răspunderii penale** constau în înlăturarea răspunderii penale, regula generală fiind aceea că prin prescripție se stinge răspunderea penală pentru orice infracțiune. De la această regulă, în alin. (2) al aceluiași articol se prevede și o excepție, în sensul că prescripția nu înlătură răspunderea penală în cazul infracțiunilor de genocid, contra umanității și de război, indiferent de data la care au fost comise, nici în cazul infracțiunilor prevăzute în art. 188 și art. 189 (omorul și omorul calificat) și al infracțiunilor intenționate urmate de moartea victimei.

Așa cum rezultă din cele arătate, pentru ca prescripția răspunderii penale a minorului să își producă efectele, trebuie să se determine momentul de început (inițial) de la care începe să curgă acest termen.

Potrivit dispoziției art. 154 alin. (2) Cod penal, **termenele de prescripție a răspunderii penale încep să curgă de la data săvârșirii infracțiunii**. În cazul infracțiunilor continue, termenul curge de la data încetării acțiunii sau inacțiunii, în cazul infracțiunilor continuate de la data săvârșirii ultimei acțiuni sau inacțiuni, iar în cazul infracțiunilor de obicei de la data săvârșirii ultimului act. Alineatul (3) al art. 154 prevede că, în cazul infracțiunilor progresive, termenul începe să curgă de la data săvârșirii acțiunii sau inacțiunii și se calculează în raport cu pedeapsa corespunzătoare rezultatului definitiv produs, iar în alin. (4) se reglementează situația infracțiunilor contra libertății și integrității sexuale săvârșite față de un minor, când termenul începe să curgă de la data la care acesta a devenit major.

Înteruperea cursului prescripției răspunderii penale a minorului se face în condițiile prevăzute în art. 155 Cod penal, și anume prin îndeplinirea oricărui act de procedură în cauză. Față de reglementarea din Codul 1969, observăm că s-a renunțat la prevederea potrivit căreia cursul termenului prescripției răspunderii penale se întrerupe „prin îndeplinirea oricărui act care, potrivit legii, trebuie comunicat învinutului sau inculpatului în desfășurarea procesului penal”, în favoarea expresiei „*prin îndeplinirea oricărui act de procedură în cauză*”.

Înteruperea cursului prescripției răspunderii penale a minorului prin îndeplinirea oricărui act de procedură are ca efect neluarea în calcul a timpului scurs de la săvârșirea infracțiunii și până la îndeplinirea celui act de procedură, adică până în momentul când se realizează efectiv actele de procedură.

Înteruperea cursului prescripției produce efecte față de toți participanții la infracțiune, chiar dacă actul de întrerupere privește numai pe unul dintre ei. Înteruperea cursului prescripției răspunderii penale a minorilor prin îndeplinirea oricărui act de procedură are ca efect pierderea beneficiului timpului scurs până la intervenirea actului de întrerupere și începerea curgerii unui nou termen de prescripție.

Subliniem faptul că **prescripția specială** prevăzută distinct într-un text de lege în reglementarea penală anterioară a fost inclusă ca un alineat separat în art. 155 Cod penal (înteruperea cursului prescripției răspunderii penale), arătându-se că, dacă termenele prevăzute în art. 154 au fost depășite cu încă o dată, condițiile prescripției vor fi socotite îndeplinite oricâte întreruperi ar interveni.

Prescripția răspunderii penale poate fi suspendată în condițiile prevăzute în art. 156 Cod penal, potrivit căruia cursul termenului prescripției este suspendat pe timpul cât o dispoziție legală sau o împrejurare de neprevăzut ori de neînlăturat împiedică punerea în

mișcare a acțiunii penale sau continuarea procesului penal, prescripția urmând să își reia cursul din ziua în care a încetat cauza de suspendare.

În ceea ce privește **prescripția executării măsurilor educative**, potrivit art. 132 Cod penal, măsurile neprivative de libertate se prescriu în termen de 2 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii prin care au fost luate, iar cele privative de libertate se prescriu într-un termen egal cu durata măsurii educative luate, dar nu mai puțin de 2 ani [art. 132 alin. (2) Cod penal]. Termenele de prescripție a executării măsurilor educative se întrerup și se suspendă în condițiile prevăzute de lege pentru majori [art. 132 alin. (3) Cod penal]. Dacă măsurile educative au fost înlocuite, executarea acestora se prescrie în raport cu măsura educativă cea mai grea și termenul curge de la data rămânerii definitive a hotărârii prin care s-a dispus înlocuirea.

Dacă termenele prescripției răspunderii penale prevăzute în art. 154, reduse la jumătate pentru minori (art. 131), încep să curgă de la data săvârșirii infracțiunii, termenele de prescripție a executării măsurilor educative se socotesc de la data când hotărârea de condamnare a rămas definitivă [art. 162 alin. (2)], deoarece de la această dată măsura educativă devine executabilă.

Prescripția executării măsurilor educative poate fi constatată din oficiu sau invocată pe calea unei contestații la executare. Împlinirea termenului de prescripție a executării măsurilor educative are ca efect înlăturarea executării măsurii educative neprivative de libertate ori a măsurii educative privative de libertate, acestea nemaiputând fi executate ca urmare a împlinirii termenului de prescripție.

În cazul înlocuirii măsurilor educative, executarea se prescrie în raport cu măsura educativă mai grea și termenul curge de la data rămânerii definitive a hotărârii prin care s-a dispus înlocuirea.

Potrivit art. 163 Cod penal, cauzele întreruperii cursului prescripției executării măsurilor educative sunt:

- începerea executării măsurii educative;
- săvârșirea unei noi infracțiuni;
- sustragerea de la executare, după începerea executării măsurii educative.

Legiuitorul nu a mai prevăzut un alineat distinct pentru reglementarea prescripției speciale care să opereze indiferent de numărul întreruperilor care ar interveni.

Cazul minorului devenit major

Minorului care a devenit major în timpul judecății, dar era minor cu vârsta cuprinsă între 14-18 ani la momentul săvârșii faptei, i se aplică dispozițiile titlului privitor la minoritate. Dacă la data pronunțării hotărârii prin care s-a luat o măsură educativă privativă de libertate făptuitorul a împlinit vârsta de 18 ani, instanța, ținând seama de posibilitățile sale de îndreptare, de vârsta acestuia, precum și de celelalte criterii prevăzute în art. 74 Cod penal, poate dispune executarea măsurii educative într-un penitenciar [art. 134 alin. (2) Cod penal]. Sancțiunea aplicată inițial continuă să își păstreze aceeași natură juridică¹⁸, de măsură educativă, modificându-se doar locul instituției de executare, durata acesteia rămânând așa cum fusese stabilită inițial prin hotărârea instanței de judecată de aplicare a măsurii educative privative de libertate. Ceea ce se va schimba va fi regimul de executare a măsurii educative în penitenciar, care, în opinia noastră, ar trebui să fie diferit atât de regimul de executare a măsurii educative privative de libertate a internării într-un centru

¹⁸ *Expunere de motive*, <http://www.edep.ro/proiecte/2009/300>

educativ sau într-un centru de detenție, dar și de regimul de executare a pedepsei închisoii. Aceasta va presupune înființarea unor penitenciare speciale. Există oare condițiile materiale astăzi pentru o atare rezolvare?

Pluralitatea de infracțiuni

În ceea ce privește pluralitatea de infracțiuni (art. 129 Cod penal), legea prevede că, în caz de concurs de infracțiuni săvârșite în timpul minorității, se stabilește și se ia o singură măsură educativă pentru toate faptele, în condițiile art. 114, ținând seama de criteriile prevăzute în art. 74.

În cazul săvârșirii a două infracțiuni, dintre care una în timpul minorității și una după majorat, pentru infracțiunea comisă în timpul minorității se ia o măsură educativă, iar pentru infracțiunea săvârșită după majorat se stabilește o pedeapsă, după care:

a) dacă măsura educativă este neprivativă de libertate, se execută numai pedeapsa;

b) dacă măsura educativă este privativă de libertate, iar pedeapsa este închisoarea, se aplică pedeapsa închisorii, care se majorează cu o durată egală cu cel puțin o pătrime din durata măsurii educative ori din restul rămas neexecutat din aceasta la data săvârșirii infracțiunii comise după majorat;

c) dacă pedeapsa aplicată pentru infracțiunea săvârșită după majorat este detențiunea pe viață, se execută numai această pedeapsă;

d) dacă măsura educativă este privativă de libertate, iar pedeapsa este amenda, se execută măsura educativă, a cărei durată se majorează cu cel mult 6 luni, fără a depăși maximumul prevăzut de lege pentru aceasta.

În cazul prevăzut în alin. (2) lit. b), din durata pedepsei aplicate se scade ceea ce s-a executat din momentul săvârșirii infracțiunii comise după majorat până la data judecării. În cazul săvârșirii după majorat a două sau mai multor infracțiuni concurente, se aplică mai întâi regulile referitoare la concursul de infracțiuni, după care se face aplicarea dispozițiilor alin. (2). Pedeapsa stabilită potrivit dispozițiilor alin. (2) lit. b) nu poate face obiectul amânării aplicării pedepsei sau al suspendării executării sub supraveghere.

Așa cum se observă, art. 129 Cod penal reglementează ipotezele de pluralitate de infracțiuni comise în timpul minorității, precum și pe cele în care pentru unele dintre infracțiuni s-a stabilit o măsură educativă, iar pentru altele s-au aplicat pedepse.

Dacă măsura educativă este privativă de libertate, iar pedeapsa este închisoarea, din durata pedepsei aplicate se scade ceea ce s-a executat din momentul săvârșirii infracțiunii comise după majorat până la data judecării. Aceleași reguli se aplică și atunci când după majorat se comit două sau mai multor infracțiuni concurente. În acest caz se aplică mai întâi regulile referitoare la concursul de infracțiuni, după care se face aplicarea dispozițiilor referitoare la concursul cu infracțiuni comise în timpul minorității. Pedeapsa rezultantă astfel stabilită, dacă măsura educativă este privativă de libertate, iar pedeapsa este închisoarea, nu poate face obiectul amânării aplicării pedepsei sau al suspendării executării sub supraveghere.

Durata măsurilor educative

Așa cum s-a subliniat în literatura de specialitate¹⁹, prin durata pedepsei se înțelege intervalul de timp dintre ziua începerii pedepsei și ziua în care aceasta încetează; ziua în care începe executarea pedepsei și ziua în care încetează se socotesc în durata executării.

¹⁹ M. Basarab, V. Pașca, Gh. Mateuț, C. Butiuc, *op. cit.*, p. 494.

Această durată, fiind un termen de drept substanțial, **se calculează pe zile pline**, spre deosebire de termenele de drept procesual, care se calculează pe zile libere, ceea ce înseamnă că ziua în care începe termenul și ziua în care se sfârșește nu se vor lua în considerare.

La calcularea timpului, potrivit art. 186 Cod penal, ziua se socotește de 24 de ore, săptămâna de 7 zile, iar anul de 12 luni. Luna și anul se socotesc împlinite cu o zi înainte de ziua corespunzătoare datei de la care au început să curgă, aceste reguli aplicându-se și în cazul măsurilor educative privative de libertate.

INFRAȚIUNILE CONTRA SĂNĂTĂȚII PUBLICE SĂVÂRȘITE DE PERSOANE JURIDICE CONFORM CODULUI PENAL 2009

Andreea OANEA*

Abstract:

In this paper, the author will point out the main regulations regarding crimes against public health, as found in the Romanian Criminal Code, art. 352-359, when the perpetrator is a legal person.

Regarding its structure, it will briefly study the eight articles earlier referred to, pointing out the effectiveness of the incrimination in each case.

Keywords: *crimes against public health, crimes against the environment, criminal liability of a legal person*

Rezumat:

În această lucrare, autorul va evidenția principalele reglementări privind infracțiuni împotriva sănătății publice, astfel cum sunt prevăzute de art. 352-359 Cod penal, în situația în care autorul este o persoană juridică.

Cu privire la structura lucrării, aceasta urmează să analizeze punctual cele opt articole anterior menționate, evidențiind efectivitatea incriminării în fiecare cauză în parte.

Cuvinte-cheie: *infracțiuni contra sănătății publice, infracțiuni privind mediul înconjurător, răspunderea penală a persoanei juridice*

I. Prezenta lucrare urmărește o abordare practică privind efectivitatea și fiabilitatea incriminărilor cuprinse între art. 352 și art. 359 C. pen., având ca subiect activ o persoană juridică.

În acest context nu vor fi analizate în detaliu condițiile generale de tragere la răspundere penală a persoanei juridice, întrucât acest subiect a fost tratat în literatura juridică a ultimilor ani, urmând să efectuăm o analiză de drept substanțial cu privire la cele 8 articole indicate, circumscriindu-ne faptului că autorul infracțiunii este o persoană juridică. În egală măsură, nu vom avea în vedere situația în care persoana juridică participă la săvârșirea faptei în calitate de instigator sau complice.

Ca punct de pornire, vom reține că sediul materiei în privința răspunderii penale a persoanei juridice se regăsește la art. 135, alin. 1 C. pen.¹. Astfel cum rezultă din respectiva prevedere, o persoană juridică, *cu excepția statului și a autorităților publice, răspunde penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice.*

În condițiile în care subiectul activ din analiza întreprinsă va fi numai persoana juridică, sancțiunea aplicabilă va fi doar amenda în cuantumul rezultat în concret din raportarea articolului din norma de incriminare, la art. 137, alin. 4 C. pen.

* Judecător, Jud. Sectorului 1 București, andreea.oanea@gmail.com

¹ Legea nr. 286/2009, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 510 din 24 iulie 2009, cu modificările și completările ulterioare

Tot sub aspectul sancțiunilor, reținem că pot fi aplicate pedepsele complementare corespunzătoare situației concrete prevăzute de art. 139-145 C. pen., respectiv *Dizolvarea persoanei juridice, Suspendarea activității persoanei juridice, Închiderea unor puncte de lucru ale persoanei juridice, Interzicerea de a participa la procedurile de achiziții publice, Plasarea sub supraveghere judiciară, Afisarea sau publicarea hotărârii de condamnare.*

Inclusiv în caz de reorganizare a persoanei juridice, prin fuziune, absorbție sau divizare, răspunderea penală și consencințele acesteia vor fi angajate în continuare, conform art. 151 C. pen.

Obiectul juridic generic al infracțiunilor ce urmează a fi analizate este reprezentat de relațiile sociale privitoare la sănătatea publică².

II. În aceste coordonate, vom demara analiza infracțiunii de **Zădărnicierea combaterii bolilor**, prevăzută de art. 352 C. pen.³.

Infracțiunea nu are obiect material, dat fiind faptul că valoarea socială protejată, sănătatea publică, nu se materializează într-un bun anume.

Subiectul activ, pentru scopul prezentei lucrări, este o persoană juridică, iar subiectul pasiv principal este Statul Român, pe când subiectul pasiv secundar este o persoană fizică care a fost infectată în urma nerespectării măsurilor privind prevenirea sau combaterea bolilor.

Cu privire la conținutul constitutiv, reținem că infracțiunea nu are situație premisă și nici cerințe esențiale.

Elementul material constă în *nerespectarea măsurilor*, motiv pentru care apreciem că poate fi realizat atât printr-o acțiune, cât și printr-o omisiune, nefiind exclusă nici ipoteza săvârșirii unei acțiuni comise prin omisiune. *Verbum regens* nu are circumscrisă o anumită activitate, putând fi realizat în orice manieră. Propriu-zis, această incriminare depinde în mod real de respectarea prevederilor administrative impuse de lege pentru prevenirea sau combaterea bolilor infectocontagioase.

Urmarea imediată este reprezentată de răspândirea unor boli, respectiv de infectarea unor persoane care anterior nu erau purtătoare ale respectivei maladii. Ca atare, infracțiunea examinată presupune producerea în concret a unui rezultat, nefiind o infracțiune de pericol.

Legătura de cauzalitate trebuie să existe și să fie dovedită în concret, întrucât este necesar a se stabili că infectarea subiectului pasiv secundar are ca și cauză directă acțiunea sau inacțiunea ce face obiectul elementului material al infracțiunii. În situația în care răspândirea bolii reprezintă efectul altor cauze, precum o contaminare anterioară, fapta nu va constitui infracțiune⁴.

Forma de vinovăție cerută de lege, pentru varianta tip de la alin. 1, este intenția directă sau indirectă, astfel cum rezultă din art. 16, alin. 6 C. pen. Apreciem că fapta nu poate fi săvârșită cu intenție depășită, întrucât rezultatul care conferă tipicitate faptei este produs

² V. Dobrinoiu, I. Pascu, M. Hotca, I. Chiș, M. Gorunescu, C. Păun, M. Dobrinoiu, N. Neagu, M.C. Sinescu, în *Noul Cod penal comentat*, vol. II, *Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pg.858

³ Art. 352 C. pen., prevede: 1) *Nerespectarea măsurilor privitoare la prevenirea sau combaterea bolilor infectocontagioase, dacă a avut ca urmare răspândirea unei asemenea boli, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă.*

(2) *Dacă fapta prevăzută în alin. (1) este săvârșită din culpă, pedeapsa este închisoarea de la o lună la 6 luni sau amendă.*

⁴ G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.M. Vasile – *Codul penal, comentariu pe articole, art. 1-446*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, pg.769

din culpă, fiind astfel incidente prevederile alin. 2 al art. 352. Mobilul și scopul nu prezintă relevanță cu privire la întrunirea elementelor constitutive ale infracțiunii.

Analizând problema pluralității de infracțiuni în forma concursului ideal, în situația în care nerespectarea măsurilor privitoare la prevenirea sau combaterea bolilor a avut ca urmare răspândirea mai multor boli, reținem că ar fi excesiv să interpretăm sintagma „răspândirea unei asemenea boli” în sensul că răspândirea mai multor boli ar atrage o pluralitate de infracțiuni, în condițiile în care aceeași bacterie poate da naștere la afecțiuni diferite în cazul unor persoane distincte, pe fondul stării de sănătate preexistente. Prin urmare, apreciem că se va reține o singură infracțiune.

Aceeași considerăm că ar trebui să fie soluția și în cazul perimterii părăsirii unității spitalicești sau a clinicii medicale, de către două sau mai multe persoane purtătoare de boli contagioase, anterior negativării acestora, prin dispoziția organelor de conducere ale unității medicale, prin aceeași acțiune și în aceeași împrejurare.

Cu certitudine poate fi reținut un concurs real de infracțiuni atât timp cât există rezoluții infracționale distincte și acte de executare diferite. Este posibilă reținerea unui concurs real și între varianta tip prev. de alin. 1 și varianta atenuată prev. de alin. 2, reprezentând fapta săvârșită din culpă.

Luând în considerare specificul subiectului pasiv principal, respectiv statul, apreciem că putem fi în prezența unei infracțiuni continuate, indiferent dacă subiectul pasiv secundar este aceeași persoană sau sunt persoane distincte. Pentru a ajunge la aceasta concluzie vom avea în vedere prevederile art. 238 LPACP⁵, conform cărora *în aplicarea dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal, condiția unității subiectului pasiv se consideră îndeplinită și atunci când: a) bunurile ce constituie obiectul infracțiunii se afla în coproprietatea mai multor persoane; b) infracțiunea a adus atingere unor subiecți pasivi secundari diferiți, dar subiectul pasiv principal este unic.*

Evident, nu vom putea reține săvârșirea unei infracțiuni continuate pentru fapta prevăzută de art. 352, alin. 2 C. pen., unde forma de vinovăție cerută de lege este culpa.

În materie procesuală, acțiunea penală se va pune în mișcare din oficiu, neexistând, în mod firesc, posibilitatea împăcării părților.

Luând în considerare faptul că elementul material poate fi săvârșit atât printr-o acțiune, cât și printr-o omisiune, vom reține că tentativa este posibilă cu privire la forma comisivă, nefiind posibilă în forma omisiunii, însă, în lipsă de prevedere expresă, conform art. 33, alin. 1 C. pen., aceasta nu va fi sancționată. Este posibilă desistarea și împiedicarea producerii rezultatului.

III. Art. 353 C. pen.⁶ conține o reglementare intitulată **Contaminarea venerică**.

Având în vedere specificul prezentei lucrări, vom analiza preliminar posibilitatea comiterii infracțiunii de către o persoană juridică.

Din textul de lege rezultă că subiectul activ poate fi doar o persoană care *știe că suferă* de o boală venerică. Prin urmare, este o infracțiune *in persona propria*, coautoratul nefiind posibil. În doctrină⁷, s-a reținut că aceasta poate fi săvârșită de o persoană juridică. Nu ne

⁵ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 757 din 12 noiembrie 2012

⁶ Art. 353 prevede: (1) *Transmiterea unei boli venerice, prin raport sexual sau alte acte sexuale, de către o persoană care știe că suferă de o astfel de boală, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă. (2) Instanța de judecată va dispune măsura de siguranță a obligării la tratament medical.*

⁷ V. Dobrinoiu, I. Pascu, M. Hotca, I. Chiș, M. Gorunescu, C. Păun, M. Dobrinoiu, N. Neagu, M.C. Sinescu, *op. cit.*, pg.862

raliem acestei opinii și considerăm că orice tentativă, chiar și pur teoretică, de a reține posibilitatea săvârșirii faptei în realizarea obiectului de activitate, în interesul sau în numele persoanei juridice nu poate fi plauzibilă. Săvârșirea acestei fapte în strânsă legătură cu obiectul de activitate al persoanei juridice este greu de imaginat. Nu vedem modul în care contaminarea unei persoane fizice cu o boală venerică ar putea servi interesului unei persoane juridice sau ar putea fi efectuată în numele acesteia, însă chiar dacă am accepta un asemenea exemplu, din rațiuni academice, circumstanțierea concretă a subiectului activ nu permite săvârșirea faptei de către o entitate abstractă. Astfel, analiza respectivei infracțiuni nu își va găsi locul în prezenta lucrare.

IV. Art. 354 C. pen.⁸ reglementează *Transmiterea sindromului imunodeficiar dobândit*.

Această infracțiune, spre deosebire de cea anterioară, impune o nuanțare.

Pe de o parte reținem fără dubii că norma de incriminare de la alin. 1 vizează circumstanțierea subiectului activ ca persoană fizică, conștient purtătoare a maladiei SIDA. Astfel, pentru rațiunile expuse cu prilejul tratării art. 353, apreciem că alin. 1 nu prezintă importanță pentru analiza întreprinsă.

Pe de altă parte, alin. 2 califică subiectul activ drept *o altă persoană* decât cea de la alin. 1, nefiind *ab initio* exclusă participarea ca autor a unei persoane juridice.

Analizând sintagma sindrom imunodeficiar dobândit, nu vom trage concluzia că se impune ca subiectul activ să fi dobândit respectiva boală, întrucât terminologia uzitată este de specialitate medicală (Syndrome Immuno-Deficitaire Acquis). Mai reținem că varianta de la alin. 2 reprezintă o formă agravată a infracțiunii de la alin. 1, prin urmare, este avută în vedere situația persoanei nepurtătoare de virus HIV, care transmite boala către altă persoană, cu intenție directă sau indirectă⁹.

Prin urmare, strict ipotetic, fără vreo perspectivă practică, admitem că este posibilă o acțiune de infectare făcută de o persoană fizică nepurtătoare a maladiei asupra altei persoane fizice, în beneficiul unei persoane juridice. În practică, însă, apreciem că acest text nu va avea aplicabilitate, motiv pentru care, din rațiuni care vizează spațiul limitat acordat prezentei lucrări, nu vom analiza această infracțiune în forma prevăzută de alin. 2.

Referitor la forma prevăzută de alin. 4, unde incriminarea vizează săvârșirea faptei din culpă, apreciem că există în mod real posibilitatea ca o persoană juridică, unitate medicală, prin nerespectarea protocoalelor de siguranță în materie medicală, să utilizeze uneori materiale nesterile, fapt care ar putea duce la infectarea unei persoane, beneficiară a serviciilor medicale.

Apreciem că se impun câteva scurte precizări privind conținutul constitutiv al infracțiunii astfel cum este prevăzută de alin. 4. Elementul material este reprezentat de transmiterea prin orice mijloace a virusului. Urmarea imediată este infectarea victimei, iar legătura de cauzalitate trebuie să rezulte expres. Sub aspect subiectiv, forma de vinovăție

⁸ Art. 354 prevede: (1) Transmiterea, prin orice mijloace, a sindromului imunodeficiar dobândit – SIDA – de către o persoana care știe ca suferă de aceasta boala, se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani. (2) Transmiterea, prin orice mijloace, a sindromului imunodeficiar dobândit – SIDA – de către o alta persoana decât cea prevăzută în alin. (1), se pedepsește cu închisoare de la 5 la 12 ani. (3) Dacă prin faptele prevăzute în alin. (1) și (2) s-a produs moartea victimei, pedeapsa este închisoarea de la 7 la 15 ani. (4) Când fapta prevăzută în alin. (2) a fost săvârșită din culpă, pedeapsa este închisoarea de la 6 luni la 3 ani, iar dacă a cauzat moartea victimei pedeapsa este închisoarea de la 2 la 7 ani. (5) Tentativa la infracțiunile prevăzute în alin. (1) și (2) se pedepsește.

⁹ Fapta săvârșită din culpă de către altă persoană decât cel infectat intră sub incidența alin. 4.

este culpa pentru infracțiunea prevăzută de teza 1 din alin. 4 și praeterintenția pentru infracțiunea prevăzută de teza 2 din același alineat. Mobilul și scopul nu au relevanță.

Există posibilitatea reținerii unui concurs real de infracțiuni, chiar și între cele două teze ale alin. 4. Este exclus concursul ideal în situația în care prin același act, neintenționat, sunt contaminate două persoane diferite. Apreciem că subiectul pasiv principal este Statul, iar o pluralitate de subiecți pasivi secundari atrage o pluralitate de persoane vătămate prin săvârșirea infracțiunii, dar nu și o pluralitate de infracțiuni. Dată fiind forma de vinovăție, respectiv culpa, excludem posibilitatea unei infracțiuni continuate.

V. Răspândirea bolilor la animale sau plante este denumirea marginală a infracțiunii prevăzute de art. 355 C. pen.¹⁰.

Observăm că această infracțiune reprezintă o variantă a infracțiunii incriminate de art. 352, anterior expusă. Apreciem că ar fi fost o dovadă de coerentă sistematizare a textelor din acest capitol dacă prevederile art. 355 ar fi fost incluse ca variantă la infracțiunea prevăzută de art. 352.

Spre deosebire de infracțiunea deja analizată, apreciem că aceasta are obiect material, respectiv planta sau animalul infectat prin răspândirea bolilor sau a dăunătorilor¹¹. Subiectul pasiv principal este statul, iar subiecții pasivi secundari sunt proprietarii plantelor sau animalelor afectate.

Considerațiile referitoare la conținutul constitutiv al infracțiunii prevăzute de art. 352 se aplică în mod corespunzător și în situația de față, nefiind necesar să revenim asupra acestora.

Admitem că poate fi reținut un concurs real de infracțiuni atât timp cât există rezoluții infracționale distincte și acte de executare diferite, fiind posibilă reținerea unui concurs real și între varianta tip prev. de alin. 1 și varianta atenuată prev. de alin. 2, dar nu considerăm posibilă reținerea unui concurs ideal în situația în care plantele și animalele afectate printr-o singură acțiune, aparțin mai multor proprietari. Reținem că putem fi în prezența unei infracțiuni continuate, indiferent dacă subiectul pasiv secundar este aceeași persoană sau persoane distincte conform art. 238 LPACP, anterior prezentat. Nu este posibilă săvârșirea unei infracțiuni continuate pentru fapta produsă din culpă, prevăzută de art. 355, alin. 2 C. pen.

Acțiunea penală se va pune în mișcare din oficiu, neexistând posibilitatea împăcării părților.

Tentativa este posibilă cu privire la forma comisivă, nefiind posibilă în forma omisiunii, însă, aceasta nu este incriminată.

VI. Art. 356 C. pen.¹² reglementează **Infectarea apei** ca infracțiune contra sănătății publice.

¹⁰ (1) Nerespectarea măsurilor privitoare la prevenirea sau combaterea bolilor infecto-contagioase la animale sau plante ori a dăunătorilor, dacă a avut ca urmare răspândirea unei asemenea boli ori a dăunătorilor, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau amenda. (2) Dacă fapta este săvârșită din culpa, limitele speciale ale pedepsei se reduc la jumătate.

¹¹ V. Dobrinioiu, I. Pascu, M. Hotca, I. Chiș, M. Gorunescu, C. Păun, M. Dobrinioiu, N. Neagu, M.C. Sinescu, *op. cit.*, pg.868

¹² (1) Infectarea prin orice mijloace a surselor sau rețelilor de apă, dacă apa devine dăunătoare sănătății oamenilor, animalelor sau plantelor, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amenda. (2) Tentativa se pedepsește.

Apreciem că obiectul material este constituit de rețelele de apă și apa aflată în acestea¹³. Subiectul activ poate fi, fără dubiu, o persoană juridică, de exemplu, în situația în care nu sunt respectate procedurile tehnologice și sanitare privind utilizarea apei în industrie. Subiect pasiv principal este statul, iar subiecți pasivi secundari vor fi persoanele fizice sau juridice care au suferit un prejudiciu prin infectarea surselor de apă constând în îmbolnăvirea sau decesul acestora ori a plantelor sau animalelor aflate în proprietatea lor.

Situația premisă este reprezentată de existența unor surse sau rețele de apă potabile. Elementul material constă în infectarea prin orice mijloace a acestora, respectiv fie prin acțiune, fie prin omisiune. Aceasta este o infracțiune de rezultat, iar urmarea imediată este reprezentată de faptul că apa devine dăunătoare pentru sănătatea oamenilor, a animalelor sau a plantelor.

Legătura de cauzalitate va trebui stabilită în mod concret¹⁴.

Forma de vinovăție cerută de lege este intenția directă sau indirectă. Apreciem că fapta nu poate fi săvârșită cu intenție depășită. Mobilul și scopul nu prezintă relevanță cu privire la întrunirea elementelor constitutive ale infracțiunii.

Considerăm că este posibilă reținerea unui concurs real sau a unei infracțiuni continuate. Nu se poate reține concurs ideal chiar dacă printr-o singură acțiune sunt infectate mai multe surse de apă, chiar separate la suprafață.

Tentativa este posibilă în forma comisivă și se pedepsește, iar acțiunea penală se va pune în mișcare din oficiu, neexistând posibilitatea împăcării părților.

VII. Falsificarea sau substituirea de alimente ori alte produse este prevăzută de art. 357 C. pen.¹⁵.

Punctual, reținem că infracțiunea are obiect material constând în alimente, băuturi ori alte produse falsificate sau substituite, iar în varianta de la alin. 2, medicamentele contrafăcute sau substituite.

Subiectul activ poate fi o persoană juridică care activează în sfera comerțului cu alimente, iar în cazul de la alin. 2, care produce sau comercializează produse medicale. Subiect pasiv principal este statul, iar subiecți pasivi secundari vor fi persoanele fizice sau juridice care au suferit un prejudiciu prin activitatea ce constituie elementul material al infracțiunii examinate¹⁶.

Elementul material presupune activități alternative, respectiv *prepararea, oferirea sau expunerea spre vânzare*. Nu este necesară vânzarea respectivelor produse, fiind suficientă prepararea acestora, respectiv oferirea sau expunerea spre a fi comercializate. Urmarea imediată este reprezentată de o stare de pericol pentru valorile sociale protejate, iar legătura de cauzalitate rezultă *ex re*.

¹³ V. Dobrinioiu, I. Pascu, M. Hotca, I. Chiș, M. Gorunescu, C. Păun, M. Dobrinioiu, N. Neagu, M.C. Sinescu, *op. cit.*, pg.870

¹⁴ G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.M. Vasile, *op. cit.*, pg.775

¹⁵ (1) Prepararea, oferirea sau expunerea spre vânzare de alimente, băuturi ori alte produse falsificate sau substituite, dacă sunt vătămătoare sănătății, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă și interzicerea exercitării unor drepturi. (2) Prepararea, oferirea sau expunerea spre vânzare de medicamente contrafăcute sau substituite care sunt vătămătoare sănătății, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

¹⁶ V. Dobrinioiu, I. Pascu, M. Hotca, I. Chiș, M. Gorunescu, C. Păun, M. Dobrinioiu, N. Neagu, M.C. Sinescu, *op. cit.*, pg.874

Forma de vinovăție cerută de lege este intenția directă sau indirectă, iar mobilul și scopul nu prezintă relevanță cu privire la întrunirea elementelor constitutive ale infracțiunii.

În caz de săvârșire cumulativă a modalităților alternative de realizare a elementului material, se va reține o singură infracțiune. Este posibilă reținerea concursului real, cât și a infracțiunii continuate în condițiile aplicării art. 238 LPACP, anterior citat.

Varianta agravată de la alin. 2 vizează prepararea, oferirea sau expunerea spre vânzare de medicamente contrafăcute sau substituite. Nici în această situație nu este necesară comercializarea efectivă a produsului.

Tentativa este posibilă, dar nu este incriminată, iar acțiunea penală se va pune în mișcare din oficiu, neexistând posibilitatea împăcării părților.

VIII. Art. 358 C. pen.¹⁷ reglementează *Comercializarea de produse alterate*. Constatăm că această incriminare vine în completarea articolului anterior analizat, și vizează tocmai perioada ulterioară preparării, oferirii sau expunerii spre vânzare de alimente, băuturi sau alte produse, inclusiv medicamente în forma prevăzută în alin. 3.

Obiectul material constă, în varianta de la alin. 1, în alimente, băuturi ori alte produse alterate ori cu perioada de valabilitate depășită, în varianta de la alin. 2, în carne sau produse din carne de animal, iar în varianta de la alin. 3 în medicamentele contrafăcute, alterate ori cu perioada de valabilitate depășită.

Subiect activ poate fi o persoană juridică, subiect pasiv principal este statul, iar subiecți pasivi secundari vor fi persoanele fizice sau juridice care au suferit un prejudiciu prin achiziționarea produselor contrafăcute, alterate sau cu termenul de valabilitate expirat.

Elementul material, pentru variantele de la alin. 1 și alin. 3, constă în acțiunea de *vânzare*, iar la alin. 2 este sancționată *punerea în consum*. Urmarea imediată în toate cele trei cazuri, este reprezentată de nașterea unei stări de pericol pentru integritatea stării de sănătate a persoanelor care ar putea cumpăra sau consuma produsele indicate. Elementului material îi este atașată o cerință esențială, privind susceptibilitatea produselor de a fi vătămătoare sănătății, iar a medicamentelor de a-și fi pierdut în tot sau în parte eficiența terapeutică. În lipsa îndeplinirii cerinței esențiale menționate, apreciem că se poate reține în sarcina autorului o eventuală infracțiune de înșelăciune.

Legătura de cauzalitate rezultă *ex re*¹⁸.

Sub aspect subiectiv, forma de vinovăție cerută de lege este intenția, fie directă, fie indirectă, iar mobilul și scopul nu au relevanță pentru existența infracțiunii.

Având în vedere că la alin. 2 se regăsește o formă asimilată a faptei de la alin. 1, iar la alin. 3 o formă agravată, apreciem că se poate reține un concurs real între cele trei forme, iar infracțiunea continuată este posibilă pentru fiecare dintre cele trei alineate.

Mai reținem faptul că dacă o persoană expune spre vânzare medicamente contrafăcute care sunt vătămătoare sănătății și ulterior le vinde, se va reține un concurs între fapta

¹⁷ (1) Vânzarea de alimente, băuturi sau alte produse cunoscând ca sunt alterate ori cu perioada de valabilitate depășită, dacă sunt vătămătoare sănătății, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amenda și interzicerea exercitării unor drepturi. (2) Cu aceeași pedeapsă se sancționează punerea în consum de carne sau produse din carne, provenite din tăieri de animale sustrate controlului veterinar, dacă sunt vătămătoare sănătății. (3) Vânzarea de medicamente cunoscând ca sunt contrafăcute, alterate ori cu perioada de valabilitate depășită, dacă sunt vătămătoare sănătății ori și-au pierdut în tot sau în parte eficiența terapeutică, se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

¹⁸ G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.M. Vasile, *op. cit.*, p. 776

prevăzută de art. 357, alin. 2 C. pen. și art. 358, alin. 3 C. pen., neoperând absorbția primei infracțiuni în cea de-a doua.

Tentativa, deși este posibilă, nu este incriminată, iar acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu, neexistând posibilitatea împăcării părților.

IX. Ultima infracțiune pe care o vom puncta este reglementată de art. 359 C. pen.¹⁹ și privește *Traficul de produse sau substanțe toxice*.

Obiectul material constă în produse sau substanțe toxice, ori plante care conțin astfel de substanțe.

Subiect activ poate fi o persoană juridică, subiect pasiv principal este statul, iar subiecți pasivi secundari vor fi persoanele fizice sau juridice care au suferit un prejudiciu prin producerea, deținerea sau traficul de substanțe toxice.

Elementul material se realizează în mod alternativ, prin acțiunile de producere, deținere, orice operațiuni privind circulația, cultivarea sau experimentarea.

Producerea vizează fabricarea substanțelor sau a produselor toxice, indiferent de modul de realizare a acestei acțiuni. Deținerea nu se va reține când reprezintă acțiunea corelativă producerii, ci doar când este realizată în modalitatea primirii unor asemenea substanțe. Prin urmare, deținerea realizată de cel care a produs substanța este absorbită în acțiunea de producere, fapta reprezentând o singură infracțiune. Cultivarea plantelor care conțin substanțe toxice implică oferirea mediului propice pentru ca acestea să se dezvolte de la stadiul incipient până ajung la maturitate²⁰. Experimentarea implică efectuarea de cercetări cu privire la caracteristicile produselor sau substanțelor toxice.

Elementul material, în oricare dintre modalitățile alternative anterior enunțate, are atașată cerința esențială a efectuării acțiunii prohibite *fără drept*, în speță, fără autorizările prevăzute de lege pentru respectiva activitate.

Urmarea imediată constă într-o stare de pericol pentru relațiile sociale privind protecția sănătății publice prin prevenirea traficului de produse sau substanțe toxice. Legătura de cauzalitate rezultă *ex re*.

Sub aspect subiectiv, fiecare variantă alternativă trebuie săvârșită cu intenție fie directă, fie indirectă, mai puțin *cultivarea plantelor*, care trebuie realizată numai cu intenție directă calificată prin scopul prelucrării plantelor care conțin astfel de substanțe. În restul variantelor, mobilul și scopul nu au relevanță pentru existența infracțiunii.

X. Cu titlul de scurte *concluzii*, apreciem că infracțiunile anterior reliefate, cu excepția celor prevăzute de art. 353 și art. 354, alin. 1-3 C. pen., pot fi în mod real săvârșite de o persoană juridică.

În acest context, cu prilejul intrării în vigoare a Codului Penal actual, considerăm că sfera protecției penale asigurată sănătății publice și dreptului la un mediu sănătos a fost corespunzător asigurată. Mai mult, prin modul de reglementare a răspunderii persoanei juridice, s-au constituit premisele unei activități normative coerente și adaptate realităților contemporane.

¹⁹ (1) Producerea, deținerea precum și orice operațiune privind circulația produselor ori substanțelor toxice, cultivarea în scop de prelucrare a plantelor care conțin astfel de substanțe ori experimentarea produselor sau substanțelor toxice, fără drept, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi. (2) Tentativa se pedepsește.

²⁰ V. Dobrinou, I. Pascu, M. Hotca, I. Chiș, M. Gorunescu, C. Păun, M. Dobrinou, N. Neagu, M.C. Sinescu, *op. cit.*, pg.882

Reținem că infracționalitatea în materie ecologică, în special în privința sănătății publice, a dobândit o dinamică greu de anticipat în urmă cu un deceniu. În acest context, realizarea unor incriminări fiabile, prin care să poată fi trasă la răspundere inclusiv o persoană juridică care activează în domenii sensibile pentru sănătatea umană, respectiv autorul structural al marilor accidente ecologice, reprezintă un progres net pe care îl asigură noua reglementare.

Astfel, ca primă evaluare, apreciem că reglementările sunt perfectibile, după cum am indicat și pe parcursul expunerii, și, probabil, insuficiente, însă recunoaștem că reprezintă un punct de pornire pentru asigurarea unui cadru corespunzător răspunderii penale a persoanei juridice pentru infracțiuni din această sferă.

UZURPAREA FUNCȚIEI ÎN NOUL COD PENAL*

Ramona-Gabriela PARASCHIV**

Daniel-Ștefan PARASCHIV***

Abstract:

Function usurpation consists in the act of a public servant (or other employed person, in the attenuated normative variant) which, during service, meets an act not within its attributions, thus producing a loss or an injury to the rights or interests of an individual or legal entities, or restricts the exercise of an individual's right or creates a situation of its inferiority on various discriminatory grounds.

This regulation focuses primarily on the proper functioning of units in contact with the public, so that their workers do not commit abusive acts by overcoming competences.

Keywords: *function usurpation, public servant, abusive acts, overcoming competences*

Rezumat:

Uzurparea funcției constă în fapta funcționarului public (ori a altei persoane încadrată în muncă, în cazul variantei normative atenuate) care, în timpul serviciului, îndeplinește un act ce nu intră în atribuțiile sale, producând astfel o pagubă sau o vătămare a drepturilor ori intereselor unei persoane fizice sau juridice, ori îngreunează exercitarea unui drept al unei persoane fizice sau creează o situație de inferioritate acesteia pe diferite temeiuri discriminatorii.

Această reglementare pune accentul în primul rând pe buna funcționare a unităților care vin în contact cu publicul, astfel încât lucrătorii acestora să nu comită fapte abuzive prin depășirea competențelor.

Cuvinte-cheie: *uzurparea funcției, funcționar public, fapte abuzive, depășirea competențelor*

1. În Codul penal din 1968 a fost inclusă, la Titlul V „*Infraacțiuni contra autorității*”, infraacțiunea denumită „*Uzurparea de calități oficiale*” – care înlocuia infraacțiunea de exercițiu abuziv de funcție (art. 256)¹ incriminată în Codul penal din 1936 – sancționând

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „*Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească*”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Lect. univ. dr. – Facultatea de Științe Juridice și Administrative, București, Universitatea Creștină Dimitrie Cantemir, România, e-mail: ramonaparaschiv@rocketmail.com.

*** Dr., Notar public, CNP Pitești, România, e-mail: daniel.paraschiv@hotmail.com.

¹ Codul penal din 1939 incrimina, prin art. 256 „exercițiul abuziv al funcției”, sancționat cu închisoarea contravențională de la 6 luni la 2 ani și interdicție corecțională de la un an la 2 ani, „uzurparea funcției” din noul Cod penal asemănându-se sub mai multe aspecte cu aceasta. Infraacțiunea respectivă făcea parte din capitolul „Crimele și delictelor contra administrației publice”, alături de o altă faptă (uzurparea de funcție, art. 257), care are tangență cu „uzurparea funcției” și care era pedepsită cu închisoare contravențională de la 1 la 3 ani și interdicție corecțională de la unu la 3 ani.

„folosirea fără drept a unei calități oficiale, însoțită sau urmată de îndeplinirea vreunui act legat de acea calitate” (art. 240).

Între incriminarea de la art. 300 din noul Cod penal² și cea din Codul penal 1968 există diferențe esențiale, în sensul că vechea reglementare apăra autoritatea statului, a instituțiilor acestuia și a altor unități, subiect activ fiind orice persoană particulară (care de regulă nu se află în timpul serviciului), ce se folosește abuziv de autoritatea specifică unei calități oficiale însușite pe nedrept, și nu un funcționar public (ori altă persoană încadrată în muncă) ce îndeplinește un act care nu intră în atribuțiile sale de serviciu, ca în cazul noii reglementări, potrivit căreia este necesar, să se producă, în plus, anumite urmări vătămătoare.

2. Obiectul juridic special al infracțiunii de uzurpare a funcției este format din relațiile sociale referitoare la respectarea, de către funcționarii publici ori de către alți subiecți încadrați în muncă (în cazul formei atenuate a infracțiunii, prevăzute de art. 300 raportat la art. 308 C. pen.), a competențelor cu care au fost învestiți, astfel încât să se asigure buna funcționare a unităților din care fac parte și să nu producă pagube ori să vătăm drepturile sau interesele legitime ale persoanelor cu care vin în contact, prin depășirea atribuțiilor de serviciu. Adiament, această incriminare apăra și drepturile sau interesele legitime ori patrimoniul persoanelor fizice sau juridice.

De regulă, la infracțiunea de uzurpare a funcției obiectul material lipsește, însă sunt și modalități faptice de comitere în cadrul cărora activitatea infracțională se realizează asupra unui bun aparținând persoanei vătămate, ce poate să fie degradat, distrus etc.

3. Subiect activ nemijlocit (autor) al acestei infracțiuni, în varianta normativă simplă, poate să fie numai un funcționar public, ce se află în timpul serviciului.

La varianta atenuată a infracțiunii subiectul activ este, de asemenea, calificat, acesta trebuind să aibă calitatea de persoană care exercită permanent ori temporar, cu sau fără remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice asimilată funcționarilor publici sau în cadrul oricărei persoane juridice (art. 308 alin. 1 C. pen.).

Participația penală este posibilă sub toate formele, însă în situația coautoratului participanții trebuie să aibă calitatea cerută de lege. Astfel, dacă doi funcționari publici săvârșesc fapta împreună, comit infracțiunea prevăzută de art. 300 C. pen. Când aceștia au calitatea de alte persoane încadrate în muncă, potrivit art. 308 C. pen., ambii răspund pentru varianta atenuată a infracțiunii. În situația în care la săvârșirea aceleiași fapte cooperează, prin executarea de acte nemijlocite, un funcționar public și un lucrător din cei arătați la art. 308 C. pen., primul răspunde pentru varianta normativă simplă a infracțiunii, iar cel de-al doilea pentru varianta atenuată.

Instigator sau complice poate să fie orice persoană.

Persoana juridică nu poate avea calitatea de autor la această infracțiune, întrucât este subiect activ propriu.

Subiect pasiv special este unitatea la care lucrează făptuitorul și căreia i s-a cauzat o vătămare a intereselor legale, tulburându-se ordinea și disciplina la locul de muncă, ceea ce este de natură a afecta prestigiul acesteia.

² Potrivit art. 300 C. pen. 2009, uzurparea funcției constă în fapta funcționarului public care, în timpul serviciului, îndeplinește un act ce nu intră în atribuțiile sale, dacă prin aceasta s-a produs una dintre urmările prevăzute în textul incriminator al infracțiunii de abuz în serviciu.

Subiect pasiv adjacent, ca și la infracțiunea de abuz în serviciu, la care se face trimitere privind urmările specifice, poate fi orice persoană fizică sau juridică, chiar și un funcționar public ori lucrător de la aceeași unitate cu autorul, care a fost vătămat direct prin această infracțiune.

4. *Latura obiectivă* a infracțiunii de uzurpare a funcției cuprinde: elementul material, o cerință esențială, urmarea imediată și legătura de cauzalitate dintre activitatea ilicită și rezultatul produs.

a) *Elementul material* al laturii obiective se realizează printr-o acțiune de îndeplinire a unui act care nu intră în atribuțiile făptuitorului, aflat în timpul serviciului.

Actul îndeplinit poate să se situeze în sfera de atribuții a altei persoane încadrate în muncă la unitatea unde lucrează autorul, ori să nici nu fie în competența respectivei unități.

Pentru a se *produce una dintre urmările periculoase* prevăzute în art. 297 alin. 1 C. pen. (la care face trimitere), actul trebuie să fi fost îndeplinit *în mod defectuos* (spre exemplu, vânzarea la suprapreț a unui produs care se afla în gestiunea altei persoane sau rezolvarea greșită a cererii unei persoane care s-a adresat unității în cadrul căreia făptuitorul nu are atribuții de a rezolva respectiva cerere).

Elementul material al infracțiunii se poate realiza și când autorul, în afara competențelor sale, îndeplinește un act care are ca urmare îngrădirea exercitării unui drept al persoanei vătămate ori se crearea pentru aceasta a unei situații de inferioritate, în baza unuia dintre temeiurile discriminatorii arătate în art. 297 alin. 2 C. pen.

Fapta de uzurpare a funcției subzistă și în situația în care actul este îndeplinit corespunzător din punct de vedere formal, însă produce o pagubă ori vătămarea drepturilor sau intereselor persoanei vătămate, întrucât a fost realizat de către un lucrător care nu avea acest drept.

În situația în care autorul a fost delegat, în mod legal, să realizeze unele sarcini care nu intră, de regulă, în competența sa, nu se poate reține infracțiunea de uzurpare a funcției, ci infracțiunea de abuz în serviciu, dacă îndeplinește defectuos, cu intenție³, un act în realizarea sarcinilor delegate, producând astfel o pagubă sau vătămarea drepturilor ori intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice, ori dacă îngreșește exercitarea unui drept al unei persoane fizice sau creează pentru aceasta o situație de inferioritate. Dacă paguba sau vătămarea intereselor legale se datorează culpei făptuitorului, se va reține infracțiunea de neglijență în serviciu.

b) *Cerința esențială*. Pentru ca acțiunea de îndeplinire a unui act care nu intră în competența făptuitorului să constituie element material al infracțiunii, trebuie să fie comisă de un funcționar public (sau o altă persoană încadrată în muncă, în cazul variantei atenuate), care se afla în timpul serviciului, însă nu își exercită atribuțiile sale.

c) *Urmarea imediată* constă în crearea unei stări care afectează prestigiul, ordinea și buna funcționare a unității la care lucrează făptuitorul, cât și în producerea unuia dintre rezultatele prevăzute în art. 297 C. pen., ce au fost examinate cu ocazia analizei infracțiunii respective.

Astfel, prin fapta autorului se cauzează o pagubă ori se vatămă drepturile sau interesele legale ale unei persoane fizice ori juridice (care pot fi și ale unității la care lucrează), sau se îngreșește exercitarea unui drept al unei persoane fizice ori se creează pentru aceasta o situație de inferioritate.

³ În situația în care actul este îndeplinit defectuos din culpă, în cauză se poate reține infracțiunea de neglijență în serviciu.

Pentru existența infracțiunii de uzurpare a funcției este suficient să se producă una dintre urmările alternative arătate; dacă prin comiterea aceluiași act se produc mai multe asemenea urmări, se realizează conținutul unei singure infracțiuni.

În cazul variantei agravate, prevăzute de art. 300 raportat la art. 309 C. pen., urmarea imediată adiacentă constă în producerea unei pagube materiale mai mari de 2.000.000 lei, persoanei vătămate (art. 183 C. pen.).

d) *Legătura de cauzalitate*. Afectarea prestigiului și tulburarea bunului mers al unității la care lucrează făptuitorul rezultă din materialitatea faptelor (*ex re*).

În ceea ce privește urmările imediate, prevăzute în art. 297 C. pen., la care face trimitere textul infracțiunii de uzurpare a funcției, între activitatea ilicită a autorului și urmarea imediată trebuie să existe un raport de cauzalitate, în sensul că producerea pagubei, vătămarea drepturilor sau intereselor legitime, îngrădirea exercitării unui drept al persoanei vătămate ori crearea pentru aceasta a unei situații de inferioritate trebuie să fie consecința acțiunii făptuitorului de a îndeplini un act care nu intră în atribuțiile sale.

5. *Latura subiectivă*. După modul în care este formulat textul incriminator rezultă că infracțiunea de uzurpare a funcției poate fi comisă cu *praeterintenție*. Astfel, autorul săvârșește cu intenție un act ce nu intră în atribuțiile sale de serviciu și se produce un rezultat mai grav, care se datorează culpei sale (nepriceperii)⁴.

Din conținutul incriminării nu rezultă că legiuitorul urmărește sancționarea faptelor respective atunci când sunt săvârșite cu intenție, întrucât nu se referă la producerea voită a urmării imediate, ca rezultat al îndeplinirii intenționat defectuoase a actului vătămător.

De altfel, dacă se dorea sancționarea faptelor prin care se urmărea ori se accepta producerea uneia dintre urmările specifice abuzului în serviciu, limitele de pedeapsă ar fi trebuit să fie mai mari (și nu mai mici)⁵ – comparativ cu cele prevăzute pentru infracțiunea de abuz în serviciu – întrucât este mai grav ca autorul să realizeze, din proprie inițiativă, acte care nu intră în atribuțiile sale, sau să accepte lezarea drepturilor ori intereselor persoanelor vătămate.

În consecință, în conținutul infracțiunii de uzurpare a funcției se încadrează numai faptele *praeterintenționate* (după modul de redactare și limitele reduse ale pedepselor), deși legiuitorul ar trebui să sancționeze, mai aspru, și asemenea acte comise cu intenție (care sunt posibile în practică), astfel că propunem *de lege ferenda* introducerea printr-un alineat separat, ca variantă agravată a infracțiunii, săvârșirea acesteia cu intenție (cel puțin pentru situațiile în care făptuitorul urmărește producerea urmărilor vătămătoare).

⁴ Potrivit art. 16 alin. 5 din noul Cod penal „Există intenție depășită când fapta constând într-o acțiune sau inacțiune intenționată produce un rezultat mai grav, care se datorează culpei făptuitorului”.

⁵ Limitele de pedeapsă pentru infracțiunea de abuz în serviciu sunt de la 2 la 7 ani închisoare (și interzicerea dreptului de a ocupa o funcție publică), iar la infracțiunea de uzurpare a funcției, de la unu la 5 ani sau amendă.

CAUZELE JUSTIFICATIVE ȘI DE NEIMPUTABILITATE ÎN NOUL COD PENAL

Constantin NEACȘU*

Abstract:

The second chapter within Title II of the new Criminal Code refers to the institution of the „justificatory causes” (self-defense, necessity, exercise of any right or performance of an obligation, the injured person's consent), representing circumstances that exclude the second essential trait of an offence – the unjustified feature – or the anti-legal feature. These causes generate in rem effects and they extend to the participants.

The third chapter enshrines the „non-imputability causes” (physical restraint, moral constraint, un-imputable excess, minority offender irresponsibility, intoxication, error, unforeseeable circumstances) that remove the third essential trait of an offence – the imputability, and that impact not on all participants, except unforeseeable circumstances.

Keywords: *guilt, justificatory causes, non-imputability causes*

Rezumat:

Al doilea capitol din titlul II al noului Cod penal consacră instituția „causelor justificative” (legitima apărare, starea de necesitate, exercitarea unui drept sau executarea unei obligații, consimțământul persoanei vătămate), care reprezintă circumstanțe ce exclud a doua trăsătură esențială a unei infracțiuni – caracterul nejustificat. Aceste cauze generează efecte in rem și ele se extind asupra tuturor participanților.

Al treilea capitol se referă la „cauzele de neimputabilitate” (constrângerea fizică, constrângerea morală, excesul neimputabil, minoritatea, iresponsabilitatea, intoxicația, eroarea și cazul fortuit), care înlătură a treia trăsătură esențială a unei infracțiuni – imputabilitatea, neavând efecte asupra tuturor participanților, cu excepția cazului fortuit.

Cuvinte-cheie: *vinovăție, cauze justificative și de neimputabilitate*

1. Introducere

Doctrina dreptului penal consideră că în sistemul represiunii penale moderne se pot lua în considerație anumite cauze legale, cu caracter general și obligatoriu, de împiedicare a constituirii infracțiunii chiar în cazul unor fapte prevăzute de legea penală.

Așa cum legiuitorul poate să confere caracter ilicit unor fapte, prin incriminarea lor în legea penală, tot astfel, el poate să înlătore acest caracter, în anumite condiții, lăsând să prevaleze comandamente superioare acelor care stau la baza normei de incriminare, faptele săvârșite în aceste împrejurări fiind considerate drept licite.

A analiza caracterului penal al unei fapte, prin prisma trăsăturilor ei esențiale, triada de realități bine determinate și legate între ele (tipicitate, antijuridicitate și vinovăție), nu este întotdeauna simplu, atât teoretic, cât și în practică, mai ales, în condițiile existenței unor cauze care înlătura caracterul penal al faptei săvârșite. Acestea constituie stări, situații,

* Drd., Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Avocat, Baroul București; e-mail: costineacsu@yahoo.com

cazuri, condiții sau alte împrejurări a căror existență în timpul săvârșirii faptei face ca vreuna dintre trăsăturile esențiale ale infracțiunii să nu se realizeze. Prin urmare, pot fi cauze care înlătură tipicitatea faptei, cauze care înlătură antijuridicitatea faptei și cauze care înlătură vinovăția. Dintre acestea, voi pune în evidență, cu preponderență, cauzele justificative și de neimputabilitate.

2. Scurte repere istorice privind excluderea caracterului penal al faptei

Formal, nu există un precedent legislativ, practic însă, sub denumirea de cauze justificative, sunt reunite două instituții care se regăseau și în Codul penal anterior; acestea sunt legitima apărare (art. 19 noul Cod penal) și starea de necesitate (art. 20 noul Cod penal); alături de ele apar alte două cauze – exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații și consimțământul persoanei vătămate – instituții care nu apăreau în Codul penal anterior. Aceste din urmă cauze nu sunt noi, ele fiind recunoscute de practică și doctrină sau chiar consacrate legislativ drept cauze speciale.

Nici în privința cauzelor de neimputabilitate, nu există un precedent legislativ, având în vedere că, în Codul penal anterior, exista numai instituția cauzelor care înlătură caracterul penal al faptei, prin excluderea vinovăției ca trăsătură esențială a infracțiunii. Prin urmare, ele sunt reglementate drept cauze cu caracter general, noutatea constând în consacrarea normativă a conceptului de cauze justificative și de neimputabilitate.

Codul penal din 1968¹ nu a cunoscut instituția cauzelor justificative sau a cauzelor de neimputabilitate, însă această reglementare s-a regăsit în Codul penal din 1936², unde au fost reglementate drept „cauze care apără de raspunderea penală”, cu o reglementare destul de completă și sistematică.

Legiuitorul român, prin introducerea în noul Cod penal (adoptat prin Legea nr. 286 din 17 iulie 2009) a sistemului cauzelor justificative și delimitarea acestora de cauzele de neimputabilitate, s-a condus nu doar de prevederile Codului penal din 1936, dar și de rațiunile arătate în doctrină, astfel încât să se realizeze armonizarea dreptului penal material român cu sistemele de drept ale celorlalte state membre ale Uniunii Europene, ca o premisă a cooperării judiciare în materie penală, bazată pe recunoaștere și încredere reciprocă.

3. Motivația modificărilor din Codul penal actual

Capitolul 2 din Codul penal este consacrat **cauzelor justificative**, împrejurări care înlătură cea de-a doua dintre trăsăturile esențiale ale infracțiunii – caracterul nejustificat.

În privința *legitimei apărări*, au fost avute în vedere atât opiniile exprimate în doctrină³, cât și experiența altor legislații (art. 15 Cod penal elvețian, art. 20 Cod penal spaniol, art. 122-5 Cod penal francez) și s-a renunțat la condiția pericolului grav generat de atac, gravitatea acestuia și a acțiunilor comise pentru înlăturarea sa fiind apreciate pe terenul proporționalității.

Exercitarea unui drept și îndeplinirea unei obligații au aceeași sferă de cuprindere ca și „ordinul sau autorizarea legii și comanda autorității legitime”, consacrată de codul penal din

¹ Codul penal al României: Legea nr. 15/1968//Buletinul Oficial nr.79-79bis/21.06.1968

² Codul penal al României: Legea României din 13 martie 1936//Monitorul Oficial al României, 1936, nr. 65

³ Prof. univ. dr. George ANTONIU: Cauzele justificative în proiectul noului Cod penal//Revista de Drept Penal, 2004, nr. 2, p. 15.

1936, reprezentând însă o formulare modernă, pentru care a optat majoritatea legislațiilor (art. 20 pct. 7 Cod penal spaniol, art. 51 Cod penal italian, art. 36 Cod penal portughez etc.).

În fine, *consimțământul persoanei vătămate* a fost prevăzut ca o cauză justificativă, după modelul altor legislații (art. 50 Cod penal italian, art. 38 Cod penal portughez etc.). Consimțământul nu va opera însă ca o cauză justificativă în cazul acelor valori sociale de care persoana nu poate dispune, fie pentru că nu îi aparțin (spre exemplu, consimțământul unui soț dat pentru ca celălalt să încheie o nouă căsătorie nu este valabil, pentru că valoarea lezată nu îi aparține), fie pentru că ar duce la o pierdere totală și ireversibilă a valorii sociale (spre exemplu, consimțământul dat de victimă ca autorul să îi amputeze un picior, fără a exista o necesitate medicală în acest sens). De asemenea, consimțământul nu va produce efecte în cazul infracțiunilor contra vieții, atunci când legea îi exclude valoarea justificativă (spre exemplu, în cazul traficului de persoane).

Capitolul III este consacrat **cauzelor de neimputabilitate**, care înlătură cea de-a treia trăsătură esențială a infracțiunii – imputabilitatea. Principalele modificări aduse de noul Cod penal în această materie sunt:

a) introducerea în această categorie – și nu în cea a cauzelor justificative – a excesului justificat de legitimă apărare sau stare de necesitate. Această abordare, acceptată de numeroase sisteme europene – § 33 și 35 Cod penal german, art. 16 alin. 2 și art. 18 alin. 2 Cod penal elvețian (formă în vigoare de la 1 ianuarie 2007), art. 33 și 35 Cod penal portughez – se justifică prin aceea că în respectivele situații suntem în prezența unor cauze cu caracter personal, care nu se răsfrâng asupra participanților, spre deosebire de cauzele justificative. Dacă spre exemplu, două persoane aflate împreună comit o faptă în legitimă apărare, depășind limitele unei apărări proporționale, însă numai una a acționat sub imperiul unei stări de tulburare, doar aceasta va beneficia de efectele excesului neimputabil, nu și cea care a depășit limitele apărării în deplină cunoștință de cauză.

b) înlocuirea termenului de „beție” utilizat în codul 1969 cu cel de „intoxicație”, acesta din urmă redând mai fidel și mai corect din punct de vedere medico-legal conținutul respectivei cauze. Termenul este folosit și de alte legislații (art. 20 pct. 2 Cod penal spaniol).

c) reglementarea erorii, pe baza clasificării moderne, care distinge între eroarea asupra elementelor constitutive ale infracțiunii și eroarea asupra caracterului interzis al actului. Această abordare este astăzi promovată de numeroase legislații europene (§ 16-17 Cod penal german, art. 14 Cod penal spaniol, art. 16-17 Cod penal portughez, art. 13 și 21 Cod penal elvețian, § 8 și 9 Cod penal austriac) și este în concordanță cu concepția proiectului privind trăsăturile esențiale ale infracțiunii. Dispozițiile alin. 1, 2 și 4 din art. 30 al noului Cod privesc eroarea asupra elementelor constitutive ale infracțiunii, eroare care înlătură intenția, ca sub-element al laturii subiective. Această eroare înlătură și culpa dacă este invincibilă, respectiv lasă să subziste răspunderea penală pentru o faptă din culpă dacă eroarea este culpabilă, iar fapta este incriminată și în modalitatea respectivă. Spre exemplu, dacă o persoană, dorind să facă o glumă, îndreaptă spre o altă persoană o armă pe care o știa neîncărcată, deși în realitate nu era așa, și ucide victima, autorul nu va răspunde pentru o fapta intenționată de omor datorită erorii, dar va răspunde pentru o ucidere din culpă datorită faptului că această eroare îi este imputabilă.

Eroarea asupra caracterului ilicit al faptei este cea care înlătură imputabilitatea. Ea poate fi o eroare de fapt – autorul crede că se află în fața unui atac ce ar legitima o apărare, deși în realitate nu este așa (legitima apărare putativă), considerând astfel că poate comite fapta în mod licit – ori o eroare de drept extrapenal (autorul crede că o anumită normă din dreptul civil referitoare la transferul dreptului de proprietate îi conferă dreptul de a vinde

un anumit bun, el comitand în realitate un abuz de încredere) sau penal. Eroarea asupra caracterului ilicit înlătură imputabilitatea doar atunci când este invincibilă. În situațiile în care această eroare este culpabilă ea poate fi valorificată doar ca o circumstanță atenuantă judiciară.

Din aceste considerente, alin. 1 al art. 30 precizează că „*nu constituie infracțiune fapta ...*”, nefiind folosită formularea „*nu este imputabilă fapta...*”, ca în cazul celorlalte cauze reglementate, căci eroarea asupra elementelor constitutive ale infracțiunii nu înlătură imputabilitatea, ci intenția (eventual și culpa) ca sub-element al laturii subiective. Din considerente legate de o mai bună sistematizare, s-a optat pentru reglementarea celor două forme ale erorii în cuprinsul aceluiași articol (după modelul art. 14 Cod penal spaniol).

d) renunțarea la reglementarea cazului fortuit. Într-adevăr, reglementarea legală a cazului fortuit nu se justifică, în condițiile în care pentru a înlătura existența infracțiunii este suficientă imposibilitatea subiectivă de prevedere⁴. Astfel, dacă existența infracțiunii este exclusă în condițiile în care autorul nu a putut prevedea rezultatul (ceea ce înseamnă că nu există nici măcar o culpă fără prevedere, lipsind deci vinovăția), ce importanță mai are să constatăm că nicio altă persoană nu ar fi avut această posibilitate?

Este de semnalat și faptul că nici dreptul francez, german, elvețian, portughez, sau olandez nu cunoaște o reglementare în materie, iar legiuitorul spaniol a renunțat în 1995 la dispozițiile anterioare din Codul penal privitoare la cazul fortuit.

În literatura occidentală⁵ dominant este sistemul întemeiat pe recunoașterea existenței a două categorii diferite, atât ca denumire, cât și ca întemeiere: al cauzelor justificative și al cauzelor de neimputabilitate, primele reprezentând situații cu caracter de excepție în care legea penală permite expres sau implicit săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală pentru salvagardarea unor valori deosebit de importante, secundele, situații cu totul particulare, în care fapta prevăzută de legea penală nu poate fi imputată de principiu făptuitorului.

Deși legea penală franceză folosea până de curând o expresie identică atât pentru faptele justificative, cât și pentru cele care exclud imputabilitatea, și anume, „*il n'y a crime, ni delict*”, doctrina și jurisprudența au tradus expresia de mai sus în mod diferit, după cum se referă la fapte justificative (și care produc efecte *in rem*), ori se referă la cauze de neimputabilitate (și care produc efecte *in personam*).

Diferite ca denumire specifică în cauze justificative și cauze de neimputabilitate tocmai în scopul evidențierii temeiului care stă la baza recunoașterii statutului lor juridic, pe ansamblu toate aceste cauze poartă denumirea generică de cauze exclusive de responsabilitate.

Potrivit concepției occidentale de tip francofon⁶, cauzele exclusive de responsabilitate (a se înțelege, de răspundere penală), se deosebesc mai întâi de scuzele absolutorii, adică de cauzele care exclud pedeapsa (denumite, în literatură noastră, cauze de nepedepsire). La rândul lor, ele se împart în două mari clase: cauze denumite obiective de neresponsabilitate

⁴ George ANTONIU, Tudorel TOADER (coordonatori), A. Boroi, C-tin Mitrache, V. Brutaru, Cr. Mitrache, B. N. Bulai, I. Molnar, C. Bulai, I. Ristea, Șt. Daneș, C-tin Sima, C-tin Duvac, V. Teodorescu, M-K Guiu, I. Vasiliu, I. Ifrim, A. Vlășceanu (autori), Explicațiile noului Cod penal, vol. II, art. 53-187//Ed. Universul Juridic, București, 2015

⁵ ONECA J.A., MOURULLO G.R.: Estudios penales//Salamanca: Universitat de Salamanca, 1982, p. 520-521.

⁶ G. del VECCHIO, Philosophie du Droit//Ed. Dalloz, Paris, 1959, p. 285 și H. LALOU, La responsabilité civile. Principes élémentaires et applications pratiques, Paris, 1928, p. 1-3.

sau fapte justificative și cauze subiective de neresponsabilitate sau cauze de neimputabilitate.

4. Cauzele de neimputabilitate în contextul noii legislații penale din România

În Titlul II, Capitolul 3 (articolele 23-31), noul Cod penal reglementează cauzele de neimputabilitate, neexistând un precedent legislativ, având în vedere că, în Codul Penal anterior exista numai instituția cauzelor care înlătură caracterul penal al faptei, prin excluderea vinovăției ca trăsătură esențială a infracțiunii. Modificarea denumirii acestui capitol este discutabilă deoarece folosește termenul echivoc de neimputabilitate care poate avea atât sensul de lipsă de vinovăției, cât și acela de lipsă a raportului de cauzalitate între acțiunea (inacțiunea) făptuitorului și urmarea imediată. În noul Cod, vinovația, ca trasatură generală a infracțiunii, a fost denumită imputabilitate, regăsindu-se în cea de-a treia trasatură esențială a infracțiunii, fiind distinsă de vinovația-element constitutiv al infracțiunii.

Conceptul de **imputabilitate** nu este definit, în mod expres, de dispozițiile penale, revenind, astfel, doctrinei sarcina de a determina înțelesul acestuia. *Așadar, imputabilitatea presupune atribuirea persoanei determinate a unei fapte prevăzute de legea penală, adică o imputațiune de fapt, în sensul că acea faptă aparține, prin materialitatea sa, acelei persoane și o imputațiune psihică, constând în stabilirea unei atitudini psihice caracterizată prin intenție, culpă sau intenție depășită, dar în forma și, eventual, în modalitatea descrisă de norma de incriminare.*⁷

O diferențiere semnificativă trebuie făcută și cu privire la cauzele de nepedepsire, ce au ca efect scutirea făptuitorului de sancțiunea penală, ca urmare a conduitei făptuitorului, (spre exemplu, în caz de desistare și împiedicarea producerii rezultatului la tentativă, art. 34 alin. (1)), fără efecte asupra existenței infracțiunii ori a răspunderii penale.

Cauzele de neimputabilitate nu trebuie confundate nici cu acele cauze care înlătură răspunderea penală (amnistia, prescripția răspunderii penale, lipsa plângerii prealabile și retragerea acesteia, împăcarea) deoarece acestea din urmă nu înlătură existența infracțiunii, ci pedeapsa nu se aplică din voința persoanei vătămate ori deoarece legiuitorul a considerat, din rațiuni de politică penală, că aceasta este inoportună.

Cauzele de neimputabilitate se clasifică în cauze generale și speciale, în funcție de modul în care sunt reglementate în Codul penal și de sfera de incidență.

Așadar, **cauzele generale de neimputabilitate** sunt reglementate în noul Cod penal, Partea generală (art. 23-31) și determină ca orice faptă săvârșită în condițiile descrise în aceste texte să nu constituie infracțiune, lipsind imputabilitatea persoanei care a săvârșit-o: constrângerea fizică, constrângerea morală, excesul neimputabil, minoritatea, iresponsabilitatea, intoxicația, eroarea și cazul fortuit. **Cauzele speciale de neimputabilitate** sunt prevăzute în Partea specială a noului Cod, producând efecte numai în legătură cu faptele pentru care sunt prevăzute, cum este cazul infracțiunii de dare de mită, prevăzută de art. 290 noul Cod penal, care descrie la alin. (2) că fapta nu constituie infracțiune când mituitorul a fost constrâns prin orice mijloace de către cel care a luat mită.

- Spre deosebire de cauzele justificative, cauzele de neimputabilitate sunt cauze personale, de efectul lor urmând a beneficia doar persoana care a acționat sub imperiul lor. Efectele acestora nu se extind asupra participanților care, în măsura în care nu beneficiază ei inșiși de o cauză justificativă sau de neimputabilitate, vor răspunde pentru fapta săvârșită

⁷ Mihai UDROIU: Drept penal. Partea generală Noul Cod penal//Ed. C.H. Beck, București 2014, p. 59

cu intenție, în condițiile participației improprie (art. 52 alin. 3 Cod penal), excepție făcând numai cazul fortuit, ce constituie singura cauză de neimputabilitate care produce efecte *in rem* (art. 23 alin. 2 Cod penal).

- Înlăturarea caracterului penal al faptei savârșite sub imperiul unei cauze de neimputabilitate determină imposibilitatea aplicării unei pedepse, măsuri educative, însă este posibilă aplicarea unor măsuri de siguranță.

- Asemănător situației în care se constată existența unei cauze justificative, și atunci când se reține o cauză de neimputabilitate, organele de urmărire penală, trebuie să dispună clasarea, iar instanța de judecată dispune achitarea.

- În ceea ce privește răspunderea civilă delictuală, aceasta poate fi sau nu antrenată în funcție de cauza de neimputabilitate constatată (spre exemplu, în situația în care se rețin cauze de neimputabilitate precum constrângerea fizică sau morală ori cazul fortuit, răspunderea civilă nu poate fi antrenată).

Printre cauzele de neimputabilitate a fost introdusă o cauză nouă (față de codul anterior), și anume „*excesul neimputabil*” (art. 26). Sub această denumire figurează excesul justificat de legitima apărare și excesul justificat de starea de necesitate.

În aceste cazuri făptuitorul nu se află propriu-zis în legitimă apărare sau în stare de necesitate deoarece nu sunt îndeplinite condițiile acestora. În primul caz (legitimă apărare) nu este îndeplinită condiția proporționalității apărării în raport cu gravitatea atacului, iar în al doilea caz (starea de necesitate) nu este îndeplinită condiția ca prin reacția sa în fața pericolului făptuitorul să nu producă urmări mai grave decât acelea care s-ar fi produs dacă pericolul nu era înlăturat.

Cu toate acestea, în prezent, prima situație din cele de mai sus este asimilată cu legitima apărare în măsura în care disproporția dintre apărare și atac s-a datorat stării de tulburare sau temerii din partea celui care se apără, iar în al doilea caz asimilarea cu starea de necesitate are loc ori de câte ori agentul nu-și dă seama în momentul comiterii faptei că pricinuieste urmări mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat⁸.

Ambele situații care justifică asimilarea aparțin stării psihice a celui care se apără sau a celui care reacționează în fața unui pericol ceea ce aparent ar justifica tratarea lor drept cauze de nevinovăție și nu drept cauze justificative.

Aceasta este și soluția legii penale italiene care tratează excesul de apărare și excesul de ripostă în caz de pericol în capitolul unde reglementează legitima apărare și starea de necesitate și nu în capitolul care reglementează cauzele de neimputabilitate.

Legea penală germană consideră depășirea limitelor legitimei apărări din cauza temerii sau tulburării ca o cauză de nepedepsire, iar în ceea ce privește starea de necesitate, legea penală germană o tratează în unele ipoteze ca o cauză justificativă (§. 34), iar în altele ipoteze ca o cauză care înlătură vinovăția (§. 35.).

Legea penală italiană consideră, în cazul legitimei apărări și a stării de necesitate improprie, că există exces neimputabil numai dacă excesul a fost intenționat; dacă excesul s-a datorat culpei făptuitorului, aceasta atrage răspunderea penală pentru o faptă săvârșită din culpă (art. 55).

⁸ Prof. univ. dr. George ANTONIU: Observatii critice cu privire la noul cod penal, Institutul de Cercetări Juridice „Andrei Rădulescu” al Academiei Române//Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 2/2010

5. Cauzele justificative în contextul noii legislații penale din România

Textul art. 18 Cod penal consacră o instituție nouă în raport de reglementarea anterioară (Codul penal din 1969), aceea a cauzelor justificative, statuând că nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală săvârșită în condițiile vreuneia dintre cauzele justificative prevăzute de lege (legitima apărare, starea de necesitate, exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații, precum și consimțământul persoanei vătămate).

Infrațiunea poate să nu existe nu numai dacă lipsește una dintre trăsăturile esențiale definitorii pentru existența ei, dar și atunci când fapta concretă, deși prezintă toate aceste trăsături, să fie comisă în situații care îi conferă un caracter licit, adică permis, în lumina unor cerințe superioare ale ordinii juridice, fiind înlăturat caracterul ilicit al faptei.

Sistemul cauzelor justificative dă expresie unor necesități obiective de reglementare.

Doctrina penală⁹, ca și experiența legislativă a evidențiat că, alături de cerințele specifice fiecărui domeniu (ramuri) de reglementare juridică, în raport cu relațiile sociale proprii acestor domenii, există și cerințe ale ordinii juridice în ansamblul ei, independente de particularitățile fiecărei ramuri de drept. Aceste cerințe comune se impun cu necesitate legiuitorului, obligat să ocrotască nu numai valorile sociale specifice fiecărui domeniu, dar și valorile sociale comune tuturor ramurilor de drept, expresie a identității de interese a membrilor unui grup social.

Așa, de pildă, este comun întregii ordini juridice interesul de a asigura restabilirea promptă a ordinii de drept, acordând în acest scop oricărei persoane supuse unei agresiuni, dreptul de a răspunde imediat, cu forța, pentru a-l neutraliza pe agresor, dacă autoritatea nu este în măsură să intervină și să-l oprească. Riposta, în asemenea condiții, constituie, totodată, o manifestare a instinctului de conservare al oricărei ființe supuse unei agresiuni; cel amenințat, prin firea lucrurilor, va riposta și va încerca să înlăture agresiunea.

Tot astfel, persoana care se află într-o stare de pericol iminent, de neînlăturat și care îi amenință viața, integritatea corporală, sănătatea ori bunurile, este îndreptățită să se salveze, chiar prin acte ilegale. Rațiuni similare stau și la baza celorlate cauze justificative; astfel, ordinul legii exprimă interesul ordinii judiciare, în ansamblul său, de a asigura pe orice cale ordinea și disciplina în ansamblul relațiilor sociale, de a întări respectul față de lege și față de autoritatea legitimă, iar consimțământul victimei este justificat de interesul societății de a respecta voința destinatarului legii, atunci când el consimte la acțiuni împotriva unor interese personale strict individuale, nu o poziție contrară unei ramuri determinate a dreptului, ci o contradicție cu dreptul în ansamblul său, adică cu toate ramurile dreptului (antijuridicitatea).

Cauzele justificative sunt bazate pe dreptul de a săvârși anumite fapte și sunt numite și cauze obiective de neresponsabilitate sau care înlătură ilegalitatea ori caracterul ilicit al faptei, spre deosebire de cauzele de neimputabilitate, numite și cauze de neculpabilitate sau cauze subiective de neresponsabilitate – bazate pe lipsa vinovăției.

Într-o asemenea viziune, contradicția dintre fapta concretă și ordinea de drept, de ansamblu, denumită și antijuridicitate, devine o trăsătură esențială a infracțiunii. Aceasta există numai în măsura în care fapta concretă ale cărei trăsături corespund unei fapte descrise într-o normă de incriminare nu atrage aplicarea unei norme permissive (cauză justificativă) care ar înlătura caracterul de infracțiune al faptei, deși aceasta corespunde cu norma de incriminare.

⁹ M.N. COSTIN, Răspunderea juridică în dreptul R.S. România//Ed. Dacia, ClujNapoca, 1974.

Concordanța faptei concrete cu norma de incriminare este denumită în doctrină tipicitate. Sunt considerate cauze justificative: legitima apărare, starea de necesitate, exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații și consimțământul victimei. Cauzele justificative înlătură caracterul antijuridic al acțiunii sau inacțiunii.

Astfel, fapta este în continuare tipică, însă, având în vedere împrejurările în care a fost comisă, este înlăturat caracterul ilicit, aceasta nemaiconstituind infracțiune. Legiuitorul a acordat cauzelor justificative efecte in rem, acestea urmând să se extindă asupra tuturor participanților. În cazul incidenței unei cauze justificative este exclusă atât aplicarea unei pedepse sau măsuri educative, cât și aplicarea unei măsuri de siguranță, față de prevederile exprese ale art. 107 alin. 2 Cod penal.

Pe lângă cauzele justificative generale prevăzute în partea generală a Codului, există și anumite cauze justificative speciale, prevăzute în partea specială; spre exemplu, dispozițiile art. 272 alin. 2 Cod penal, potrivit cărora nu constituie infracțiunea de *influențare a declarațiilor* înțelegerea patrimonială dintre infractor și persoana vătămată, intervenită în cazul infracțiunilor pentru care acțiunea penală se pune în mișcare la plângere prealabilă sau pentru care intervine împăcarea.

Noul Cod de procedură penală nu face distincție între soluțiile pronunțate în cursul procesului penal, ca efect al cauzelor justificative sau al cauzelor de neimputabilitate – art. 16 lit. d) Cod procedură penală, în ambele cazuri instanța pronunță achitarea, iar organul de urmărire penală dispune clasarea. Cauzele care înlătură caracterul penal al faptei înlătură, pe cale de consecință, și răspunderea penală, care nu poate avea alt temei decât săvârșirea unei infracțiuni (art. 15 alin. 2 Cod penal).

6. Concluzii

În mod firesc, timpul atât de scurt de la intrarea în vigoare a noului Cod penal nu a permis o analiză completă și complexă a tuturor instituțiilor noi din cuprinsul acestuia.

Deși nu întotdeauna noile dispoziții din Cod au avut un impact social benefic sau, cel puțin, acest impact a fost pus sub semnul întrebării, în cazul cauzelor justificative și de neimputabilitate, cristalizarea juridică adusă acum doi ani poate contura concluzia fermă că modificările aduse în materie, de către noul Cod, au armonizat dreptul penal material român cu doctrina anterioară, dar și cu sistemele de drept ale celorlalte state membre ale Uniunii Europene.

PREVIZIBILITATEA NORMEI DE INCRIMINARE ÎN CODUL PENAL

Danny Gabriel BÂRDAN-RAINE*

Abstract:

Although the principle of legality of criminal offenses has acquired considerable dimensions in the light of European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Romania, the national legislator does not have the initiative to appropriate the law to the ideas expressed in the decisions of the supreme courts.

Keywords: *the principle of legality of criminal offenses; predictability; nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege; armonization of general interest to the particular; lex certa*

Rezumat:

Deși principiul legalității incriminării a dobândit dimensiuni considerabile în lumina jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului și a Curții Constituționale a României, legiuitorul din dreptul intern nu își însușește din proprie inițiativă ideile juridice exprimate în hotărârile pronunțate de către instanțele supreme.

Cuvinte-cheie: *principiul legalității incriminării; previzibilitate; nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege; armonizarea interesului general cu cel particular; lex certa*

Un imperativ al principiului legalității incriminării este reprezentat de *lex certa*. Acest imperativ presupune ca norma de incriminare să fie redactată cu suficientă claritate, astfel încât orice persoană căreia i se adresează să își poată da seama dacă conduita acesteia manifestată printr-o acțiune sau o inacțiune intră sub imperiul normei de incriminare. Conținutul normei de incriminare trebuie să fie explicit, astfel încât consecințele încălcării acesteia să poată fi prevăzute de către destinatarii legii penale.¹

Principiul legalității incriminării este exprimat prin adagiul latin *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* și se traduce prin aceea că nu există infracțiune și nu există pedeapsă fără prevedere expresă în lege.

Pe parcursul istoriei dreptului acest principiu a fost reiterat de către Cesare Beccaria care în lucrarea sa intitulată *Dei delitti e delle pene* (*Despre infracțiuni și pedepse*) a susținut că: „*fiecare cetățean trebuie să știe că poate face tot ceea ce nu este împotriva legilor, fără să se teamă de vreo repercusiune, în afara celor ce pot decurge din acțiunea însăși – aceasta este dogma politică în care popoarele ar trebui să creadă și pe care magistrații supremi, însărcinați cu paza neabătută a legilor să o aplice. Este o dogmă sacră fără de care nu poate exista societatea legitimă.*”

Principiul legalității incriminării a fost reglementat pentru prima dată în art. VIII al „Declarației drepturilor omului și cetățeanului” din 1789 astfel: „*nimeni nu poate fi pedepsit decât în virtutea unei legi, stabilită și promulgată anterior infracțiunii și legii aplicată*”.

* Avocat în Baroul București, Avocat titular la DANNY BARDAN – Cabinet de avocat, Președinte al Asociației Societatea Avocaților din București, e-mail: dannybardan@live.com.

¹ Streteanu F., Nițu D., *Drept penal. Partea generală*, vol. I, Curs universitar, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 38-41.

Acest principiu este consacrat în art. 7 din Convenția pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale în sensul că:

„1. Nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau o omisiune care, în momentul în care a fost săvârșită, nu constituia infracțiune, potrivit dreptului național sau internațional. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunii.

2. Prezentul articol nu va aduce atingere judecării și pedepsirii unei persoane vinovate de o acțiune sau de o omisiune care, în momentul săvârșirii sale, era considerată infracțiune potrivit principiilor generale de drept recunoscute de națiunile civilizate.”

În drept național, acest principiu este reglementat în Codul penal în art. 1 intitulat Legalitatea incriminării unde se stabilește la alin. (1) că „*Legea penală prevede faptele care constituie infracțiuni*”, iar la alin. (2) că „*Nicio persoană nu poate fi sancționată penal pentru o faptă care nu era prevăzută de legea penală la data când a fost săvârșită.*” Totodată Constituția României stabilește la 23 alin. (12) că „*Nicio pedeapsă nu poate fi stabilită sau aplicată decât în condițiile și în temeiul legii.*”

În literatura de specialitate a Codului penal anterior² s-a arătat că legalitatea incriminării se realizează – între altele – prin precisa delimitare a câmpului de incidență și aplicare a normelor dreptului penal. Este necesar ca dispozițiunile incriminatorii din partea specială a codului penal să aibă un conținut cât mai precis, asigurându-se astfel cetățenilor posibilitatea de a înțelege și observa mai ușor norma juridică, iar organelor judiciare posibilitatea de a face o justă aplicare a legii. Precizarea conținutului textelor incriminatorii constituie o îndoită cheazășie pentru realizarea legalității.

Legiuitorul român a înțeles importanța imperativului *lex certa*, motiv pentru care în Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, la art. 8 alin. (4) a prevăzut că „*Textul legislativ trebuie să fie formulat clar, fluent și inteligibil, fără dificultăți sintactice și pasaje obscure sau echivoce. Nu se folosesc termeni cu încărcătură afectivă. Forma și estetica exprimării nu trebuie să prejudicieze stilul juridic, precizia și claritatea dispozițiilor.*”, iar la art. 25 a stabilit că „*În cadrul soluțiilor legislative preconizate trebuie să se realizeze o configurare explicită a conceptelor și noțiunilor folosite în noua reglementare, care au un alt înțeles decât cel comun, pentru a se asigura astfel înțelegerea lor corectă și a se evita interpretările greșite.*” Nu în ultimul rând, legiuitorul a simțit nevoia să sublinieze la art. 36 alin. (1) că „*Actele normative trebuie redactate într-un limbaj și stil juridic specific normativ, concis, sobru, clar și precis, care să excludă orice echivoc, cu respectarea strictă a regulilor gramaticale și de ortografie.*”

Analizând jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului constatăm că cerința legalității incriminării este satisfăcută atât prin reglementarea într-un act normativ a incriminării, cât și prin efectul unei jurisprudențe constante. Astfel, Curtea a stabilit că statele au obligația de a asigura definirea oricărei infracțiuni prin lege. Această condiție este îndeplinită ori de câte ori orice persoană poate să anticipeze, pe baza textului legal și a interpretării acestuia în instanțele de judecată, care sunt actele sau omisiunile ce pot atrage răspunderea sa penală. Curtea amintește că, vorbind despre noțiunea de „lege” ea înglobează atât dreptul scris cât și cel nescris și implică, pe lângă condiții formale, și condiții

² Dongoroz V., Kahane S., Oancea I., Fodor I., Iliescu N., Bulai C., Stănoiu R., *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1969, p. 44.

calitative, precum accesibilitatea și previzibilitatea.³ În aceeași ordine de idei, într-o altă cauză⁴ Curtea a statuat că lipsa de claritate a unei norme juridice poate fi compensată printr-o jurisprudență constantă și uniformă.

De remarcat faptul că tot în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului s-a stabilit că nu este suficientă o simplă reglementare pentru a justifica o bază legală în dreptul intern, fiind necesară o anumită calitate a reglementării astfel încât aceasta să fie accesibilă persoane și previzibilă.⁵ Totodată, Curtea consideră că o lege îndeplinește condiția de previzibilitate, dacă se precizează cu destulă claritate întinderea și modalitățile exercitării puterii de apreciere a autorităților în domeniul analizat, ținând cont de scopul legitim urmărit, pentru a oferi individului o protecție adecvată împotriva arbitrarului. În consecință, nu poate fi considerată drept „lege” decât o normă emisă cu destulă precizie pentru a permite cetățeanului să-și corecteze conduita; ascultând la nevoie sfaturile potrivite, el trebuie să aibă capacitatea de a prevedea, într-un grad rezonabil al circumstanțelor cauzei, consecințele de natură să decurgă dintr-o anumită acțiune.⁶

Observăm așadar că din analiza jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului rezultă necesitatea armonizării interesului general cu cel particular în materie de previzibilitate a normei de incriminare.

Pe plan intern, Curtea Constituțională a României este cea care a dat eficiență principiilor și jurisprudenței europene în materie de previzibilitate a normei de incriminare, rezultând astfel soluții remarcabile de admitere a excepțiilor de neconstituționalitate cu privire la anumite norme de incriminare din legislația națională. Putem afirma totodată că globalizarea în drept are consecințe directe din perspectiva interpretării normei juridice sub toate aspectele.⁷

Astfel, o primă soluție este reprezentată prin Decizia nr. 363 din 7 mai 2015 a Curții Constituționale a României prin care s-a admis excepția de neconstituționalitate invocată și prin care s-a constatat că dispozițiile art. 6 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale sunt neconstituționale.

Pentru a pronunța această decizie, Curtea Constituțională a reținut că o lege îndeplinește condițiile calitative impuse atât de Constituție, cât și de Convenție, numai dacă norma este enunțată cu suficientă precizie pentru a permite cetățeanului să își adapteze conduita în funcție de aceasta, astfel încât, apelând la nevoie la consiliere de specialitate în materie, el să fie capabil să prevadă, într-o măsură rezonabilă, față de circumstanțele speței, consecințele care ar putea rezulta dintr-o anumită faptă și să își corecteze conduita. Curtea a avut în vedere și principiul generalității legilor, potrivit căruia deși este dificil să se redacteze legi de o precizie totală și o anumită suplețe poate chiar să se dovedească de dorit, dar o astfel de suplețe nu trebuie să afecteze, însă, previzibilitatea legii. Observăm așadar o corectă aplicare de către Curtea Constituțională a principiului armonizării interesului general cu cel particular în această materie.

Curtea Constituțională a dat eficiență și dispozițiilor art. 23 alin. (12) din Constituție care impun garanția reglementării prin lege a incriminării faptelor și stabilirea sancțiunii

³ Cauza SW c. Marea Britanie în <http://jurisprudentacedo.com/SW-contra-Marea-Britanie-Principiul-legalitatii-Previzibilitatea-normei-penale-Conditii.html>.

⁴ Cauza SCHIMANEK c. Austriei în <http://jurisprudentacedo.com/Schimanek-contra-Austria-Principiul-legalitatii-Previzibilitatea-normei-penale-Conditii.html>.

⁵ Cauza ROTARU c. României în <http://jurisprudentacedo.com/Rotaru-c.-Romaniei.html>.

⁶ Cauza SISSANIS c. României în www.csm1909.ro/csm/linkuri/19_02_2007_8515_ro.doc.

⁷ Friedmann – Nicolescu I., *Interpretation of the Legal standard between tradition and reform*, Revue Europeenne Du Droit Social, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2015, p. 78.

corespunzătoare și, în mod implicit, obligația în sarcina legiuitorului de a adopta legi care să respecte cerințele de calitate ale acestora, care se circumscriu principiului legalității prevăzut la art. 1 alin. (5) din Constituție.

Pentru a se pronunța cu privire la previzibilitatea normei de incriminare, Curtea Constituțională a decis în mod justificat ca este necesară analizarea și a cerinței privind accesibilitatea legii.

Așadar, în ceea ce privește accesibilitatea legii, Curtea constată că, din punct de vedere formal, aceasta are în vedere aducerea la cunoștința publică a actelor normative de rang infraconstituțional și intrarea în vigoare. Pentru a fi îndeplinită cerința de accesibilitate a legii, nu este suficient ca o lege să fie adusă la cunoștință publică, ci este necesar ca între actele normative care reglementează un anumit domeniu să existe atât o conexiune logică pentru a da posibilitatea destinatarilor acestora să determine conținutul domeniului reglementat, cât și o corespondență sub aspectul forței lor juridice. Nu este așadar admisă o reglementare dispartă a domeniului sau care să rezulte din coroborarea unor acte normative cu forță juridică diferită. În acest sens, normele de tehnică legislativă referitoare la integrarea proiectului în ansamblul legislației statuează că actul normativ trebuie să se integreze organic în sistemul legislației, scop în care actul normativ trebuie corelat cu prevederile actelor normative de nivel superior sau de același nivel cu care se află în conexiune [art. 13 lit. a) din Legea nr. 24/2000]. Pentru sublinierea unor conexiuni legislative se utilizează norma de trimitere [art. 16 alin. (1) teza a doua din Legea nr. 24/2000], care operează întotdeauna între acte normative cu aceeași forță juridică.

În acest sens, Curtea a reținut că obiectul material al infracțiunii nu este configurat prin lege, ci printr-un act administrativ de aplicare a legii al cărui obiect de reglementare vizează, în realitate, un domeniu distinct, respectiv aprobarea modelului și conținutului unor formulare. Or, în ipoteza infracțiunilor, inclusiv a celor reglementate în domeniul fiscal, legiuitorul trebuie să indice în mod clar și neechivoc obiectul material al acestora în chiar cuprinsul normei legale sau acesta să poată fi identificat cu ușurință prin trimiterea la un alt act normativ de rang legal cu care textul incriminator se află în conexiune, în vederea stabilirii existenței/inexistenței infracțiunii.

Astfel, Curtea a stabilit că dacă legiuitorul își respectă numai din punct de vedere formal competența constituțională de a legifera, fără ca prin conținutul normativ al textului incriminator să stabilească cu claritate și precizie obiectul material al infracțiunii, aceasta poate determina o lipsă de previzibilitate a respectivului text.

O a doua soluție este reprezentată prin Decizia nr. 603 din 6 octombrie 2015 a Curții Constituționale a României prin care s-a admis excepția de neconstituționalitate invocată și prin care s-a constatat că dispozițiile art. 301 alin. (1) și ale art. 308 alin. (1) din Codul penal sunt neconstituționale sub aspectul sintagmei „raporturi comerciale” și respectiv sub aspectul sintagmei „ori în cadrul oricărei persoane juridice”.

Pentru a pronunța această soluție Curtea Constituțională a României a reținut că o normă de incriminare, inclusiv o anumită sintagmă din cuprinsul acesteia trebuie să imprime un caracter de claritate, precizie și previzibilitate în raport de obiectul juridic al infracțiunii analizate. S-a concluzionat așadar că destinatarul normei nu își poate ordona conduita în raport cu o normă de incriminare care nu respectă condițiile de calitate ale legii.

Dacă analizăm și alte norme de incriminare din Codul penal plecând de la principiile consacrate și jurisprudența în materie, putem constata că există și alte norme care nu respectă exigențele confirmate la acest moment ale previzibilității normei penale.

Un exemplu în acest sens îl reprezintă norma de incriminare a faptei de proxenetism.⁸ Important în cazul de față este elementul material constând în „înlesnirea practicării prostituției”. Acest element material a fost menținut de către legiuitorul actualului Cod penal, fiind similar cu elementul material din reglementarea anterioară (art. 329 alin. (1) Cod penal 1968). În aceste condiții, apreciem ca fiind relevante explicațiile literaturii de specialitate ale Codului penal 1968. Astfel, *înlesnirea practicării prostituției* se poate realiza prin orice acțiune prin care se face mai ușor de practicat sau de continuat practicarea prostituției. Ea poate consta în punerea la dispoziție a unui spațiu locativ, în finanțarea organizării unei case în care se practică prostituția, în crearea de condiții favorabile practicării prostituției etc. Înlesnirea apare ca o formă specială de complicitate la prostituție, pe care însă legiuitorul a incriminat-o ca modalitate a proxenetismului.⁹

Plecând de la faptul că *înlesnirea practicării prostituției* se poate realiza prin orice acțiune prin care se face mai ușor de practicat sau de continuat practicarea prostituției și raportându-ne la cerințele actuale prezentate în prima parte a acestei lucrări, constatăm că acest element material este lipsit de claritate, precizie și previzibilitate. Norma de incriminare sub aspectul elementului material al înlesnirii practicării prostituției nu este enunțată cu suficientă precizie pentru a permite cetățeanului să își adapteze conduita în funcție de aceasta. Apreciam că o persoană nu este capabilă să prevadă, într-o măsură rezonabilă, consecințele care ar putea rezulta dintr-o anumită conduită care nu își are izvorul într-o faptă penală. Un exemplu în acest sens îl reprezintă simpla discuție dintre două persoane între care există o relație de amicitie prin care prima persoană îi expune celeilalte o experiență petrecută în compania unei persoane care practică prostituția, iar cea de-a doua persoană fiind impresionată de relatările primei persoane îi solicită acesteia informații în scopul contactării persoanei care practică prostituția pentru a beneficia de o experiență similară. În aceste condiții, plecând de la elementul material prezentat, acțiunea primei persoane de a divulga celeilalte persoane datele de contact ale persoanei care practică prostituția constituie o formă consumată a infracțiunii de proxenetism în modalitatea înlesnirii practicării prostituției, deoarece prin această acțiune persoana care practică prostituția este recomandată unei alte persoane, fiind dezvoltată astfel activitatea pe care o desfășoară.

Mai mult decât atât, plecând de la ideea că înlesnirea apare ca o formă specială de complicitate la prostituție, pe care însă legiuitorul a incriminat-o ca modalitate a proxenetismului, constatăm că în prezent este incriminată complicitatea la săvârșirea unei contravenții, deoarece infracțiunea de prostituție prevăzută de art. 328 Cod penal 1968 a fost dezincriminată prin intrarea în vigoare a actului Cod penal, care nu mai prevede fapta de practicare a prostituției ca fiind o infracțiune. În aceste condiții observăm că există argumente suplimentare care susțin lipsa de previzibilitate a normei penale analizate, deoarece este dificil ca o persoană să perceapă faptul că o formă de complicitate la o contravenție poate constitui o infracțiune.

⁸ Art. 213. Proxenetismul. (1) Determinarea sau înlesnirea practicării prostituției ori obținerea de foloase patrimoniale de pe urma practicării prostituției de către una sau mai multe persoane se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani și interzicerea unor drepturi.

(...)

(4) Prin *practicarea prostituției* se înțelege întreținerea de acte sexuale cu diferite persoane în scopul obținerii de foloase patrimoniale pentru sine sau pentru altul.

⁹ Dongoroz V., Kahane S., Oancea I., Fodor I., Iliescu N., Bulai C., Stănoiu R., *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea specială*, vol. IV, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1969, p. 738.

Se poate afirma că pentru a fi considerat izvor de drept, voința trebuie să fie conștientă și rațională.¹⁰

Pe cale de consecință, apreciem că raportat la actuala jurisprudență a Curții Europene a Drepturilor Omului și a Curții Constituționale a României, prevederile art. 213 alin. (1) din Codul penal prin care este reglementată infracțiunea de proxenetism sunt neconstituționale sub aspectul sintagmei „înlesnirea practicării prostituției”.

În concluzie este de remarcat faptul că ne aflăm în prezența unui progres considerabil la nivel european și național în ceea ce privește aplicabilitatea principiului legalității incriminării, fapt ce va conduce în cele din urmă la o calitate superioară a legilor și la o mai bună înțelegere și respectare a valorilor sociale ocrotite de legea penală. Considerăm că este necesar ca legiuitorul

să-și însușească actualele dimensiuni ale principiului legalității incriminării pentru a pune în acord normele de incriminare cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului și cu jurisprudența Curții Constituționale a României.

¹⁰ Ciongaru E., *Legal Will – Concept and application*, Revue Européenne Du Droit Social, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2015, p. 45.

DESPRE IMPORTANȚA DETERMINĂRII *TEMPUS COMMISSI DELICTI*

Ionuț NEFLIU*

Abstract:

The problem of determining the timely reference point when a crime is considered perpetrated is vested in with a special pertinency in the case of abolitio criminis, in the case of individualisation of applicable law when it comes into existence a succession of modificatory norms in criminal matters. It exists one more peculiar situation in the case of a new criminal law and of the succession of laws that are only apparent (false), and also apparent can be even the retroactivity when the timely reference point is misplaced.

Keywords: *exclusive criterion of conduct, succession of laws, wrongfulness, guilt, observance of the principle of nonretroactivity*

Rezumat:

Problema fixării reperului temporal când se consideră săvârșită infracțiunea îmbracă o relevanță deosebită atât în cazul survenirii unei abolitio criminis, cât și în cazul individualizării legii aplicabile când există o succesiune de norme modificatoare în materie penală. Mai există încă o situație aparte în ipoteza când survine o nouă incriminare, iar succesiunea de legi penale este doar falsă (aparentă), după cum aparentă poate să fie însăși retroactivitatea când punctul de referință temporală a fost greșit stabilit.

Cuvinte-cheie: *criteriu exclusiv al conduitei, succesiune de legi, antijuridicitate, vinovăție, respectare a principiului neretroactivității*

Determinarea cu precizie a momentului comiterii infracțiunii întâmpină anumite dificultăți interpretative cu care nu numai practicienii dreptului se confruntă, dar chiar și legiuitorul, probleme legate de înțelegerea structurii temporale a acțiunii¹ și de faptul că, uneori, definițiile normative nu coincid cu realitatea faptică, astfel că, dintre mai multe puncte de referință temporală, trebuie ales, în procesul de aplicare a normei juridico-penale și respectând principiul neretroactivității, un punct sigur de plecare (*one moment in time*) pentru *entitatea juridică*² numită infracțiune, care nu poate fi altul decât cel al nașterii sale naturale, *id est* momentul săvârșirii infracțiunii. Noțiunea de moment al comiterii infracțiunii este distinctă de noțiunea de moment al consumării infracțiunii, doar prima servind în scopul determinării legii temporal aplicabile³, în vreme ce a doua noțiune, momentul consumării infracțiunii, acoperă situația când se verifică toate elementele faptei descrise în norma incriminatorie⁴, astfel că *tempus commissi delicti* nu este legat de exigența

* Drd., Facultatea de Drept, Universitatea de Vest Timișoara; e-mail: ionefliu@gmail.com

¹ Eliseu FRIGOLS i BRINES, *Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho Penal Español*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 190.

² După o expresie a lui Francesco Carrara: "*Delictul nu este un simplu fapt. Este o entitate juridică...*" A se vedea Annamaria ASTROLOGO, *Le cause di non punibilita. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bononia University Press, 2009, p. 11.

³ Luigi TRAMONTANO, *Lineamenti di diritto penale*, Halley Editrice, 2006, p. 63.

⁴ Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 186.

producerii rezultatului, acolo unde fie la infracțiunile comise, fie la cele omise, se cere producerea rezultatului (de ex. pentru ca legea penală națională să fie aplicabilă spațial.)

Chestiunea determinării *tempus commissi delicti* este una comună întregii materii a succesiunii legilor penale, de a cărei importanță crucială sunt conștiente atât doctrina italiană, spaniolă sau portugheză, cât și cea română de specialitate⁵. Doctrina italiană insistă că determinarea sferei temporale a legii penale înseamnă de fapt plasarea în timp a *situației juridico-penale*⁶, un concept desigur mai larg și mai complex decât cel de infracțiune. Doctrina spaniolă menționează că *tempus delicti* este acel punct de conexiune (referință) temporală, *când se afectează o stare de lucruri* într-o formă interzisă de norma juridico-penală, *id est* când se duce la capăt o acțiune subsumată acțiunii generice cuprinse în norma penală. Problema fixării reperului temporal când se consideră săvârșită infracțiunea îmbracă o relevanță deosebită atât în cazul survenirii unei *abolitio criminis*, cât și în cazul individualizării legii aplicabile când există o succesiune de norme modificatoare în materie penală⁷. Mai există încă o situație aparte în ipoteza când survine o nouă incriminare⁸, iar succesiunea de legi penale este doar falsă (aparentă), după cum aparentă poate să fie însăși retroactivitatea când punctul de conexiune (referință) temporală a fost greșit stabilit⁹. Aspecte teoretice deosebite mai pot fi surprinse și în cazul participației penale, când pentru unul dintre participanți devine *obiectiv* aplicabilă o altă lege penală decât pentru ceilalți, datorită propriului *tempus delicti*, la fel de bine cum unele încercări de clarificare dogmatică se pot realiza și în cazul infracțiunilor de omisiune (atât de simplă omisiune, cât și de comisiune prin omisiune). Determinarea reperului temporal când a fost comisă o faptă prevăzută de legea penală capătă relevanță și în cazul aplicării măsurilor de siguranță, devreme ce, fiind sancțiuni de drept penal, nu pot fi luate decât și *numai decât* în cazul în care legea în vigoare la data săvârșirii faptei le prevedea¹⁰.

În doctrina penală există conturate în această materie a timpului comiterii infracțiunii 3 tipuri de teorii: **teoria conduitei** sau a activității/acțiunii (*Handlungstheorie*) – care este și cea majoritară, **teoria rezultatului** (*Erfolgstheorie*) și **teoria ubicuității** (mixtă), care dă valoare acțiunii și rezultatului¹¹, *id est* când acțiunii, când rezultatului.

Potrivit **teoriei conduitei**, soluția corectă a individualizării lui *tempus commissi delicti* este pentru infracțiunile comise în momentul comiterii acțiunii sau a ultimei acțiuni prevăzute în norma incriminatoare, iar pentru infracțiunile omise în momentul în care ar trebui comisă acțiunea cerută de norma incriminatoare¹². Autori consacrați ca Marinucci și

⁵ A se vedea în acest sens Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 85-86. Pentru doctrina spaniolă a se vedea Eliseu FRIGOLS i BRINES, *Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho Penal Español*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 524 și urm. Pentru doctrina portugheză a se vedea Américo A. TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 112 și urm. Pentru doctrina română a se vedea Viorel PAȘCA, *Drept penal. Partea generală*, ed. a IV-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 83-84.

⁶ Marco SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 13.

⁷ Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, op. cit., p. 86.

⁸ *Idem*.

⁹ Eliseu FRIGOLS i BRINES, op. cit., p. 190.

¹⁰ Viorel PAȘCA, *Măsurile de siguranță și aplicarea legii penale în timp*, RDP nr. 1/1997, în Viorel PAȘCA, *Studii de drept penal*, Ed. Universul Juridic, 2011, p. 36.

¹¹ Giuseppe MAGGIORE, *Diritto penale, Vol. I Parte generale: art. 1-art. 240*, 5^e Edizione accresciuta e aggiornata, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1949, p. 152.

¹² Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, op. cit., p. 86.

Dolcini arată că trebuie respinsă teoria rezultatului, pentru că legea penală nu poate orienta comportamentul destinatarilor săi când, odată consumată acțiunea sau omisiunea, se verifică ulterior, chiar după un lung interval temporal, rezultatul cerut de norma incriminatoare.¹³ G. Maggiore¹⁴, altfel ideolog al fascismului, arată și el că este absurd a pedepsi, la distanță de timp, o faptă doar pentru că s-a produs rezultatul sub o altă lege – legea nouă, în vreme ce conduita s-a desfășurat când autorul nu suspecta ca fapta sa ar constitui infracțiune. G. Maggiore mai adaugă că soluția oferită de teoria rezultatului ar face agitată și nesigură existența oamenilor onești. Acest tip de argument valabil și astăzi este oferit desigur de teoria normei juridico-penale din planul disciplinei teoriei generale a dreptului. Norma penală îndeplinește un rol de orientare a conduitei umane, conținând implicit o judecată de valoare asupra unor bunuri juridice ocrotite, astfel încât violarea legii penale este concretizată în conduită și nu în producerea rezultatului, care are natură aleatorie. Nonvaloarea conduitei și nu a rezultatului este de esență infracțiunii, având în vedere necesitatea democratică și garantistă a raportării la funcția de orientare a conduitei, îndeplinită necesarmente cu anticipație de norma de drept penal¹⁵, numai astfel putându-se asigura respectarea principiului neretroactivității.

Art. 3 C. pen. portughez denominat marginal „*Momentul comiterii faptului*” (*Momento da pratica do facto*) este neechivoc în a impune teoria conduitei: „*Faptul se consideră comis în momentul în care făptuitorul a acționat sau, în caz de omisiune, ar fi trebuit să acționeze, indiferent de momentul în care rezultatul tipic s-ar fi produs.*” Doctrina și jurisprudența portugheze, urmând linia codicistică, sunt și ele unanime în a adera la criteriul exclusiv al conduitei, prin prisma unor argumente esențiale sau absolut decisive¹⁶, cu un puternic conținut axiologic și teleologic al principiilor democratice ce se cer respectate. Un atare argument peremptoriu este **salvgardarea principiului securității juridice** prin necesitatea garantării juridico-penale a persoanei umane în fața eventualului arbitrarului legislativ sau judecătoresc în exercitarea puterii de a pedepsi. Dacă s-ar accepta aplicarea teoriei rezultatului, atunci după ce este practică conduita culpabilă, dar înainte de a se produce rezultatul cerut de lege, legiuitorul ar putea veni cu o lege persecutorie, pedepsind ce nu era anterior socotit ca demn de pedeapsă. De asemenea, s-ar nesocoti principiul fundamentalism al vinovăției (*Schuldprinzip*), care fundamentează el însuși neretroactivitatea legii noi mai severe (art. 7 par. 1 din Convenția de la Roma/CEDO), întrucât făptuitorul nu poate primi un reproș legitim de la Stat pentru conduita sa penalmente relevantă decât și doar în măsura în care conduita tipică era prevăzută de legea penală din momentul comiterii infracțiunii. Astfel, apare judicioasă, în acest sens, soluția doctrinei germane¹⁷, bazată pe art. 2 alin. 1 și 3 StGB, conform cu care infracțiunea continuată trebuie să fie divizată în două părți autonome, una căreia i se aplică legea veche, cealaltă căreia i se aplică legea nouă, tocmai pentru a se evita o aplicare retroactivă defavorabilă a noii legi penale (*lex severior*).

¹³ *Idem*.

¹⁴ Destituit în lipsă de Comandamentul Aliat în octombrie 1943 din funcțiile universitare deținute la Palermo și calificat prin actul de demitere ca fiind „*conducător fascist, doctrinar și propagandist în mediile universitare*” și „*autor de cărți și articole cu caracter virulent în sprijinul fascismului și împotriva Statelor Unite și Marii Britanii.*”

¹⁵ Américo A. TAIPA DE CARVALHO, op. cit., p. 112.

¹⁶ *Ibidem*, p. 113.

¹⁷ Maria Theresia RÖRIG, p. 22 in Paolo PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*. Ultima dată, accesat online în 6 mar. 2016 la adresa: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_favor_rei_20121017.pdf

Se observă că legiuitorul Codului penal român din 2009 (Legea nr. 286/2009) pare să fie mai preocupat decât cel anterior în ceea ce privește reglementarea **datei** săvârșirii infracțiunii. Art. 1 alin. 2 C. pen. în vigoare prevede că „*nicio persoană nu poate fi sancționată penal pentru o faptă care nu era prevăzută de legea penală la data la care a fost săvârșită.*” De remarcat un aspect terminologic nu lipsit credem de semnificație: art. 7 par. 1 din Convenția de la Roma (CEDO) face trimitere în mod corect și riguros exact la noțiunea de **moment** la care a fost săvârșită acțiunea sau omisiunea ori infracțiunea¹⁸, iar nu la **data**¹⁹ când a fost săvârșită fapta, termenul de „dată” fiind mult mai vag decât noțiunea de „moment” și, în orice caz, străin de terminologia folosită în teoria acțiunii ce domină doctrina *tempus delicti*. În condițiile în care societatea umană a sec. XXI este din ce în ce mai tehnologizată, infracțiunile informatice tind să devină tot mai sofisticate, iar probele tehnice par să aibă o tot mai mare greutate în orice probatoriu penal, ni se pare nepotrivit să ne referim la noțiunea de dată (24 de ore), de vreme ce noțiunea de moment (oră, minut sau secundă) oferă precizia terminologică absolut necesară în cazul unor ramuri de drept cu un grad ridicat de intruziune în sfera privată ca dreptul penal și cel procesualpenal și, mai mult decât atât, ar corespunde exigențelor convenționale și de dogmatică penală.

Doctrina română folosește o abordare mixtă, aplicând teoria ubicuității, luând în calcul când momentul conduitei (ca regulă generală), când momentul producerii rezultatului (dacă este vorba de infracțiunile de rezultat). Pentru infracțiunile de durată (infracțiuni de obicei, infracțiuni continue²⁰, infracțiuni continuate) nu se ia în considerare momentul conduitei, aspect întâlnit și în doctrina străină²¹, ci dată fiind *rațiunea istorică* ce a dus la nașterea acestora, este socotit ca *tempus commissi delicti* **momentul prelungit al activității** continue/continuate/obișnuielnice, până la ultimul act din componența continuării ori a continuității sau obișnuinței infracționale, aceste infracțiuni fiind pedepsibile așadar după legea în vigoare la momentul epuizării. Profesorul Viorel Pașca reține că dacă nu se produce rezultatul la infracțiunile materiale (de rezultat), există numai tentativă la aceste infracțiuni²², ceea ce favorizează – credem – teoria conduitei. Problema infracțiunilor de rezultat față de doctrina *tempus delicti* ar fi, cum am arătat anterior, să despărțim noțiunea de moment al comiterii infracțiunii de noțiunea de moment al **consumării infracțiunii**, dar clarificarea ar trebui să vină din partea legiuitorului, soluția din art. 1 alin. 2 C. pen. fiind un pas înainte față de Codul penal anterior, dar, totuși, departe de a fi satisfăcătoare în ceea ce privește cerințele din doctrina *tempus delicti*.

Spre deosebire de experiența portugheză completă și lămuritoare, art. 7 C. pen. spaniol din 1995 a curmat doar *într-o anumită măsură*²³ controversa determinării normei aplicabile

¹⁸ Art. 7 par. 1 CEDO Nicio pedeapsă fără lege: „*Nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau o omisiune care, în momentul în care a fost săvârșită, nu constituia o infracțiune, potrivit dreptului național sau internațional. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunii.*”

¹⁹ Legiuitorul român din 2009 a preferat să reia în art. 1 alin. 2 C. pen. în vigoare formularea inexactă din art. 11 C. pen. Dongoroz: „*Legea penală nu se aplică faptelor care, la data când au fost săvârșite, nu erau prevăzute ca infracțiuni.*”

²⁰ Legea penală aplicabilă în timp va fi pentru infracțiunea continuă legea în vigoare din momentul epuizării acesteia. A se vedea Constantin MITRACHE, Cristian MITRACHE, *Drept penal român, Partea generală*, Casa de editură și presă ȘANSA 2002, p. 233. Acești autori rețin principiul ubicuității, cu privire însă la legea penală aplicabilă în spațiu infracțiunii continue.

²¹ Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, op. cit., p. 86.

²² Viorel PAȘCA, *Drept penal. Partea generală*, ed. a IV-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 83.

²³ Eliseu FRIGOLS i BRINES, op. cit., p. 188.

infracțiunilor de rezultat prin folosirea teoriei ubicuității, astfel că doctrina spaniolă a rămas divizată: din același enunț juridic, ea extrage existența a două puncte distincte de referință temporală pentru momentul săvârșirii infracțiunii, plecând fie de la conduită (*Handlungstheorie*), fie de la rezultat (*Erfolgstheorie*), așteptându-se eventual clarificări de la un nou Cod penal²⁴.

Problema determinării *tempus commissi delicti* nu se cantonează, totuși, în România la infracțiunile de rezultat, așa cum arată problemele ridicate recent de redactarea legislativă defectuoasă a dispozițiilor art. 336 alin. 1 C. pen., sancționate parțial prin decizia CCR nr. 732/2014 (M. Of. nr. 69 din 27 ianuarie 2015). Așa cum *originar* a fost redactat art. 336 alin. 1 C. pen. (redactare neschimbată la ora scrierii acestor rânduri – *n.n.*), legiuitorul a disociat momentul comiterii infracțiunii (momentul conduitei tipificate) de momentul consumării infracțiunii, care în „noua” viziune legislativă ar fi cel al recoltării probelor biologice, creându-se din start pentru fapte eminentamente identice o serie lungă de discriminări între făptuitorii conducători auto care acceptă imediat prelevarea *mostrelor* biologice, pentru care s-ar „consuma” mai repede infracțiunea, și făptuitorii conducători auto care nu acceptă imediat prelevarea probelor, pentru care infracțiunea s-ar „consuma” ulterior. De fapt, nu ar putea exista motive ca în determinarea lui *tempus commissi delicti* să ne intereseze consumarea infracțiunii, mai ales la infracțiunile de pericol, unde este clar că *doar* acea conduita tipificată este cea pe care o vrea reprimată legiuitorul. Nimic mai arbitrar sau periculos în dreptul penal decât să se relativizeze *tempus commissi delicti*, mutând în afara realității faptice punctul de referință temporală al comiterii infracțiunii. *Cui facem un reproș pentru un ce petrecut când?* Incriminând aspecte cu totul exterioare conduitei pretins culpabile, credem că norma din art. 336 C. pen. rom. nu este doar lipsită de previzibilitate, ci reușește să fie **absolut imprevizibilă**, discriminatorie și încălcând pe rând toate principiile fundamentale de drept penal – principiul vinovăției (*Schuldprinzip*), principiul legalității (*Legalitätsprinzip*), principiul egalității, principiul neretroactivității etc. În acest caz al art. 336 alin. 1 C. pen. rom., datorită greșitei stabiliri a punctului de referință temporală (ulterior celui real), ultraactivitatea normei de incriminare ar putea fi doar aparentă, dacă o lege nouă intră în vigoare până la momentul prelevării mostrelor biologice. Constatăm că, deși au trecut deja 13 luni de la publicarea în M. Of. nr. 69 din 27 ian. 2015, legiuitorul nu a înțeles să modifice urgent acest articol de Cod penal, punându-l în acord cu decizia CCR 732/2014, ceea ce va duce la situații de neconvenționalitate, nelegalitate și de ignorare a legii penale, în ansamblul ei.

Profesorul Antonio Pagliaro, autorul unui prim proiect de Cod penal italian²⁵, atrăgea atenția că problema lui *tempus delicti*, așa cum demonstrează unii autori (italieni), „nu a fost rezolvată într-un mod corect și că, de fapt, *nu există un timp al infracțiunii valabil pentru toate instituțiile de drept penal*.”²⁶

În doctrina portugheză s-a reiterat aceeași idee, potrivit căreia problema lui *tempus delicti* este multifacetată și nu este posibilă o soluție unitară, nereducându-se doar la legi incriminatorii sau la legi agravante de pedeapsă, interesând deopotrivă o serie întreagă de instituții de drept penal, cum ar fi *prescrierea procedurii penale* (a răspunderii penale),

²⁴ *Idem*.

²⁵ A prezidat Comisia Pagliaro pentru elaborarea unui proiect de lege pentru noul codice penal (8 feb. 1988). A se vedea online https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_6_1.wp, accesat ultima dată, 2 martie 2016.

²⁶ Américo A. TAIPA DE CARVALHO, op. cit., p. 114.

amnistia, instituții care, prin natura lor, impun soluții diferențiate²⁷, nicidecum globale, de determinare a legii temporal aplicabile. Cavaleiro de Ferreira subliniază că *tempus delicti* este un concept normativ care *doar parțial* coincide cu realitatea naturală (faptică).²⁸

Spaniolul Eliseu Frigols consideră că unele instituții de drept penal nu joacă niciun rol în aducerea unor argumente care să sprijine aplicarea legii penale în vigoare la momentul comiterii infracțiunii, în condițiile în care, cum am amintit, în sistemul Codului penal spaniol există o reglementare expresă a momentului comiterii infracțiunii, ce pare să impună **teoria conduitei**²⁹. Astfel, pedepsibilitatea (*la punibilidad*) ca instituție fundamentală de drept penal este cumva indiferentă determinării lui *tempus delicti*, întrucât condițiile pedepsibilității se pot verifica anterior sau posterior săvârșirii infracțiunii³⁰. E.g. capacitatea juridico-penală sau imputabilitatea sunt astfel de condiții, *anterioare*, care nu depind de săvârșirea faptei. Antijuridicitatea se constituie și ea într-o categorie centrală a infracțiunii³¹, astfel că ne putem întreba cum influențează antijuridicitatea alegerea normei penale aplicabile la momentul *tempus delicti*. Fiind definită în opinia autorilor Marinucci și Dolcini ca un *raport de contradicție dintre faptă și întreaga ordine juridică*, antijuridicitatea implică absența oricărei cauze de justificare, adică a oricărei facultăți sau obligații derivând din orice normă a sistemului normativ juridic care să autorizeze sau să impună săvârșirea unei fapte penalmente relevante³², opinie pe care o îmbrățișăm cu atât mai mult cu cât există un fundament normativ atât în Codul de procedură penală italian, cu aplicare imediată pentru judecător (art. 129 alin. 1)³³, cât și în Codul penal român³⁴ (art. 15) cu o aplicare însă destul de incertă pentru practicieni (în camera preliminară de ex. nu se discută despre imputabilitate și nu există consecințe juridice în plan procesual dacă judecătorul de cameră preliminară constată că suspectul nu este imputabil în raport cu unele fapte reținute în actul de sesizare). În viziunea altor autori din peninsula, cum sunt F. Mantovani ori F. Antolisei, raportul dintre elementele obiective și subiective, pe de o parte, și antijuridicitate, pe de altă parte, este un *raport între apreciat și apreciere*, antijuridicitatea fiind *esența însăși* a infracțiunii, neputându-se constitui într-un element autonom al faptului delictuos³⁵.

O particularitate a antijuridicității constă în faptul că făcând legătura între planul naturalistic și planul normativ, servește la verificarea în trepte a întrunirii trăsăturilor esențiale ale infracțiunii, așa cum sunt reținute de doctrina italiană: numai o faptă umană poate fi **antijuridică**, doar o faptă umană și antijuridică este **culpabilă** și, în final ca ultimă

²⁷ Américo A. TAIPA DE CARVALHO, op. cit., p. 113.

²⁸ *Ibidem*, p. 114.

²⁹ Art. 7 C. pen. spaniol (Codigo penal español 1995): „În scopul determinării legii penale aplicabile în timp, infracțiunile se consideră săvârșite în momentul în care subiectul execută acțiunea sau omite actul la care era obligat.”

³⁰ Eliseu FRIGOLS i BRINES, op. cit., p. 460, nota 577.

³¹ În cadrul diviziunii cuadripartite a infracțiunii, așa cum o analizează doctrina italiană, după fapta umană, urmează în ordine logică **antijuridicitatea faptei**, la care se adaugă vinovăția/culpabilitatea faptei antijuridice și **pedepsibilitatea** faptei antijuridice și vinovate. A se vedea în acest sens, Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, op. cit., p. 141.

³² *Ibidem*, p. 144-145.

³³ Se vorbește în doctrina italiană (MARINUCCI, DOLCINI, op. cit.) de caracterul obligatoriu al sistemului cuadripartit al infracțiunii.

³⁴ Art. 15 C. pen. apare ca un fundament mutant care pune la o parte în definiția infracțiunii vinovăția cu imputabilitatea, imputabilitatea fiind ultima dintre cerințe. Art. 15: „Infracțiunea este fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o.”

³⁵ Annamaria ASTROLOGO, *Le cause di non punibilita. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bononia University Press, 2009, p. 12.

treaptă, doar o faptă umană, antijuridică și culpabilă este **pedepsibilă**³⁶. În caz de *dezincriminare* prin apariția unei cauze de justificare (mai departe vom folosi termenul corect de *dezaplicare*, folosit de doctrina italiană, când este vorba de existența unor cauze de justificare) nu înseamnă că antijuridicitatea faptei anterioare subzistă, dar consecințele ei juridice nu se mai aplică, ci se traduce prin aceea că fapta deja nu mai este antijuridică³⁷, ci este permisă de ordinea juridică în ansamblu, inclusiv de palierul unional-european (dreptul UE)³⁸. *Dezaplicarea* normei penale interne aflate în incompatibilitate cu dreptul unional-european nu înseamnă invaliditatea acesteia sau nulitatea ei ori abrogarea, ci norma internă intră într-o stare letargică de suspendare a aplicării sale³⁹, cât timp se află în antinomie cu normele supranaționale, care se bucură de superioritate ierarhică față de cele naționale. Eliseu Frigols opinează că odată cu o pedeapsă atenuată prin survenirea unei legi noi, de fapt în mod egal este modificată și antijuridicitatea conduitei, fiind expresia conținutului de injust al acesteia⁴⁰.

Prezintă însă interes pentru determinarea *tempus delicti* un anumit element ce intră în componența categoriei de judecată de vinovăție sau a imputabilității personale (subiective). Acest element este cunoașterea antijuridicității care exige cunoașterea normei juridice aplicabile în momentul comiterii faptei. Dacă dreptul penal își realizează funcțiile sale preventive prin norme de conduită, la nimic nu-i servește făptuitorului să-și determine conduita în raport cu norma de conduită, dacă aceasta este pusă în valoare de o normă distinctă.⁴¹ Astfel, vinovăția poate servi ca limitare a aplicării dreptului penal, contribuind la legitimarea ordinii juridice și la tratarea cetățeanului în respectul demnității sale de persoană umană.⁴² Această cerință a cunoașterii antijuridicității este reluată și în doctrina și jurisprudența italiană, printre elementele componente ale vinovăției, fiind prezentă și cerința de **cunoaștere sau cognoscibilitate a normei penale încălcate**⁴³. Se reține cunoașterea normei juridico-penale atunci când făptuitorul știuse sau putuse să știe, cu diligența cuvenită, că un fapt antijuridic și culpabil, comis de el, este reprimat de o normă incriminatoare.

Prin Dec. Curții Constituționale Italiene (*La Consulta*) nr. 364/1988 s-a considerat, de ex., că nu se fac vinovați de fapte penalmente relevante acei imigranți veniți de puțin timp în contact cu disciplina normativă italiană în materia comerțului ambulant. Pretorul din Cingoli care a sesizat Curtea a criticat art. 5 C. pen. italian ca fiind neconstituțional, printre altele, pentru că încalcă principiul egalei demnități sociale și a egalității în fața legii (art. 3 din Constituția Republice Italiene), din moment ce exclude din câmpul său normativ relevanța **absenței conștiinței antijuridicității conduitei**. S-a statuat de către *la Consulta*

³⁶ A se vedea în acest sens, Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, op. cit., p. 141.

³⁷ Eliseu FRIGOLS i BRINES, op. cit., p. 461.

³⁸ A se vedea Frédéric DEBOVE, Rudolph HIDALGO, *Droit pénal et procédure pénale. Exercices corrigés*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence; Paris; 2002, p. 17. *Exercice 1*: proprietarii unei podgorii franțuzești din Burgundia au nevoie rapidă în toamna anului 1999 de mână de lucru, astfel că angajează 4 resortisanți turci cu contract de muncă sezonieră. În urma unui act de control al Inspecției Muncii, se constată săvârșirea delictului de folosire ilegală a forței de muncă străină (non UE)³⁸. Începând cu 1 ian. 2001, intră în vigoare Tratatul de asociere a Turciei la UE, care asimilează resortisanții turci celor francezi, astfel că delictul prevăzut de art. L. 364-1 C. mun. este practic dezincriminat, oricând va fi vorba de cetățeni turci.

³⁹ Marco GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, G. Giapichelli Editore-Torino, 2013, p. 210.

⁴⁰ Eliseu FRIGOLS i BRINES, op. cit., p. 461.

⁴¹ Winfried HASSEMER, *Einführung*, p. 259. citat de Eliseu FRIGOLS i BRINES, p. 463.

⁴² *Idem*.

⁴³ Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, op. cit., p. 146-147.

că o *carență neculpabilă de socializare* a făptuitorului imigrant, aflat într-o *condiție subiectivă de inferioritate*, este cea care a dus la necunoașterea legii penale, ceea ce ar trebui să dea loc reformulării art. 5 din *Codice Rocco* astfel: „*Ignoranța legii penale nu este scuzabilă, cu excepția ignoranței inevitabile*.”⁴⁴.

În privința infracțiunilor de comisiune prin omisiune, *tempus commissi delicti* nu depinde de durata acțiunii de salvare, ci de timpul înăuntrul căruia acțiunea impusă de norma juridică apare ca adecvată să împiedice rezultatul⁴⁵. De ex. salvamarul care, împotriva datoriei sale, omite timp de 3 minute să intervină, când de fapt trebuia să înceapă acțiunea de salvare în mai puțin de 40 de secunde, comite infracțiunea omisivă în acele puține 40 secunde scurse din momentul în care trebuia să intervină, dar nu o face, după care intervenția sa de salvare devine inutilă.⁴⁶ Survenirea ulterioară, în cazuri similare, a unei legi mai grave (*lex severior*) după momentul la care agentul avea obligația să intervină apare ca irelevantă, punctul de referință temporală fiind deja fixat.

Concluzionând, pentru buna și exacta determinare a sferei temporale de aplicare a legii penale este necesar a ne raporta, inițial, la momentul comiterii infracțiunii, așa cum este el stabilit potrivit teoriei conduitei, singura în măsură să salvgardeze de fiecare dată unitatea, umanismul și coerența sistemului de drept penal, fiind util – credem – un sediu al materiei în Codul penal român, distinct și lămuritor, care să preia din modelele de succes vest-europene (german, portughez, spaniol, italian), modele legislative, dar și modele doctrinare, doctrina fiind cea care deține înțelepciunea (*prudentia iuris*) și cea care persuadează, având un rol importantissim în viața juridică a unui popor, în construirea instituțiilor juridice și în înțelegerea lor, dar și în înlăturarea lacunelor din lege⁴⁷, ea constituind sursa acelor lumini indispensabile pentru judecător și legiuitor sau, mai larg, pentru orice practician sau profesionist (*iurisperitus*) al dreptului.

⁴⁴ În motivarea Dec. 364/1988, *La Consulta* invită legiuitorul italian să reflecteze dacă și în ce condiții s-ar impune atenuarea pedepsei când survine o ignoranță evitabilă, ca în sistemul de drept vest-german sau austriac.

⁴⁵ JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, W. Gruyter, Berlin-New York, 1983, p. 78 citat de Américo A. TAIPA DE CARVALHO, op. cit., p. 122.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Antonio SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do Direito*, 6.^a Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 209-210.

TRAFICUL DE PERSOANE ÎN LUMINA NOULUI COD PENAL ȘI A NOULUI COD DE PROCEDURĂ PENALĂ

Luiza Nicoleta GACHE*

Abstract:

Human trafficking is nothing but slavery modern era characterized by the tendency of some people to control and profit from the exploitation of the others. Human trafficking is the illegal trade (commerce) with people, based on violence, on the control and on the profit. It is a form of violation of human rights, and it is also an attack against both the individual and the state security.

Human trafficking is an agresion on human dignity and on fundamantally right of liberty. Dressed in whatever form, the social implications that drift from this modern form of slavery bind the states from the entire world to adopt a rough and consolidated legislation which suppresses this scourge.

The New Penal Code and the New Code of Criminal Procedure are coming both to align our intern legislation with the European one, but also to bring a plus of value to the norms that regulates this law field.

Keywords: *human trafficking, organized crime, slavery, procedural guarantees, non-incrimination of the victim*

Rezumat:

Traficul de persoane nu este altceva decât sclavia erei moderne caracterizată prin tendința unor oameni de a profita de pe urma controlului și exploatării altora. Traficul de persoane reprezintă comerțul ilegal cu oameni, având la bază violența, controlul și profitul, este o formă de violare a drepturilor omului, fiind un atentat atât împotriva securității individului, cât și împotriva securității statului.

Traficul de persoane este o agresiune asupra demnității umane și a dreptului fundamental la libertate. Indiferent de forma îmbrăcată, implicațiile sociale ce derivă din această formă modernă de sclavie obligă statele din întreaga lume la adoptarea unei legislații aspre și consolidate care să suprimă acest flagel.

Noul Cod Penal și Noul Cod de Procedură Penală vin deopotrivă să alinieze legislația noastră internă cu cea europeană, dar totodată, să aducă un plus de valoare normelor ce reglementează acest domeniu de drept.

Cuvinte-cheie: *trafic de persoane, crima organizată, sclavie, garanții procesuale, neincriminarea victimei*

1. Reglementări europene în materia traficului de persoane

1.1. Politica Consiliului Europei

Traficul de persoane constituie un fenomen îngrijorător care a suscitat atenția Consiliului Europei, încă din anul 1991, când a fost adoptată Recomandarea Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. R 91 privind exploatarea sexuală, pornografia,

* Avocat în cadrul Baroului Iași, e-mail luizagache@yahoo.com.

prostituarea și traficul de copii și tineri adulți, politica penală a Consiliului Europei recunoscând problema traficului de persoane, în special femei și copii.

Beneficiind de sprijinul Grupului de experți în domeniul traficului de femei, aflat sub autoritatea Comitetului director pentru egalitatea între femei și bărbați, în 1992-1993, Consiliul Europei a identificat cele mai urgente domenii de acțiune în această materie, domenii care au fost structurate în Planul de acțiune împotriva traficului de femei. Acest Plan propune piste de reflexie și de cercetare în scopul de a formula, la adresa statelor membre, recomandări pe plan legislativ, judiciar și represiv al traficului de persoane; pe planul ajutorului, susținerii și reabilitării victimelor, precum și în ceea ce privește programele de prevenire a acestui fenomen infracțional¹.

Consiliul Europei a dus o politica constantă de încurajare a statelor membre în sensul elaborării unor planuri de acțiune naționale împotriva traficului de persoane, în special în Europa de Sud, în acest scop Consiliul pregătind în 1996 un plan de acțiune model împotriva traficului de persoane.

Cu ocazia Summit-ului de la Strasbourg din octombrie 1997, a fost adoptată declarația finală care consideră explicit că violența împotriva femeilor și orice formă de exploatare sexuală a femeilor reprezintă o amenințare pentru securitatea cetățenilor și a democrației în Europa.

În același sens, al unei lupte continue împotriva traficului de persoane, este și Convenția Consiliului Europei privind traficul de ființe umane, deschisă spre semnare la 16 mai 2005 la Varșovia, cu ocazia celui de-al treilea Summit al șefilor de stat și de guvern ai statelor membre ale Consiliului Europei², moment la care a fost înființat Grupul de experți pentru lupta împotriva traficului de ființe umane (GRETA) cu rolul de a monitoriza aplicarea Convenției de către părți.

Convenția Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea traficului de persoane a constituit un punct de reper pentru statele membre, care au transformat prevederile acesteia în reglementare internă.

Tot cu scopul prevenirii și combaterii traficului de persoane, protecției drepturilor fundamentale ale victimelor traficului de ființe umane, precum și al promovării cooperării internaționale în domeniul traficului de ființe umane, în septembrie 2006 a fost lansată Campania *Consiliului Europei asupra luptei împotriva traficului de ființe umane*, cu obiectivul de a atrage atenția, parlamentelor naționale, ONG-urile și societății civilă asupra dimensiunii reale a pericolului traficului de persoane în condițiile liberei circulații³.

1.2. Norme ale Uniunii Europene în combaterea traficului de persoane

Dispariția treptată a frontierelor interne evidențiază pericolul fenomenului de criminalitate organizată, impunându-se cu necesitate o acțiune comună a statelor în crearea de strategii adaptate și rapide, ca reacție eficientă împotriva fenomenului⁴.

¹ <http://www.coe.int/>

² România a ratificat Convenția Consiliului Europei privind lupta împotriva traficului de ființe umane prin Legea nr. 300/2006, publicată în M. Of. nr. 622 din 19 iulie 2006.

³ Urda O. A., *Reglementări europene și naționale în materia traficului de persoane*, în Rolul Europei într-o societate polarizată, Conferința Internațională de drept, studii europene și relații internaționale, Universitatea „Titu Maiorescu” – Facultatea de Drept, București 9-10 mai 2014, Ed. Hamangiu, p. 491.

⁴ Mihuț E. A., Moca D., *Metodica cercetării traficului de persoane*, în Revista Dreptul, nr. 4/2007. p. 174.

Acest fenomen se află sub controlul rețelelor criminale, fiind caracterizat prin dimensiunea sa internațională, utilizarea mijloace tehnologice moderne, piață extrem de rentabilă care și care constituie fundamentul corupției⁵.

Traficul de persoane reprezintă o infracțiune gravă, săvârșită adesea în contextul criminalității organizate, o încălcare gravă a drepturilor fundamentale, care este interzisă în mod explicit de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene⁶, prevenirea și combaterea traficului de persoane fiind o prioritate a Uniunii și a statelor membre.

În contextul internațional al preocupării pentru combaterea fenomenului de trafic de persoane, Uniunea Europeană a lansat un program comun anti-trafic, concretizat în diverse acte normative, în declarații, convenții și recomandări ale instituțiilor europene.

Traficul de persoane este definit în cadrul Convenției de la Palermo ca fiind „recrutarea, transportarea, transferarea, adăpostirea sau primirea unei persoane, prin amenințarea sau prin utilizare forței sau a altor forme de constrângere, prin răpire, prin escrocare, înșelăciune sau abuz de putere, prin utilizarea unei situații vulnerabile, prin darea ori primirea de bani sau foloase, pentru obținerea consimțământului unei persoane care are controlul asupra alteia, în scopul exploatării”⁷.

Includerea Capitolului VI – Justiție și Afaceri Interne în Tratatul de la Maastricht a reprezentat un pas semnificativ în crearea unui cadru pentru cooperarea în domeniul combaterii traficului de persoane⁸.

Un rol extrem de important în incriminarea traficului de persoane l-a avut Tratatul de la Amsterdam, statelor membre trasându-li-se obligația de a adopta măsuri legislative pentru aproximarea normelor penale naționale și a celor referitoare la cooperarea judiciară în domeniu⁹.

Declarația de la Bruxelles asupra prevenirii și combaterii traficului de persoane din septembrie 2002, rezultat al Conferinței europene referitoare la prevenirea și combaterea traficului de persoane, constituie primul instrument adoptat în materia traficului de persoane, care anticipa instituirea unei legislații proprii Uniunii Europene, dar și a unei strategii eficiente în reprimarea traficului de persoane¹⁰, reprezintă un moment de referință la nivelul Uniunii Europene în material luptei împotriva traficului de ființe umane.

Un document important adoptat în materia traficului de persoane îl constituie *Acțiunea comună adoptată de Consiliu în temeiul articolului K.3 al Tratatului Uniunii Europene, relativ la lupta contra traficului de ființe umane și a exploatării sexuale a copiilor*¹¹, adoptată cu scopul ca până la finalul anului 1999, statele membre să incrimineze în legislația națională traficul de persoane și să adopte normele procedurale necesare prevenirii și combaterii acestui fenomen infracțional.

⁵ Urda O. A., *op. cit.*, p. 489.

⁶ Art. 1 Directiva 2011/36/UE privind prevenirea și combaterea traficului de persoane și protejarea victimelor acestuia precum

⁷ Art. 2 Directiva 2011/36/UE privind prevenirea și combaterea traficului de persoane și protejarea victimelor acestuia precum și art. 4 din Convenția Consiliului Europei privind lupta împotriva traficului de persoane, conțin definiții asemănătoare.

⁸ Obokata T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 97.

⁹ Popescu A. I., *op. cit.*, p. 131.

¹⁰ Scarpa S., *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 195.

¹¹ Publicată în JOUE, L 63 din 04.03.1997.

Alte demersuri importante în lupta împotriva traficului de persoane sunt: Decizia nr. 779/2007/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 20 iunie 2007 de instituire, pentru perioada 2007-2013, a unui program special de prevenire și combatere a violenței împotriva copiilor, a tinerilor și a femeilor, precum și de protecție a victimelor și a grupurilor expuse riscurilor (programul Daphne III), ca parte a Programului general „Drepturile fundamentale și justiția”¹²; Directiva 2011/36/UE¹³ a Parlamentului European și a Consiliului privind prevenirea și combaterea traficului de persoane și protejarea victimelor acestuia, precum și de înlocuire a Deciziei-cadru 2002/629/JAI a Consiliului, ce are ca obiective principale prevenirea traficului de persoane și o mai bună protecție a victimelor.

2. Traficul de persoane – abordare națională

2.1. Cadrul legislativ

România, a elaborat și adaptat legislație internă, începând cu anul 2001, dezvoltând totodată structuri de luptă împotriva traficului de persoane, fără a ignora însă drepturile victimelor acestui fenomen¹⁴.

Primul act normativ din dreptul intern care abordează traficul de persoane ca formă distinctă de criminalitate și care incriminează activități susceptibile de a contribui la realizarea lui¹⁵ este reprezentat de Legea nr. 678/2001¹⁶ cu modificările și completările ulterioare, privind prevenirea și combaterea traficului de persoane.

Totodată, relevante sunt în această materie și dispozițiile constituționale prevăzute la art. 22 din Constituția României care protejează dreptul la viață, integritate fizică și psihică, precum și faptul că „nimeni nu poate să fi supus torturii și niciunui fel de pedeapsă sau tratament inuman sau degradant”, precum și la art. 23, 25, 39 și 49 alin. 3 din Constituția României¹⁷.

Un alt act normativ care vizează traficul de persoane este Legea nr. 39/2003 privind prevenirea și combaterea criminalității organizate¹⁸, lege care definește grupul infracțional organizat și care încadrează traficul de persoane și infracțiunile în legătură cu traficul de persoane în rândul infracțiunilor grave¹⁹.

Traficul de persoane este reglementat în Noul Cod Penal în cadrul Capitolului VII intitulat „Traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile” unde sunt incriminate următoarele fapte penale: sclavia (art. 209), traficul de persoane (art. 210), traficul de minori (art. 211), supunerea la muncă forțată sau obligatorie (art. 212), proxenetismul (art. 213), exploatarea cerșetoriei (art. 214), folosirea unui minor în scop de cerșetorie (art. 215) și folosirea serviciilor unei persoane exploatate (art. 216).

¹² Publicată în JOUE L 173/19 din 3.07.2007

¹³ Publicată în JOUE L 101/1 din 15.04.2011.

¹⁴ Urda O.A., op. cit., p. 489.

¹⁵ Elena-Ana Mihuț, Demian Moca, op. cit., p. 174.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 783 din 11 decembrie 2001.

¹⁷ Oltei I. G., *Traficul de persoane. cadrul juridic*, Revista de Drept Penal, nr. 2/2009, nr. XVI, Ed. R. A. Monitorul Oficial, București, 2009, p. 127.

¹⁸ Publicată în M. Of., Partea I, nr. 50 din 29 ianuarie 2003.

¹⁹ Art. 2 lit. b), pct. 12 din Legea nr. 39/2003 privind prevenirea și combaterea criminalității organizate.

2.2. Traficul de persoane și traficul de minori

Potrivit dispozițiilor art. 210 noul Cod penal, constituie infracțiunea de trafic de persoane, „recrutarea, transportarea, transferarea, adăpostirea sau primirea unei persoane în scopul exploatării acesteia, săvârșită: a) prin constrângere, răpire, inducere în eroare sau abuz de autoritate; b) profitând de imposibilitatea de a se apăra sau de a-și exprima voința ori de starea vădită de vulnerabilitate a acelei persoane; c) prin oferirea, darea, acceptarea sau primirea de bani ori de alte foloase în schimbul consimțământului persoanei care are autoritate asupra acelei persoane”.

Astfel, Noul Cod penal preia, cu unele modificări, dispozițiile referitoare la traficul de persoane din articolul 12 din Legea nr. 678/2001. Diferența dintre cele două reglementări vizează regimul sancționatoriu mult mai blând adoptat de noul Cod penal. De remarcat este faptul că sancțiunile prevăzute de noul Cod penal pentru săvârșirea infracțiunii de trafic de persoane nu sunt în concordanță cu politica în materie adoptată la nivel european.

Infracțiunea de trafic de minori este reglementată de art. 211 Cod penal, iar formele în care aceasta se regăsește sunt „recrutarea, transportarea, transferarea, adăpostirea sau primirea unui minor, în scopul exploatării acestuia”.

La o simplă analiză semantică, denumirile celor două fapte penale sunt contradictorii, în condițiile în care logic ar fi părut ca acestea să fie „traficul de persoane adulte” și „traficul de minori”²⁰.

În art. 216 Noul Cod penal incriminează folosirea serviciilor unei persoane exploatate, despre care beneficiarul știa că este victimă a traficului de persoane ori a traficului de minori, incriminare ce își găsește corespondent în art. 14¹ din Legea nr. 678/2001, urmărindu-se protejarea în primul rând a victimelor traficului de persoane²¹.

Principala critică adusă actualei reglementări a traficului de persoane este faptul că noul Cod penal nu a preluat decât o singură circumstanță agravantă din legea specială, și anume când traficul de persoane este săvârșit de un funcționar public în exercițiul atribuțiilor de serviciu. Celelalte agravante prevăzute de art. 12 alin. 2 și 3, Legea nr. 678/2001, și anume săvârșirea fetei de două sau mai multe persoane împreună; s-a cauzat victimei o vătămare gravă a integrității corporale sau a sănătății precum și cazul în care fapta a avut ca urmare moartea sau sinuciderea victimei, nu au mai fost prevăzute de noul Cod Penal.

Faptul că sancțiunile prevăzute în cazul ambelor infracțiuni, traficul de persoane și traficul de minori sunt asemănătoare, duce la concluzia că, practic, această diferențiere este inutilă. În acest sens, logic ar fi fost ca sancționarea traficului de minori să fie mai aspră, așa cum era prevăzută în vechea reglementare, având în vedere vulnerabilitatea crescută a victimei și mai ales impactul asupra dezvoltării ulterioare a copilului victimă a traficului de persoane²².

Prin faptul că nu există nicio diferență între tratamentul sancționatoriu al traficului de persoane și traficul de minori, diferență existentă în Legea nr. 678/2001, legiuitorul național nu a mai răspuns exigențelor legiuitorului european care dispune în art. 8 din Directiva aspectul potrivit căruia copiii sunt mai vulnerabili decât adulții și, prin urmare, sunt supuși unui risc mai mare de a deveni victime ale traficului de persoane. În aplicarea directivei, interesul superior al copilului trebuie să constituie preocuparea primordială, în

²⁰ Urda O.A., *op. cit.*, p. 495.

²¹ Toader T., *Infracțiuni contra persoanei*, în Noul Cod penal. Comentarii pe articole, Tudorel Toader, Maria-Ioana Michinici, Anda Crișu-Ciocântă,....., Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 373.

²² Urda O.A., *op. cit.*, p. 495.

conformitate cu Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene și cu Convenția Națiunilor Unite din 1989 privind drepturile copilului²³.

Consider necesară o revenire asupra acestei poziții, în condițiile în care traficul de minori este atât un fenomen de amploare, cât și având în vedere subiectul pasiv al acestei infracțiuni, minorii, persoane deosebit de vulnerabile și față de care societatea în ansamblul ei trebuie să manifeste o preocupare activă.

2.3. Protecția victimei

Victima traficului de persoane reprezintă persoana recrutată, transportată înăuntrul sau în afara unor frontiere, cumpărată, vândută, transferată, primită sau adăpostită de altă(e) persoană(e), prin folosirea inducerii în eroare, a constrângerii (inclusiv prin utilizarea amenințărilor sau abuzului de autoritate) sau cauzate de datorii, cu scopul aducerii sau menținerii ei, cu sau fără plată, într-o formă de aservire (sexuală, de reproducere sau lucru casnic), sau într-o formă de muncă forțată, de prelevare de organe, constrânsă sau nu de datorii în condiții asemănătoare sclaviei.

Incriminarea traficului de persoane nu trebuie constituie un factor prejudiciator pentru victimele acestui fenomen, ci trebuie să reprezinte în esență o restabilire a ordinii de drept. Acest aspect are relevanță nu doar sub aspectul protecției drepturilor omului, cât și a nevoii de a se trage la răspundere adevărații vinovați²⁴.

Directiva 2011/36/UE stabilește în art. 8 obligația statelor membre de a lua măsurile necesare pentru a se asigura că autoritățile lor competente au dreptul de a nu urmări penal sau de a nu impune sancțiuni victimelor traficului de persoane pentru implicarea lor în activități infracționale pe care au fost obligate să le săvârșească drept consecință directă a faptului că au făcut obiectul traficului de persoane.

Art. 20 din Legea nr. 678/2001 transpune aceste dispoziții și prevede faptul că „Persoana supusă traficului de persoane, care a săvârșit, ca urmare a exploatării sale, infracțiunea de trecere frauduloasă a frontierei unui stat ori donare de organe, țesuturi ori celule de origine umană nu se pedepsește pentru aceste infracțiuni.²⁵„

De subliniat este faptul că traficul de persoane are consecințe deosebit de grave (materiale și morale) pentru victime, consecințe de care nu se ține cont în cursul anchetelor și al urmăririi penale împotriva traficantilor. Tocmai de aceea, victimele care doresc să coopereze prin furnizarea de informații, ca martori, trebuie ajutate, încurajate și asistate permanent.

Copiii sunt categoria de victime cu vulnerabilitatea cea mai ridicată, devenind victime prin intervenția unor *factori de risc (de vulnerabilitate)*²⁶: resping normelor sociale și morale

²³ Art. 8 din Directiva 2011/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 5 aprilie 2011 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane și protejarea victimelor acestuia, precum și de înlocuire a Deciziei-cadru 2002/629/JAI a Consiliului.

²⁴ A se vedea: Giammarinaro M. G., *Comments on developments in the anti-trafficking legislation and legislative reform process (April – October 2003)* în Lara Project. Trafficking in human beings. Criminal law reform in south-eastern Europe. Proceeding of the final regional seminar Durrës, Albania, 30 october-1 november, 2003, p. 45; Urda O.A., op. cit., p. 497.

²⁵ Art. 20 alin. 2 din Legea nr. 678/2001 prevede faptul că Persoana supusă traficului de persoane care a săvârșit una dintre contravențiile prevăzute la art. 3 pct. 3 și 6 nu se sancționează, însă legiuitorul a omis să efectueze modificări în lege iar articolul 3 din lege nu conține aceste contravenții, prevede doar necesitatea prevenirii traficului de persoane prin acțiunile susținute a diverselor organisme naționale.

²⁶ I.C. Ichim, *Minorul – în reglementările europene*, Ed. Timpul, Iași, 2003, p. 14.

de contact ale mediului lor social, anumite istorii din viața lor, factori de stres (abuz sexual, tortură, maltratare).

Asistența și protecția copilului – victimă a traficului de ființe umane trebuie să fie cu totul specială, distinctă de a adulților din toate punctele de vedere: lege, politică, programe, acțiuni adoptate de instituții publice, private, tribunale²⁷.

O altă categorie de victime ale traficului de persoane este reprezentată de femei traficate cu scopul de a fi exploatate sexual, avându-și originea într-un abuz mintal și fizic din istoria lor de viață.

Cauzele ce îi ajută pe traficanți să își atingă scopurile sunt generate de habitatul fiecărei femei, educația și pregătirea socială, nevoile materiale și morale, vulnerabilitatea socială stând la baza factorilor de risc pentru fiecare femeie traficată, factori ce includ medii de familie abuzive, sprijin limitat, sărăcie, precum și visul oricărei femei de a avea un viitor mai bun.

Protecția victimelor traficului de ființe umane trebuie să se regăsească în măsurile luate în cursul procesului penal, cât și ulterior finalizării acestuia, dat fiind faptul că urmările unor asemenea infracțiuni asupra persoanelor-victime sunt grave și se perpetuează în timp.

2.4. Aspecte procedurale

Statele membre sunt îndatorate să asigure măsuri pentru ca victimele traficului să fie informate asupra procedurilor juridice și administrative aplicabile, pentru ca victimele să beneficieze de asistență de specialitate în diferitele stadii ale procedurii penale, astfel încât să nu se aducă prejudicii drepturilor apărării, pentru ca victimele traficului să poată fi restabilite din punct de vedere psihic, psihologic și social. Toate aceste măsuri pentru fi aduse la îndeplinire inclusiv prin cooperare cu organizațiile neguvernamentale și cu diferite elemente implicate ale societății civile.

În cursul procesului penal victimele traficului trebuie să beneficieze de sfaturi și informații privind drepturile pe care legea li le recunoaște, de reprezentare și asistare, în fața organelor de cercetare și în fața instanței de judecată, de acordarea timpului necesar pentru a-și pregăti apărarea, dar și de asistență medicală, psihologică și, nu în ultimul rând, materială.

Mai mult de atât, este imperios necesar să se țină cont de nevoile specifice ale copiilor-victime, pe care organele de anchetă nu îi pot aborda în aceeași manieră ca și pe victimele mature, astfel încât prevederile internaționale privind necesitatea de a se ține cont de vârsta, sexul și nevoile specifice ale victimelor traficului de ființe umane își găsesc aplicabilitatea și în această situație.

Victima traficului de ființe umane are calitatea de parte vătămată în procesul penal, ca persoană care a suferit prin fapta penală o vătămare fizică, morală sau material. Încă din acest moment, victima trebuie să beneficieze de asistență de specialitate, juridică, medicală sau psihologică, pentru a putea fi informată și a face față rigorilor impuse de anchetă.

Totodată, se impune crearea unui climat în care persoana intervievată să înceapă să aibă încredere în personalul cu care intră în relații și în deplină integritate profesională a acestuia. Comunicarea empatică implică abilități specifice, ce pot fi dobândite de anchetatori doar în cadrul unei formări profesionale continue și multilaterale, în deplină colaborare cu alte entități implicate (medicul, psihologul, asistentul social etc.)

²⁷ Raport al Înaltului Comisar ONU pentru Drepturile Omului către Consiliul Economic și Social, Principii recomandate și linii directoare cu privire la drepturile omului și traficului cu ființe umane.

În cursul procesului penal trebuie avut în vedere și faptul că, la fel și poate chiar mai mult decât în cazul altor infracțiuni, se impune interpelarea victimei cu privire la prejudicial material și moral suferit, în vederea soluționării și a laturii civile a cauzei.

Folosirea tehnicilor speciale de intervievare a victimei și mai ales a celei minore presupune o pregătire aparte a anchetatorului și colaborarea acestuia deplină cu ceilalți specialiști implicați. Noul Cod de procedură penală reglementează în mod expres, în art. 113, posibilitatea protecției persoanei vătămate și a părții civile atunci când există o suspiciune rezonabilă că viața, integritatea corporală, libertatea, bunurile sau activitatea profesională a acestuia ori a unui membru de familie ar putea fi în pericol pentru protecția vieții private sau a demnității.

Tot sub aspect procesual Noul Cod de procedură penală prevede în art. 148 posibilitatea utilizării investigatorilor sub acoperire sau cu identitate reală și a colaboratorilor, măsură ce poate fi dispusă de procurorul care supraveghează sau efectuează urmărirea penală în situația în care există suspiciunea rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea infracțiunii de trafic de persoane.

Principalele organe ale statului cu atribuții în domeniul prevenirii și combaterii traficului de persoane, separat sau în cooperare, au potrivit dispozițiilor din Legea nr. 678/2001, Ministerul Afacerilor Externe, Ministerul Muncii și Solidarității Sociale, Ministerul Administrației și Internelor, Ministerul Educației și Cercetării, Ministerul Sănătății și Familiei, Ministerul Justiției, Ministerul Public, Autoritatea Națională pentru Protecția Copilului și Adopție, Consiliile Județene, Consiliile Locale și alte instituții. Pe lângă aceste entități se pot implica în combaterea traficului de persoane și organizațiile neguvernamentale ori reprezentanți ai societății civile care, separat ori prin cooperare cu organisme similare sau instituții ale statului, pot desfășura activități în acest sens.

3. Concluzii

După intrarea în vigoare a Noului Cod penal, incriminarea și sancționarea traficului de ființe umane se realizează în mod unitar prin includerea unor noi dispoziții în Titlul I – „Infracțiuni contra persoanei”, Capitolul VII – „Traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile”, fapt ce s-a realizat prin preluarea majorității normelor de incriminare prevăzute de Legea nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane, dar cu stabilirea unui regim sancționator mai redus, caracteristică generală a pedepselor din actualul cod.

România a creat un cadru legislativ care cel puțin în aparență respectă exigențele europene în materie, atât ca mijloc represiv al fenomenului cât și ca instrument de lucru în domeniul protecției victimelor traficului de persoane, însă din punct de vedere calitativ, o parte importantă din aceste legi nu satisfac exigențele impuse de evoluția fenomenului traficului de persoane și nu oferă o protecție reală, eficientă și utilă pentru victime. Se impune astfel o mai bună coordonare a legislației interne cu reglementările adoptate la nivel internațional nu doar la nivelul formei, ci și la nivelul fondului, altfel cadrul legal este lipsit de eficacitate²⁸.

Bibliografie:

1. Giammarinaro Maria Grazia, Comments on developments in the anti-trafficking legislation and legislative reform process (April – October 2003) în Lara Project. Trafficking

²⁸ A se vedea și Urda O.A., *op. cit.*, p. 499.

in human beings. Criminal law reform in south-eastern Europe. Proceeding of the final regional seminar Durrës, Albania, 30 october-1 november, 2003

2. Ichim Cristinel, Minorul – în reglementările europene, Editura Timpul, Iași, 2003 Mihuş Elena Ana, Moca Demian, *Metodica cercetării traficului de persoane*, în Revista Dreptul, nr. 4/2007

3. Obokata Tom, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006

4. Olteî Iuliana Gabriela, *Traficul de persoane. cadrul juridic*, Revista de Drept Penal, nr. 2/2009, nr. XVI, Editura R. A. Monitorul Oficial, Bucureşti, 2009

5. Scarpa Silvia, *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2008

6. Toader Tudorel, *Infraţiuni contra persoanei*, în Noul Cod penal. Comentarii pe articole, Tudorel Toader, Maria-Ioana Michinici, Anda Crişu-Ciocântă,..., Editura Hamangiu, Bucureşti, 2014

7. Urda Olga Andreea, *Reglementări europene şi naţionale în materia traficului de persoane*, în Rolul Europei într-o societate polarizată, Conferinţa Internaţională de drept, studii europene şi relaţii internaţionale, Universitatea „Titu Maiorescu” – Facultatea de Drept, Bucureşti 9-10 mai 2014, Editura Hamangiu.

RĂSPUNDEREA PENALĂ PRIVIND FONDUL FORESTIER DIN PERSPECTIVA NOILOR CODURI

*Andrei-George VOINEA**

Abstract:

Due to passage of time it was required updates of normative acts, including the Civil code and the Criminal code. The new codes bring major changes in the environmental law, implicit responsibility for acts that damaged the forest fund.

According to the author the current situation and development prospects of forest fund awaken a lot of questions.

Alike, the role of forests for our society is complex and manifests socially, economically and politically. In line with the full value of forests and environmental expectations of analysts, the main function of forests in our country is ecological. At the same time, the author considers that neglecting the economic role, the inability of authorities to formulate and implement clear policies in this regard, without harming the ecological function, ultimately leads to very serious ecological balance disaster.

Keywords: *new codes, forest fund, protection, environment, criminal code*

Rezumat:

Datorită trecerii timpului au fost necesare actualizări ale actelor normative, printre care Codul civil, Codul de procedură civilă, Codul penal, Codul de procedură penală. Noile coduri aduc schimbări majore în privința dreptului mediului, implicit a răspunderii pentru faptele care au prejudiciat fondul forestier.

În opinia autorului situația actuală și perspectivele de dezvoltare a fondului forestier trezesc multe semne de întrebare.

Deopotrivă, rolul pădurilor este unul complex și se manifestă pe plan social, economic și politic. În conformitate cu structura valorii integrale a pădurilor și cu estimările specialiștilor din domeniul mediului, principala funcție a pădurilor din țara noastră este de ordin ecologic. Totodată, autorul consideră că neglijarea rolului economic, incapacitatea autorităților de a formula și implementa politici clare în acest sens, fără a dăuna funcției ecologice, în final poate avea urmări foarte grave pentru echilibrul ecologic.

Cuvinte-cheie: *răspundere; mediu; sancțiune; pădure; protejare*

1. Considerații generale

Intrarea în vigoare a noilor coduri a adus o serie de schimbări în mediul juridic românesc.

Datorită trecerii timpului au fost necesare actualizări ale actelor normative, printre care Codul civil, Codul de procedură civilă, Codul penal, Codul de procedură penală.

Adoptarea celor patru coduri constituie și îndeplinirea unor exigențe generate de aderarea României la Uniunea Europeană, la 1 decembrie 2007, precum și un pas înainte, în

* Drd., Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e_mail: voinea.andrey@gmail.com

dezvoltarea societății noastre, inclusiv prin promovarea și ocrotirea valorilor din domeniul mediului.

Noul Cod penal, cât și noul Cod de procedură penală au intrat în vigoare la 1 februarie 2014. Noul Cod penal, aduce schimbări semnificative și în materie de răspundere. Aceste schimbări au aplicabilitate și în dreptul penal al mediului.

În literatura juridică de specialitate s-a arătat că: „Înțelegerea particularităților răspunderii în materie de mediu presupune prezentarea, în prealabil, a unor noțiuni majore, definitorii pentru ramura de drept și aflate în strânsă legătură cu toate instituțiile juridice fundamentale ale sale. Este vorba de noțiunea juridică de „mediu”, recunoașterea și garantarea dreptului uman fundamental la un mediu sănătos și echilibrat, ecologic și precizarea locului dreptului mediului în contextul diviziunii clasice fundamentale a dreptului în drept public și drept privat. Prezente în diferite texte oficiale asemenea noțiuni și dimensiuni se află în conexiuni importante cu instituția fundamentală a răspunderii.”¹

Ideea unei incriminări generale transpare și își găsește expresii importante prin Directiva 2008/99/CE din 19 noiembrie 2008 privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal, care pornește de la ideea că respectarea legislației de mediu poate fi întărită prin existența sancțiunilor penale, ce reflectă o dezaprobare socială evidentă. Obiectul său declarat este acela de a stabili măsuri în legătură cu dreptul penal în vederea protejării mai eficace a mediului și a asigura o armonizare la nivelul legislațiilor statelor membre ale Uniunii Europene în ceea ce privește incriminările și sancțiunile aplicabile în materie de mediu, spre a se evita ca autorii acestor infracțiuni să profite de eventualele divergențe în reglementare. În fine, textul unional-european instituie cerința stabilirii unor sancțiuni (penale) „efective, proporționate și disuasive”, degajându-se astfel ideea că incriminarea penală ar putea îmbrăca un caracter preventiv accentuat.

„În dreptul intern, după dezamăgirile în domeniu provocate de noul Cod penal care ignoră practic semnificațiile penale ale problematicei ecologice, un progres notabil pe drumul cristalizării unei infracțiuni-tip, autonome de mediu l-a constituit consacrarea prin modificările și completările aduse de Legea nr. 187/2012 Legii nr. 535/2004 a infracțiunii de terorism ecologic [art. 32 (3) lit. b) și c)]. În ciuda insuficiențelor de până acum a intervenției penale în acțiunea de protecție a mediului, exprimate în caracterul parțial, relativ inadecvat al incriminărilor ori eficacitatea redusă a sancțiunilor, calea penală a ecologiei prezintă virtuți incontestabile de negăsit la alte forme de răspundere. Este vorba, în primul rând, de funcția de intimidare, prin pedeapsă a autorului potențial al infracțiunii de mediu și, ca urmare, efectul său preventiv. Caracterul infamat al procesului penal, cu atât mai mare cu cât este vorba de vătămările aduse unor valori ecologice și publicitatea deosebită a lui, amplificată de mass-media post-modernă sporește efectul disuasiv al măsurilor de natură penală. Astfel, dreptul penal apare ca fiind mai bine adaptat rolului preventiv-incitativ care domină acțiunea de protejare a mediului.

Desigur, mențiunea incriminărilor de mediu răspândite în art. 98 din O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului și în numeroasele reglementări sectoriale în materie ecologică, a caracterului lor preponderent de dependență de prescripțiile administrative și insuficienta adaptare la particularitățile domeniului afectează major eficiența intervenției penale în vederea protecției mediului.”²

¹ A se vedea: M. Duțu, A. Duțu, *Răspunderea în dreptul mediului*, Ed. Academiei Române, București, 2015, p. 37.

² M. Duțu, *Prefață la monografia „Introducere în dreptul penal al mediului”*, de M. Duțu, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. XVII-XVIII.

2. Răspunderea juridică

„Conduita ilicită constă într-o acțiune sau inacțiune contrară prevederilor normelor juridice, săvârșite de o persoană care are capacitatea de a răspunde pentru faptele sale. În principiu, încălcarea prevederilor normelor juridice atrage răspunderea juridică a persoanei vinovate.

Dintr-o perspectivă mai largă se poate aprecia că răspunderea juridică este o expresie specifică a ideii de responsabilitate socială în conformitate cu care, fiecare om trebuie să-și asume și să suporte consecințele faptelor sale. Oamenii trăiesc în societate și pe parcursul istoriei își câștigă diverse grade de libertate, dar aceasta nu înseamnă în niciun caz liber arbitru, a acționa după bunul plac. Fiecare individ trebuie să accepte și să permită libertatea altuia.

Răspunderea juridică poate fi definită ca un raport statornicit de lege, de normă juridică, între autorul încălcării normelor juridice și stat, funcționarii de stat sau alți agenți ai puterii publice. Conținutul acestui raport este complex, fiind format în esență din dreptul statului ca reprezentant al societății de a aplica sancțiunile prevăzute de normele juridice persoanelor care încalcă prevederile legale și obligația acestor persoane de a se supune sancțiunilor legale, în vederea restabilirii ordinii de drept.”³

3. Protecția mediului în noul Cod penal

Așa cum am relevat mai sus noul Cod penal (Legea nr. 286/2009 privind Codul penal) a intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014, acesta fiind pus în aplicare prin Legea nr. 187/2012.

Referitor la legislația privind protecția mediului, menționăm mai jos principalele modificări:

I. Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 195/2005 privind protecția mediului

1. Legea a modificat limitele sancțiunilor aplicabile în cazul comiterii unor fapte ce existau și înainte incriminate ca fiind infracțiuni. Un lucru diferit îl reprezintă infracțiunea de poluare prin evacuare, în atmosferă sau pe sol a unor deșeuri ori substanțe periculoase, în sensul că a fost eliminată (i) situația în care deșeurile erau eliminate în apă și sintagma „cu știință”. Principala consecință a modificării este aceea că fapta este, în momentul de față, este considerată infracțiune indiferent de forma de vinovăție cu care acționează faptuitorul.

2. Concomitent, au fost eliminate următoarele infracțiuni:

- nerespectarea restricțiilor sau interdicțiilor stabilite pentru protecția apei și a atmosferei, prevăzute de actele normative în vigoare

- folosirea de momeli periculoase și de mijloace electrice pentru protecția apei și a atmosferei, prevăzute de reglementările în vigoare. Se aplică și iazurilor, albiilor pâraielor ce aparțin fondurilor forestiere.

- nerespectarea restricțiilor și a interdicțiilor la vânat și pescuit ale unor specii protejate sau oprite temporar prin lege și în zonele cu regim de protecție integrală, potrivit reglementărilor specifice;

- aplicarea necorespunzătoare sau neluarea măsurilor de intervenție în caz de accident nuclear

- provocarea, cu știință, de poluare prin evacuarea sau scufundarea în apele naturale, direct sau de pe nave ori platforme plutitoare, a unor substanțe sau deșeuri periculoase.

³ I. Ceterchi, I. Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1998, p. 150

Deși nu mai sunt incriminate ca infracțiuni în condițiile legii speciale, aceste fapte pot fi în continuare încadrate ca infracțiuni ca și condiții generale stabilite de Codul penal.

4. Raspunderea privind fondul forestier din perspectiva noului Cod penal și noului Cod Silvic

Curtea Constituțională a României a statuat că principalul criteriu de particularizare a fasciculului de infracțiuni silvice îl reprezintă „obiectul juridic multiplu... constând în relațiile sociale menite să protejeze fondul forestier, ca factor esențial în menținerea calității mediului la un nivel optim.”⁴ O asemenea precizare pe calea jurisprudenței constituționale este de natură să contribuie la accentuarea dimensiunilor ecologice a reglementărilor silvice și afirmarea apartenenței dreptului penal forestier la dreptul penal al mediului.⁵ Exploatarea și, în general, gestiunea fondului forestier se face prin respectarea regimului silvic (înțeles drept sistem unitar de norme tehnice silvice, economice și juridice privind amenajarea, cultura, exploatarea, protecția și paza fondului forestier în scopul asigurării gestionării durabile, dominat de principii conform cărora fondul forestier constituie un bun de interes național, pluralității drepturilor de proprietate în privința sa, gestiunii durabile a pădurilor).

Valorile ocrotite prin mijloacele dreptului vizează astfel, în mod preponderent, funcția ecologică a pădurii și calitatea fondului forestier de factor esențial în menținerea calității mediului și, prin aceasta, a asigurării dreptului fundamental la un mediu sănătos și echilibrat ecologic.

O altă prevedere pozitivă, semnificativă în favoarea protecției mediului, a fost cuprinsă în art. 120 din Codul silvic (din păcate abrogată prin art. 202 pct. 7 din Legea nr. 187/2012) și stabilește că faptele prevăzute la art. 106-113 din respectivul act normativ „prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni, indiferent de modul și de mijloacele de săvârșire a faptei, de scopul urmărit, de împrejurările în care fapta a fost comisă, de urmarea produsă sau care s-ar fi putut produce, precum și de persoană și de conduită făptuitorului.” Această măsură, care face inaplicabile în materia infracțiunilor silvice prevederile art. 18¹ din Codul penal anterior privind fapta care nu prezintă pericolul social al unei infracțiuni, a fost menită deopotrivă să elimine practica aplicării abuzive a acestui articol și să sublinieze noua perspectivă a obiectului juridic al acestor infracțiuni, dominat de aspecte de ordin ecologic.

În fine, Codul silvic introduce noțiunea de „prejudiciu adus pădurii”, care se evaluează, indiferent de natură juridică a proprietății, potrivit regulilor stabilite de lege, de către personalul silvic împuternicit și se recuperează de ocolul silvic care asigură serviciile silvice sau administrarea pădurilor ori, după caz, de autoritatea publică centrală pentru finanțe publice, ca reprezentant al statului român [art. 105 alin. (2) și (4)]. Sumele reprezentând valoarea prejudiciului care se recuperează se distribuie în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

Printre faptele încriminate, se află: reducerea fondului forestier național fără respectarea dispozițiilor în materie [art. 106 (1)], schimbarea destinației obiectivului pentru care s-a obținut aprobarea de scoatere din fondul forestier național sau de ocupare a fondului forestier național, dacă schimbarea destinației se produce în termen de 5 ani de la aprobarea scoaterii din fondul forestier [art. 106 (2)], ocuparea fără drept, în întregime sau în parte, a unor suprafețe din fondul forestier național (art. 107 articol abrogat prin art. 202 pct. 1 din Legea nr. 187/2012), tăierea, ruperea, distrugerea, degradarea ori scoaterea din

⁴ Curtea Constituțională, Dec. nr. 755/2012, publicată în M. Of. nr. 717 din 22 octombrie 2012.

⁵ M. Duțu, A. Duțu, *op. cit.*, p. 286.

rădăcini, fără drept, de arbori, puieți sau lăstari din fondul forestier național și din vegetația forestieră situată pe terenuri din afară acestuia, indiferent de formă de proprietate (art. 108), pășunatul în pădurile sau în suprafețele de pădure în care acesta este interzis (art. 109), distrugerea, degradarea sau aducerea în stare de neîntrebuințare prin incendierea pădurilor, a perdelelor forestiere de protecție, a vegetației forestiere terenurile degradate ameliorate prin împăduriri, a jnepenișurilor și a vegetației forestiere din afara fondului forestier național (art. 111 abrogat prin art. 202 pct. 5 din Legea nr. 187/2012).

Ca o reacție în starea de infracționalitate din domeniul silvic și la particularitățile sale din ultimul timp, prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 59/2000 privind Statutul personalului silvic (aprobată, cu modificări, prin Lege nr. 427/2001), cuantumul pedepselor aplicate în cazul infracțiunilor săvârșite împotriva personalului silvic a fost majorat în mod considerabil. Astfel, potrivit art. 41 alin. (1) din respectivul act normativ, infracțiunile prevăzute la art. 180 (lovire sau alte violențe), art. 183 (lovire sau alte vătămări cauzatoare de moarte), art. 184 (vătămare corporală din culpă), art. 189 (lipsire de libertate în mod ilegal) din Codul penal, săvârșite asupra personalului silvic aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu sau în legătură cu acestea se sancționează cu pedepsele prevăzute de lege ale căror limite se majorează cu jumătate din cuantumul acestora. De asemenea, aceste infracțiuni, precum și infracțiunea de amenințare prevăzută de art. 193 C. pen. săvârșite împotriva soțului/soției, copiilor sau părinților personalului silvic în scop de intimidare sau de răzbunare pentru acte sau fapte îndeplinite în exercitarea atribuțiilor de serviciu, se sancționează cu pedepsele prevăzute de legea penală ale căror limite se majorează cu jumătate din cuantumul acestora [art. 41 alin. (2)].

Prin majorarea în acest mod a pedepsei nu se poate depăși limită maximă prevăzută în art. 53 pct. 1 lit. b) C. pen.

Totodată, omorul săvârșit asupra personalului silvic în condițiile stabilite de Codul penal la art. 175 alin. (1) lit. f) se pedepsește cu detenția pe viață (art. 42 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 59/2000). Din păcate, și în acest caz, prin dispozițiile art. 85 din Legea nr. 187/2012, art. 41-43 și 45 din O.U.G nr. 59/2000 privind Statutul personalului silvic se abrogă.⁶

5. Concluzii

Noile coduri aduc schimbări majore în privința dreptului mediului, implicit a răspunderii pentru faptele care au prejudiciat fondul forestier.

Situația actuală și perspectivele de dezvoltare a fondului forestier trezesc multe semne de întrebare.

Rolul pădurilor pentru societatea noastră este unul complex și se manifestă pe plan social, economic și politic. În conformitate cu structura valorii integrale a pădurilor și cu estimările specialiștilor din mediu, principala funcție a pădurilor din țară noastră este de ordin ecologic. Totodată, neglijarea rolului economic, incapacitatea autorităților de a formula și implementa politici clare în acest sens, fără a dăuna funcției ecologice, în final duce la urmări foarte grave pentru echilibrul ecologic. Gestionarea durabilă a fondului forestier presupune utilizarea valorificării concomitente cu eficiență maximă a tuturor funcțiilor pădurii: ecologice, sociale și economice. Prin urmare, autoritățile trebuie să angajeze discuții ample în societate cu implicarea specialiștilor din mediu, agricultură, silvicultură, turism, și din alte domenii pentru a clarifica și preciza prevederile din legislația silvică și politicile privind dezvoltarea pădurilor.

⁶ M. Duțu, *op. cit.*, p. 78-82.

PRINCIPIUL PREZUMȚIEI DE NEVINOVĂȚIE

Ion FLAMÂNZEANU*

Abstract:

The presumption of innocence is one of the basic principles of criminal proceedings.

Essentially presumption of innocence principle is that universal vocation, being one of fundamental human rights.

Presumption of innocence is the basis of modern criminal trial, proving a special relationship with the principle of fair criminal process as it is designed to protect the individual from government. The rule of law exists in every legal system establishes the presumption of innocence and the essence of existence, which translates the idea that the investigated or charged with an offense has the right to an independent and impartial judiciary whose tolerance should be the essential mark. It therefore aims mainly mood and attitude of the judge who must decide on a criminal charge, excluding categorically preconceptions and prejudices.

With the main source of inspiration Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1789, the promoters of the European Convention on Human Rights have devoted the second paragraph of Article 6 ECHR presumption of innocence: „Everyone charged with a crime is presumed innocent until proved guilty will be legally established”.

Keywords: principle, presumption, suspicious, probations, legality

Rezumat:

Prezumția de nevinovăție reprezintă unul din principiile de bază ale procesului penal.

În esență prezumția de nevinovăție, reprezintă acel principiu cu vocația universală, fiind unul din drepturile fundamentale ale omului.

Prezumția de nevinovăție constituie baza procesului penal modern, dovedind o relație deosebită cu principiul procesului penal echitabil, întrucât este destinată să protejeze individul față de autoritățile publice. Preeminența dreptului existentă în fiecare sistem, stabilește și esența existenței prezumției de nevinovăție, care se traduce prin ideea potrivit căreia cel cercetat sau acuzat de săvârșirea unei infracțiuni are dreptul la o justiție independentă sau imparțială a cărui toleranță trebuie să reprezinte marca esențială. Aceasta vizează, așadar, în principal, starea de spirit și atitudinea judecătorului care trebuie să se pronunțe în privința unei acuzații penale, excluzând, în mod categoric, ideile preconcepute și prejudecățile.

Având ca principală sursă de inspirație Declarația drepturilor omului și cetățenilor din 1789, promotorii Convenției Europene a Drepturilor Omului au consacrat alineatul al doilea al art. 6 din Convenția europeană prezumției de nevinovăție: «Orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită».

Cuvinte-cheie: principiu, prezumție, suspect, probe, legalitate

Înainte de a prezenta pe larg principiul prezumției de vinovăție, putem spune că, prin principiu se înțelege atât o cauză primă, un început, obârșie, origine, dar și ceea ce

* Cercetător științific gr. III la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române;

alcătuiește lucrurile materiale sau orice forță naturală care lucrează asupra corpurilor¹. Tot prin principiu, principii înțelegem „Element fundamental, idee, lege de bază pe care se întemeiază o teorie științifică, un sistem politic, juridic, o normă de conduită etc.”² Lato sensu, principiile își găsesc aplicabilitatea și în domeniile mecanicii, fizicii, astrologiei, chimiei, geodeziei etc.³

După cum se precizează în doctrina recentă, putem defini principiile generale de drept ca fiind prescripții fundamentale ce conțin idei esențiale ce trebuie să se regăsească în orice normă de drept, având un rol creator asupra fenomenului juridic, dar și condițional, prin aceea că ele conțin condițiile obiective ce trebuie să existe în orice lege.⁴

Înțelegem prin principiul prezumției de nevinovăție, acea situație în care persoana este considerată „a priori” nevinovată, până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare. Alături de celelalte drepturi fundamentale ale omului ca dreptul la viață, dreptul de a avea un trai decent, dreptul la muncă, la un mediu sănătos, la învățătură, cultură, educație și prezumția de nevinovăție este inserată atât în normele dreptului intern și internațional, și în prevederile legii fundamentale. Încercând o clasificare, se poate afirma că acest principiu este un principiu general de drept, cu valoare constituțională și cu funcție directe.⁵

În art. 23 alin. (1) din Constituție se menționează că „până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana este considerată nevinovată” mergând pe aceeași temă, noul Cod de procedură penală conține o reglementare mai extinsă decât prevederile expuse în constituție, și anume faptul că „este considerată nevinovată orice persoană până la stabilirea vinovăției printr-o hotărâre penală definitivă”⁶.

Făcând o trecere în revistă a principalelor direcții în care „acționează prezumția de nevinovăție” nu putem omite:

- faptul că aceasta garantează protecția persoanelor în procesul penal împotriva arbitrariului în stabilirea și tragerea la răspundere penală;
- este strâns legată de aflarea adevărului și dovedirea corectă a împrejurărilor de fapt ale cauzei, în așa fel încât vinovăția să fie stabilită cu certitudine;
- stă la baza tuturor garanțiilor procesuale legate de protecția persoanei în procesul penal, trebuie să existe acel principiu al egalității armelor, în sensul că suspectul sau inculpatul – nu trebuie să fie dezavantajat – nici față de părți și nici față de organele judiciare.

Practic vorbim despre așa numitul „izvor al dreptului la apărare” în situația în care acuzatul este prezumat nevinovat.

Prezumția de nevinovăție este garantată, de asemenea prin reglementarea principiului separației funcțiilor judiciare. Ca exemple elocvente, reținem postura în care magistratul judecă cauza deși inițial a avut calitatea de procuror și a efectuat acte de urmărire penală în cauză sau magistrat-judecător fiind s-a pronunțat în camera preliminară – prin soluție de netrimitere în judecată iar apoi continuă judecarea cauzei.

¹ Dicționarul explicativ al limbii române, Ed. Academiei Române, 1958, p. 103

² Dicționarul explicativ al limbii române, ed. a II-a, Ed. Univers enciclopedic, Institutul de lingvistică „Iorgu Iordan”, Academia Română, 1996, p. 850

³ Ion Flămânzeanu, *Răspunderea juridică*, Ed. „Pro Universitaria”, București, 2010, p. 34

⁴ Mihail Niemesch, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Hamangiu, București 2014, p. 62

⁵ A se vedea Mihail Niemesch, *op. cit.*, p. 63

⁶ *Codul de procedură penală*, comentarii pe articole, coordonator M. Udriou, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 1-13.

Atunci când acest principiu, este încălcat în sensul că, public este imputată vinovăția, fără să existe o condamnare definitivă, poate fi acționată în justiție pe calea răspunderii civile delictuale.

Este elocventă situația când CEDO⁷ a statuat faptul că s-a încălcat prezumția de nevinovăție prin neexercitarea dreptului la apărare a acuzatului. Ca o remarcă pozitivă, putem, reliefa faptul că nici Constituția și nici Codul de procedură penală nu fac referire expresă la condiția de persoană, în sensul de a fi exclusiv folosită numai în procesul penal, de unde deducția logică, că nu trebuie neapărat să fi suspect sau inculpat, pe cale de consecință nerespectarea principiului de nevinovăție, operează „erga omnes” deci incumbă atât autorităților judiciare și autorităților publice, obligații în acest sens⁸.

Prezumția de nevinovăție a fost criticată, printre alții și de școala pozitivistă, care pretindea o prezumție de vinovăție pentru infractorii așa-zisi „născuți și din obișnuință”⁹.

Prezumția de nevinovăție și reținerea doar a elementelor de fapt probate – în dubio pro reo – orice dubiu fiind în favoarea învinutului, sunt ridicate la rangul de principiu¹⁰.

Prezumția de nevinovăție reprezintă un principiu cu o vocație universală, fiind unul din drepturile fundamentale ale omului¹¹.

Dacă analizăm toate probele în dosar, putem constata că în multe situații există probe certe de vinovăție, atunci când bineînțeles sunt respectate celelalte norme, referitoare la administrarea acestora, aici fiind vorba în concret de respectarea principiului legalității, al loialității, deci prezumția de vinovăție nu are un caracter absolut, nefiind o prezumție absolută, ci una relativă¹².

Trebuie înlăturate întotdeauna metodele prin care se aduce atingere prezumției de nevinovăție în mod special amenințările, constrângerile atât fizice, cât și cele psihice, provocările etc.

În cadrul regulilor procedurale, prezumția de nevinovăție își găsește în cele mai multe situații aplicabilitatea ca garanție procedurală în materia probațiunii¹³.

Prezumția de nevinovăție reprezintă o garanție a protecției drepturilor persoanei în cadrul procesului penal, iar după stabilirea prin probe a vinovăției persoanei cercetate, prezumția va fi înlăturată, urmând a se pronunța o hotărâre de condamnare¹⁴. Relativitatea prezumției derivă din faptul că – ea este operantă – în situația în care cum e și firesc din analiza probelor existente la dosar – nu s-a dovedit vinovăția persoanei sau persoanelor cercetate.

Atunci când din primele cercetări există date, indicii că sunt întrunite elementele constitutive ale unei infracțiuni sau unor infracțiuni, deci rezultă vinovăția inculpatului – procesul penal continuă, prin trimiterea în faza de judecată – și condamnarea panală de către instanță, la început în primă instanță iar apoi urmând căile de atac până când hotărârea devine definitivă. În ceea ce privește Declarația universală a drepturilor omului, adoptată de Adunarea Generală ONU la 10 decembrie 1948, aceasta cuprinde dispoziții în art. 6, paragraful 2 foarte clare cu referire expresă la prezumția de nevinovăție – stipulând

⁷ CEDO – Minelli – c. Elveției – Hotărârea din 25 martie 1983, paragraful 37.

⁸ A se vedea în acest sens *Codul de procedură penală*, op. cit., p. 12.

⁹ R. Merle, A. Vitu, t. II, *Procedura penale*, 1979, p. 339 și urm.

¹⁰ Ion Craiovan, *Tratat elementar de teoria generală a dreptului*, Curs universitar, Ed. All Beck, Buc., 2001, p. 210

¹¹ Ion Flămânzeanu, op. cit., p. 60.

¹² S. Guinchard, I. Buisson, *Procedura penale*, Litec, Paris, p. 7, 2008;

¹³ Gh. Mateuț, *Tratat de procedură penală partea generală*, vol. I, Ed. CH Beck, București, 2007, p. 167.

¹⁴ Petre Buneci, *Drept procesual penal*, Curs universitar, Ed. Pinguin Book, București, 2004, p. 28.

că „orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată inocentă până când vinovăția sa va fi legal stabilită”.

Consecințele principale ce decurg din acest text privesc organele judiciare ce trebuie să facă dovada imparțialității în întreaga lor activitate, și să salvgardeze drepturile procesuale ale acuzatului. În ceea ce îl privește pe acuzat, acesta are dreptul de a propune probe în apărarea sa și de a nu depune mărturie contra sa. Acest lucru fiind stipulat expres și în art. 14 paragraful 3 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice. Din principiul european al prezumției de nevinovăție și al dreptului la tăcere decurg, în mod direct următoarele reguli – sarcina probei incumbă părții urmăritoare – îndoiala profită acuzatului – dreptul acuzatului de a adopta o atitudine pasivă – interdicția recurgerii la detenția preventivă pentru a exercita o represiune imediată.

În mod logic, înscrierea prezumției de nevinovăție, ca regulă de bază a procesului penal, implică perfecționarea tuturor, instituțiilor procesuale în care este evocată necesitatea existenței probelor de vinovăție și, dacă va fi nevoie, vor fi introduse noi instituții care să contribuie la amplificarea rezonanțelor acestui principiu fundamental în desfășurarea procesului penal.¹⁵

Ca principiu fundamental al procesului penal și unele instituții de bază ale acestora.

Prezumția de nevinovăție are implicații și în soluțiile pe care le poate pronunța, instanța de judecată, în recunoașterea unui efect suspensiv de executare pentru căile de atac ordinare, în caracterul de excepție al măsurilor preventive.

În cursul procesului penal, suspectul, la fel ca și inculpatul, au dreptul de a nu da nicio declarație, au dreptul de a propune administrarea de probe în condițiile prevăzute de lege, de a ridica excepții, precum și dreptul de a pune concluzii. Ca urmare, respectând principiul de nevinovăție în corelație cu principiul legalității, organele judiciare au obligația de a depune toate diligențele posibile, pentru administrarea întregului probatoriu ce ține atât de stabilirea vinovăției, cât și a nevinovăției suspectului sau inculpatului, precum și obligația de a interpreta și aprecia cu maximă responsabilitate măsurile întreprinse, probele administrate în cauză, precum și temeinicia deciziilor luate pe baza convingerilor intime astfel formulate.

Respectarea strinctă a acestui principiu asigură posibilitatea stabilirii vinovăției unei persoane doar pe baza probelor în cadrul unui proces penal civilizat în care sunt excluse abuzurile și erorile judiciare.¹⁶

Atunci când totuși se încalcă acest principiu, actele întocmite nu sunt nule, însă cum am mai precizat conform Noului Cod civil art. 1339 și 1357, când se aduce atingere onoarei și reputației, intervine răspunderea delictuală. Protecția prezumției de nevinovăție ca drept subiectiv este realizată și prin incriminarea inducerii în eroare a organelor judiciare – art. 268 NCPP.

În ceea ce privește problematica puțin spinoasă a ziariștilor – aceștia trebuie să informeze publicul în legătură cu dosarele pe rol, încât să nu fie adusă atingere principiului de nevinovăție. Întreaga mass-media trebuie să informeze corect opinia publică, toate

¹⁵Ion Neagu, *Tratat de procedură penală – partea generală* – Ed. Universul Juridic – București – 2008, p. 81 și urm.

¹⁶Elisabeta Boțian *Drept procesual penal* – Note de curs, Ed. Burg, Sibiu, 2004, p. 16-23; În același sens a se vedea și Theodor Mrejeru, Bogdan Mrejeru „Principii fundamentale ale dreptului procesual penal – Garantarea libertăților persoanelor, Prezumția de nevinovăție. Egalitatea persoanelor în procesul penal – Ed. Universitară București, 2008, p. 61-70.

comunicatele, informațiile, știrile ce privesc procedurile penale trebuie să nu aducă atingere prezumției de nevinovăție.

Parlamentul European și Consiliul UE au adoptat la ultima sesiune plenară desfășurată miercuri 20 ianuarie 2016, la Strasbourg – Directiva pentru consolidarea anumitor aspecte privind prezumția de nevinovăție și dreptul persoanei de a fi prezentă în fața instanței în timpul procedurilor penale. Articolele (3)-(5) din Directivă obligă statele membre să-și ia măsuri pentru a se asigura că autoritățile publice nu se referă la persoanele suspectate sau acuzate ca fiind vinovate, înainte ca vinovăția acestora să fie legal stabilită, printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Bibliografie:

1. Dicționarul explicativ al limbii române, Ed. Academiei Române, 1958, p. 103
2. Dicționarul explicativ al limbii române, ed. a II-a, Ed. Univers enciclopedic, Institutul de lingvistică „Iorgu Iordan”, Academia Română, 1996, p. 850
3. Ion Flămânzeanu, *Răspunderea juridică*, Ed. „Pro Universitaria”, București, 2010, p. 34
4. Mihail Niemesch, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Hamangiu, București 2014, p. 62
5. A se vedea Mihail Niemesch, *op. cit.*, p. 63
6. *Codul de procedură penală*, comentarii pe articole, coordonator M. Udrioiu, Ed. C.H. Beck, București, 2015, pag.1-13.
7. CEDO – Minelli – c. Elveției – Hotărârea din 25 martie 1983, paragraful 37.
8. A se vedea în acest sens *Codul de procedură penală*, *op. cit.*, p. 12.
9. R. Merle, A. Vitu, t. II, *Procedura penale*, 1979, p. 339 și urm.
10. Ion Craiovan, *Tratat elementar de teoria generală a dreptului*, Curs universitar, Ed. All Beck, Buc., 2001, p. 210
11. Ion Flămânzeanu, *op. cit.*, p. 60.
12. S. Guinchard, I. Buisson, *Procedura penale*, Litec, Paris, p. 7, 2008;
13. Gh. Mateuț, *Tratat de procedură penală partea generală*, vol, Ed. CH Beck, București, 2007, p. 167.
14. Petre Buneci, *Drept procesual penal*, Curs universitar, Ed. Pinguin Book, București, 2004, p. 28.
15. Ion Neagu, *Tratat de procedură penală – partea generală* – Editura Universul juridic – București – 2008, p. 81 și urm.
16. Elisabeta Boțian, *Drept procesual penal – Note de curs*, Ed. Burg, Sibiu, 2004, p. 16-23; În același sens a se vedea și Theodor Mrejeru, Bogdan Mrejeru „ Principii fundamentale ale dreptului procesual penal – Garantarea libertăților persoanelor, Presupunerea de nevinovăție. Egalitatea persoanelor în procesul penal – Editura Universitară București, 2008, p. 61-70.

ARESTUL LA DOMICILIU ÎN LUMINA NOULUI COD DE PROCEDURĂ PENALĂ

George COCA*

Abstract:

House arrest is a preventive measure prevayuta new Criminal Procedure Code. Acasta preventive measure may be ordered only in certain cases and under certain conditions. The essential difference lies in front of remand detention place that is domiciled. Timul on house arrest accused is required to follow rules set by the supervisory body.

Keywords: *Criminal Procedure Code, arrest domiciliu preventive measures, prosecutor, judge, Room preliminary judge rights and fundamental freedoms, the court indicted*

1. Introducere

Ca noutate absolută pentru legislația procesual penală românească, în NCPP există reglementarea unei noi măsuri preventive, respectiv arestul la domiciliu, temă pe care prezentul studiu și-a propus să o analizeze. Legiuitorul român reglementează arestul la domiciliu în cadrul Secțiunii a V-a (art. 218-222 NCPP), din Titlul V intitulat „Măsurile preventive și alte măsuri procesuale”.

Legiuitorul român s-a inspirat în reglementarea măsurii preventive a arestului la domiciliu din Codul de procedură penală italian¹. O reglementare similară întâlnim și în Codul de procedură penală francez, cu precizarea că, în acest caz, consemnarea la domiciliu sau reședința fixată de judecătorul de instrucție ori de judecătorul de libertăți este însoțită în mod obligatoriu de supravegherea electronică a celui acuzat.

Conform art. 221 alin. (1) NCPP, măsura arestului la domiciliu constă în obligația impusă inculpatului, pe o perioadă determinată, de a nu părăsi imobilul unde locuiește, fără permisiunea organului judiciar care a dispus măsura sau în fața căruia se afla cauza și de a se supune unor restricții stabilite de acesta.

Spre deosebire de măsura arestării preventive, în cazul arestului la domiciliu, inculpatul nu va avea programul zilnic determinat potrivit unui regulament, nu va avea limitări în privința accesului la bani, la telefon, la mijloace de informare și comunicare, nu va fi păzit 24 de ore din 24, nu va avea nevoie de permisiunea de a fi vizitat, iar vizitele din partea cunoscuților nu trebuie să se desfășoare după un anumit program.

Importanța studiului este conferită de noutatea acestei instituții procesual penale, de natură să nască controverse în doctrină și în jurisprudență. De asemenea, această instituție are și o relevanță deosebită în planul dreptului procesual penal, atât pe plan teoretic, cât și pe plan practic.

Obiectivele vizate de prezentul studio sunt acelea de a aduce în atenție această nouă instituție procesual penală, de a prezenta aspecte teoretice și practice despre arestul la domiciliu și de a expune care a fost motivul legiuitorului în reglementarea acestei instituții

* Conf. univ. dr., Universitatea Spiru Haret București, Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative; e-mail: georgecoca59@yahoo.com

¹ I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedura penală, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, 632.

noi. Prin introducerea acestei instituții se urmărește lărgirea posibilităților de individualizare a măsurilor preventive, în raport de gradul de pericol al infracțiunii, scopul măsurii și circumstanțele personale ale făptuitorului.

Modalitatea prin care se va răspunde obiectivelor asumate va fi una argumentată, bazată pe o analiză a literaturii de specialitate din domeniu, precum și a jurisprudenței relevante prin care au fost dezlegate anumite chestiuni de drept cu privire la instituția arestului la domiciliu.

Chiar dacă această instituție este introdusă în dreptul procesual penal românesc prin dispozițiile NCPP intrat în vigoare la 1 februarie 2014, această măsură preventivă a constituit obiectul a numeroase studii de specialitate, datorită importanței sale.

2. Conținutul lucrării

2.1. Condițiile și cazurile în care se poate dispune măsura arestului la domiciliu

Pentru a se dispune măsura arestului la domiciliu, trebuie a fi îndeplinite condițiile generale prevăzute în art. 202 NCPP, cât și cele specifice arestării preventive, prevăzute de art. 223 NCPP.

Prin urmare, pentru a se putea dispune față de inculpat măsura arestului la domiciliu, trebuiesc întrunite cumulative următoarele condiții:

1. *Să existe probe sau indicii temeinice din care rezultă suspiciunea² rezonabilă³ că o persoană a săvârșit o infracțiune.*

Cu privire la această primă condiție, suspiciunea rezonabilă nu este definită în legislația procesual penală internă. Accepțiunea noțiunii „suspiciune rezonabilă” este dată de jurisprudența CEDO, și anume aceea de existență a unor date, informații care să convingă un observator obiectiv și imparțial că este posibil ca o persoană să fi săvârșit o infracțiune⁴.

2. *Măsura arestului la domiciliu să fie necesară în scopul asigurării bunei desfășurări a procesului penal, al împiedicării sustragerii inculpatului de la urmărirea penală sau de la judecată ori al prevenirii săvârșirii unei alte infracțiuni.*

3. *Măsura arestului la domiciliu trebuie să fie proporțională cu gravitatea acuzației adusă persoanei față de care este luată și necesară pentru realizarea scopului urmărit prin dispunerea acesteia.*

4. *Să nu existe o cauză care împiedică punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale⁵.*

² Potrivit DEX, Ed. Universul Enciclopedic, p. 1048 – lipsă de încredere în cineva, îndoială în ceea ce privește corectitudinea, legalitatea faptelor sau onestitatea intențiilor cuiva, bănuială, neîncredere

³ Potrivit DEX, Ed. Universul Enciclopedic, p. 926 – care are o judecată sau o comportare rațională, cumpănit, cuminte, care se menține în limite normale, obișnuite, care nu are nimic ieșit din comun, fără exagerări, cumpătat,

⁴ N. Volonciu, A. S. Uzlău, *Noul Cod de procedura penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, 482.

⁵ Art. 16 NCPP

Cazurile care împiedică punerea în mișcare și exercitarea acțiunii penale

(1) Acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare, iar când a fost pusă în mișcare nu mai poate fi exercitată dacă:

- a) fapta nu există;
- b) fapta nu este prevăzută de legea penală ori nu a fost săvârșită cu vinovăția prevăzută de lege;
- c) nu există probe că o persoană a săvârșit infracțiunea;
- d) există o cauză justificativă sau de neimputabilitate;
- e) lipsește plângerea prealabilă, autorizarea sau sesizarea organului competent ori o altă condiție prevăzută de lege, necesară pentru punerea în mișcare a acțiunii penale;
- f) a intervenit amnistia sau prescripția, decesul suspectului ori al inculpatului persoană fizică sau s-a dispus radierea suspectului ori inculpatului persoană juridică;

Chiar dacă această condiție negativă a fost verificată și la momentul punerii în mișcare a acțiunii penale, se impune a fi verificată din nou la momentul în care organul judiciar este chemat a dispune în legătură cu măsura preventivă a arestului la domiciliu.

5. *Să nu existe suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune asupra unui membru de familie*⁶.

Deși prin această condiție⁷, se pare că textul vrea să ne trimită la un capitol autonom din Noul Cod Penal, respectiv capitolul III al NCP (art. 199-200), intitulat infracțiuni săvârșite asupra unui membru de familie, în realitate considerăm că nu trebuie să ne raportăm strict la cele două infracțiuni prevăzute de Codul Penal, ci la orice infracțiune săvârșită asupra unui membru de familie. De exemplu, dacă s-a săvârșit infracțiunea de viol împotriva unui soț sau rudă în linie directă sau agresiune sexuală, act sexual cu un minor, o situație de rele tratamente aplicate minorului, trafic de persoane care privesc membrii de familie, în toate aceste situații având în vedere că subiectul pasiv calificat al acestor infracțiuni constituie un membru de familie, se va aplica interdicția de luare a măsurii arestului la domiciliu atunci când s-a săvârșit o infracțiune asupra unui membru de familie.

Tot cu privire la această condiție negativă, în practică ar putea apărea următoarea problemă: procurorul în dosarul în care propune luarea măsurii arestului la domiciliu să nu existe suspiciunea rezonabilă că a fost săvârșită o infracțiune asupra unui membru de familie, ci orice altă infracțiune, însă în altă cauză, conexă, inculpatul să fie anchetat sub aspectul săvârșirii unei fapte prevăzute de legea penală contra unui membru al familiei. În acest caz din urmă, subzistă interdicția luării măsurii arestului la domiciliu.

6. *Inculpatul să nu fi fost anterior condamnat definitiv pentru infracțiunea de evadare.*

Referitor la această condiție, putem constata o omisiune a legiuitorului. Raportându-ne la art. 202 alin. (3) care prevede faptul că „Orice măsură preventivă trebuie să fie proporțională cu gravitatea acuzației adusă persoanei față de care este luată și necesară pentru realizarea scopului urmărit prin dispunerea acesteia”, legiuitorul trebuia să aibă în vedere că se impunea această condiție negativă și pentru săvârșirea infracțiunii de înlesnire a evadării și de neexecutare a sancțiunilor penale. De precizat că în legătură cu infracțiunea de neexecutare a sancțiunilor penale prevăzută de art. 288 NCP ne raportăm strict la alineatul 2 al prezentului articol care prevede faptul că „sustragerea de la executarea unei măsuri educative privative de libertate prin părăsirea fără drept a centrului educativ sau a

g) a fost retrasă plângerea prealabilă, în cazul infracțiunilor pentru care retragerea acesteia înlătură răspunderea penală, a intervenit împăcarea ori a fost încheiat un acord de mediere în condițiile legii;

h) există o cauză de nepedepsire prevăzută de lege;

i) există autoritate de lucru judecat;

j) a intervenit un transfer de proceduri cu un alt stat, potrivit legii.

⁶ *Infracțiuni săvârșite asupra unui membru de familie*

Art. 199 NCP Violența în familie

(1) Dacă faptele prevăzute în art. 188, art. 189 și art. 193-195 sunt săvârșite asupra unui membru de familie, maximul special al pedepsei prevăzute de lege se majorează cu o pătrime.

(2) În cazul infracțiunilor prevăzute în art. 193 și art. 196 săvârșite asupra unui membru de familie, acțiunea penală poate fi pusă în mișcare și din oficiu. Împăcarea înlătură răspunderea penală.

Art. 200 NCP – Uciderea ori vătămarea nou-născutului săvârșită de către mamă

(1) Uciderea copilului nou-născut imediat după naștere, dar nu mai târziu de 24 de ore, săvârșită de către mama aflată în stare de tulburare psihică se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani.

(2) Dacă faptele prevăzute în art. 193-195 sunt săvârșite asupra copilului nou-născut imediat după naștere, dar nu mai târziu de 24 de ore, de către mama aflată în stare de tulburare psihică, limitele speciale ale pedepsei sunt de o lună și, respectiv, 3 ani.

⁷ M. Udriou, *Conferințele INM-Noul Cod de procedură penală-2014*, www.inm-lex.ro

centrului de detenție ori prin neprezentarea după expirarea perioadei în care s-a aflat legal în stare de libertate” fiind vorba tot de o evadare.

Profesorul Nicolae Volonciu apreciază faptul că, în cazul în care pentru infracțiunea de evadare anterior comisă inculpatul a fost reabilitat, ca efect al reabilitării, nu i s-ar putea refuza accesul la măsura preventivă a arestului la domiciliu, întrucât, conform prevederilor art. 169 alin. (1) NCP „reabilitarea face să înceteze decăderile și interdicțiile, precum și incapacitățile care rezultă din condamnare.”

7. Inculpatul trebuie audiat, în prezența avocatului ales sau desemnat din oficiu

8. Să se constate îndeplinirea condițiilor prevăzute în art. 223

Astfel, conform art. 233 NCPP, trebuie să existe probe din care să rezulte suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune și există una dintre următoarele situații: inculpatul a fugit sau s-a ascuns, în scopul de a se sustrage de la urmărirea penală sau de la judecată, ori a făcut pregătiri de orice natură pentru astfel de acte; inculpatul încearcă să influențeze un alt participant la comiterea infracțiunii, un martor ori un expert sau să distrugă, să altereze, să ascundă ori să sustragă mijloace materiale de probă sau să determine o altă persoană să aibă un astfel de comportament; inculpatul exercită presiuni asupra persoanei vătămate sau încearcă să realizeze o înțelegere frauduloasă cu aceasta; există suspiciunea rezonabilă că, după punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, inculpatul a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune sau pregătește săvârșirea unei noi infracțiuni.

De asemenea, măsura poate fi luată dacă din probe rezultă suspiciunea rezonabilă că acesta a săvârșit o infracțiune intenționată contra vieții, o infracțiune prin care s-a cauzat vătămarea corporală sau moartea unei persoane, o infracțiune contra securității naționale prevăzută de Codul penal și alte legi speciale, o infracțiune de trafic de stupefiante, trafic de arme, trafic de persoane, acte de terorism, spălare a banilor, falsificare de monede ori alte valori, șantaj, viol, lipsire de libertate, evaziune fiscală, ultraj, ultraj judiciar, o infracțiune de corupție, o infracțiune săvârșită prin mijloace de comunicare electronică sau o altă infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani ori mai mare⁸ și, pe baza evaluării gravității faptei, a modului și a circumstanțelor de comitere a acesteia, a anturajului și a mediului din care acesta provine, a antecedentelor penale și a altor împrejurări privitoare la persoana acestuia, se constată că privarea sa de libertate este necesară pentru înlăturarea unei stări de pericol pentru ordinea publică.

2.2. Organele investite cu luarea măsurii preventive a arestului la domiciliu

În cazul arestului la domiciliu, măsura se dispune de judecătorul de drepturi și libertăți, în cursul urmăririi penale, de judecătorul de cameră preliminară în cursul procedurii de cameră preliminară și de instanța de judecată, în cursul fazei de judecată.

2.3. Luarea măsurii arestului la domiciliu în fază de urmărire penală

Măsura se dispune în cursul urmăririi penale de către judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța care i-ar reveni competența să judece în primă instanță sau de la instanța corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află locul unde s-a constatat săvârșirea infracțiunii ori sediul parchetului din care face parte procurorul care

⁸ Facem precizarea că se poate lua măsura arestului la domiciliu și chiar a arestului preventiv în cazul în care forma de vinovăție este culpa, spre exemplu uciderea din culpă pentru care maximul pedepsei poate fi de 7 ani.

efectuează sau supraveghează urmărirea penală⁹, deci suntem în prezența unei competențe alternative. În comparație cu instituția măsurii arestării preventive, legiuitorul nu reglementează și competența teritorială a instanței în a cărei circumscripție se află locul de deținere, adică domiciliul celui arestat.

Este doar o omisiune a legiuitorului, întrucât măsura arestului la domiciliu se poate lua și față de inculpatul aflat în stare de reținere.

Procurorul sesizează judecătorul de drepturi și libertăți, pentru luarea măsurii arestului la domiciliu, prin referat, acesta având deplina libertate în a decide căruia dintre judecătorii de drepturi și libertăți îi va trimite sesizarea.

Procurorul va sesiza judecătorul în vederea dispunerii acestei măsuri atunci când apreciază a fi îndeplinite condițiile prevăzute de art. 218 NCPP prezentate mai sus. Acesta, la rândul său, va formula cererea din oficiu sau la propunerea organelor de urmărire penală.

Judecătorul de drepturi și libertăți, în afară de sesizarea directă din partea procurorului cu propunerea de luare a măsurii arestului la domiciliu, acesta mai poate lua această măsură și în următoarele cazuri:

- atunci când este sesizat de procuror cu propunerea de luare sau prelungire a măsurii arestului preventiv, pe care o respinge, dispunând din oficiu, luarea unei măsuri preventive mai ușoare, cum ar fi arestul la domiciliu;
- în cazul înlocuirii măsurilor preventive ale controlului judiciar sau a controlului judiciar pe cauțiune cu arestul la domiciliu;
- atunci când este sesizat cu o solicitare a inculpatului de revocare sau înlocuire a măsurii arestării preventive;
- în cadrul procedurii de soluționare a contestației împotriva încheierilor prin care se dispune asupra măsurilor preventive în cursul urmăririi penale.

Pentru dispunerea măsurii arestării la domiciliu, procedura prevăzută de lege este următoarea: procurorul întocmește referatul cu propunerea de luare a măsurii arestului la domiciliu, pe care îl înaintează, împreună cu dosarul cauzei, judecătorului de drepturi și libertăți competent. Cu privire la dosarul cauzei putem constata o incongruență¹⁰ prin raportare la art. 287 alin. 2 NCPP, care prevede că „în cazurile în care procurorul sesizează judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară ori alte autorități prevăzute de lege, în vederea soluționării propunerilor ori cererilor formulate în cursul urmăririi penale, va înainta copii numerotate și certificate de grefa parchetului de pe actele dosarului ori numai de pe cele care au legătură cu cererea sau propunerea formulată. Organul de urmărire penală păstrează originalul actelor, în vederea continuării urmăririi penale”. Cea mai potrivită soluție pentru o atare situație ar fi ca atunci când judecătorul de drepturi și libertăți constată că dosarul cauzei nu este complet, acesta să facă o cerere către parchet prin care ulterior să fie complinite lipsurile.

Judecătorul de drepturi și libertăți fixează termen de soluționare în cameră de consiliu, în interiorul unui interval de maxim 24 de ore de la înregistrarea propunerii procurorului la instanță. Inculpatul trebuie citat, pentru termenul de soluționare, și, de asemenea, trebuie anunțat și apărătorul ales sau desemnat unul din oficiu, asistența juridică fiind obligatorie¹¹.

⁹ B. Micu, *Procedura penală. Curs pentru admitere în magistratura și avocatură*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 141-142.

¹⁰ M. Udroi, *Conferințele INM-Noul Cod de procedură penală-2014*, www.inm-lex.ro

¹¹ Art. 90 NCPP – *Asistența juridică obligatorie a suspectului sau a inculpatului*
Asistența juridică este obligatorie:

De asemenea, procurorul competent trebuie înștiințat pentru a participa la ședința de judecată. Doar prezența apărătorului inculpatului și a procurorului sunt obligatorii, în schimb absența inculpatului nu împiedică soluționarea propunerii.

La soluționarea propunerii de luare a măsurii arestului la domiciliu, în măsură în care inculpatul se prezintă la termenul fixat, audierea lui de către judecătorul de drepturi și libertăți este obligatorie. Anterior audierii, inculpatului trebuie să i se aducă la cunoștință drepturile și obligațiile procesuale, fapta prevăzută de legea penală pentru săvârșirea căreia este acuzat, cât și motivele pentru care se solicită luarea măsurii arestului la domiciliu.

După dezbaterile cu privire la luarea măsurii preventive, judecătorul de drepturi și libertăți va delibera, deliberarea fiind consemnată în cuprinsul minutei, minuta fiind obligatorie conform dispozițiilor art. 400 alin. (2) NCPP și se va întocmi în două exemplare originale. Pronunțarea soluției va fi realizată în cameră de consiliu.

Judecătorul de drepturi și libertăți poate admite sau respinge propunerea procurorului prin încheiere motivată. În ipoteza respingerii propunerii procurorului privind arestul la domiciliu, judecătorul de drepturi și libertăți va putea să dispună, chiar din oficiu sau fără ca inculpatul sau procurorul să fi solicitat expres, luarea unei măsuri preventive mai ușoare, cum ar fi controlul judiciar sau controlul judiciar pe cauțiune.

În ipoteza admiterii propunerii procurorului privind arestul la domiciliu, în încheierea de admitere a judecătorului de drepturi și libertăți, acesta trebuie să indice durata pe care s-a dispus măsura și obligațiile pe care inculpatul trebuie să le respecte pe durata ei, respectiv organul însărcinat cu supravegherea respectării acestor obligații.

După luarea măsurii arestului la domiciliu, persoanei respective i se comunică, sub semnătură, în scris drepturile inculpatului, prevăzute în art. 83 NCPP:

a) dreptul de a nu da nicio declarație pe parcursul procesului penal, atrăgându-i-se atenția că dacă refuză să dea declarații nu va suferi nicio consecință defavorabilă, iar dacă va da declarații acestea vor putea fi folosite ca mijloace de probă împotriva sa;

b) dreptul de a fi informat cu privire la fapta pentru care este cercetat și încadrarea juridică a acesteia;

c) dreptul de a consulta dosarul, în condițiile legii;

d) dreptul de a avea un avocat ales, iar dacă nu își desemnează unul, în cazurile de asistență obligatorie, dreptul de a i se desemna un avocat din oficiu;

e) dreptul de a propune administrarea de probe în condițiile prevăzute de lege, de a ridica excepții și de a pune concluzii;

f) dreptul de a formula orice alte cereri ce țin de soluționarea laturii penale și civile a cauzei;

g) dreptul de a beneficia în mod gratuit de un interpret atunci când nu înțelege, nu se exprimă bine sau nu poate comunica în limba română;

h) dreptul de a apela la un mediator, în cazurile permise de lege;

i) dreptul de a fi informat cu privire la drepturile sale;

j) alte drepturi prevăzute de lege,

a) când suspectul sau inculpatul este minor, internat într-un centru de detenție ori într-un centru educativ, când este reținut sau arestat, chiar în altă cauză, când față de acesta a fost dispusă măsura de siguranță a internării medicale, chiar în altă cauză, precum și în alte cazuri prevăzute de lege;

b) în cazul în care organul judiciar apreciază că suspectul ori inculpatul nu și-ar putea face singur apărarea;

c) în cursul judecății în cauzele în care legea prevede pentru infracțiunea săvârșită pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii mai mare de 5 ani.

k) dreptul prevăzut la art. 210 alin. (1) și (2) NCPP (persoana are dreptul de a încunoștința personal sau de a solicita organului judiciar care a dispus măsura să încunoștințeze un membru al familiei sale ori o altă persoană desemnată de aceasta despre luarea măsurii reținerii și despre locul unde este reținută; dacă persoana reținută nu este cetățean român, aceasta are și dreptul de a încunoștința sau de a solicita încunoștințarea misiunii diplomatice ori oficiului consular al statului al cărui cetățean este sau, după caz, a unei organizații internaționale umanitare, dacă nu dorește să beneficieze de asistența autorităților din țara sa de origine, ori a reprezentanței organizației internaționale competente, dacă este refugiat sau, din orice alt motiv, se află sub protecția unei astfel de organizații; Inspectoratul General pentru Imigrări este informat în toate situațiile cu privire la dispunerea măsurii preventive față de această categorie de persoane).

l) dreptul de acces la asistență medicală de urgență, dreptul de a contesta măsura și dreptul de a solicita revocarea sau înlocuirea acestei măsuri cu o altă măsură preventivă.

În cazul în care persoana nu poate ori refuză să semneze, se va încheia un proces-verbal. Copia încheierii judecătorului de drepturi și libertăți prin care s-a luat măsură preventivă a arestului la domiciliu, trebuie comunicată, de îndată, inculpatului și instituției, organului sau autorității desemnate cu supravegherea sa, organului de poliție în a cărui circumscripție locuiește acesta și serviciului public comunitar de evidență a persoanelor și organelor de frontieră. Inculpatul și procurorul pot formula contestație împotriva încheierilor prin care judecătorul de drepturi și libertăți dispune asupra măsurii preventive a arestului la domiciliu, în termen de 48 de ore de la pronunțare, pentru cei prezenți, respectiv de la comunicare, pentru cei citați.

În conformitate cu prevederile art. 219 alin. (8) NCPP, în termen de 24 de ore de la expirarea termenului pentru formularea contestației, dosarul se restituie organului de urmarire penală. Raportându-ne la art. 204 alin. (14) NCPP care prevede că „Dacă încheierea judecătorului de drepturi și libertăți de la prima instanță nu este atacată cu contestație, acesta restituie dosarul procurorului în termen de 48 de ore de la expirarea termenului de contestație”, se poate observa o inadverență a legiuitorului¹². Consider faptul că, dacă dosarul poate fi restituit în termen de 48 de ore de la expirarea termenului pentru formularea contestației, *per a contrario* dosarul poate fi trimis și mai târziu de 24 de ore.

2.4. Luarea măsurii arestului la domiciliu în fază de cameră preliminară

În fază de cameră preliminară, luarea măsurii preventive a arestului la domiciliu revine judecătorului de cameră preliminară în fața căruia se află cauza, sesizat prin rechizitoriul emis de procurorul de caz.

Măsura preventivă poate fi solicitată de procuror direct prin rechizitoriu ori prin cerere separată, după declanșarea procedurii de cameră preliminară. Judecătorul de cameră preliminară se poate sesiza și din oficiu cu privire la necesitatea de a dispune această măsură preventivă față de inculpat.

De asemenea, judecătorul de cameră preliminară sesizat cu un rechizitoriu în care inculpatul a fost trimis în judecată aflându-se sub puterea măsurii preventive a arestului la domiciliu, are obligația de a verifica legalitatea și temeinicia acesteia, putând dispune menținerea, revocarea sau înlocuirea cu o altă măsură preventivă.

¹² M. Udrioiu, *Conferințele INM-Noul Cod de procedură penală-2014*, www.inm-lex.ro

În cursul procedurii de cameră preliminară măsura arestului la domiciliu se dispune conform procedurii aplicabile în fază de urmărire penală. În fază de cameră preliminară, măsura preventivă nu se prelungește, ci se verifică, din oficiu, periodic, la intervale ce nu trebuie să depășească 30 de zile.

2.5. Luarea măsurii arestului la domiciliu în fază de judecată

În fază de judecată, completul de judecată investit cu judecarea cauzei la instanța de fond sau, după caz, în calea de atac a apelului este organul competent a se pronunța asupra măsurii arestului la domiciliu.

În principiu, în fază de judecată, procedura de luare a măsurii arestului la domiciliu urmează aceiași pași ca și cei anterior descriși pentru faza de urmărire penală.

Ceea ce diferă este faptul că soluționarea cererilor, propunerilor și sesizărilor privind măsura arestului la domiciliu se realizează în ședințe de judecată în condiții de publicitate.

În fază de judecată, asupra măsurii arestului la domiciliu se poate pronunța instanța și prin sentință sau, după caz, decizia prin care soluționează dosarul în respectivul stadiu procesual. Ca și în cameră preliminară, în fază de judecată, măsura preventivă nu se prelungește, ci se verifică din oficiu, periodic, la intervale ce nu trebuie să depășească 60 de zile.

2.6. Durata arestului la domiciliu¹³

În cursul urmăririi penale, arestul la domiciliu se poate dispune pe o perioadă determinată ce nu poate depăși 30 de zile. Arestul la domiciliu poate fi prelungit, în cursul urmăririi penale, doar în caz de necesitate, dacă se mențin temeiurile care au determinat luarea măsurii sau dacă au apărut temeiuri noi care să justifice necesitatea de prelungire a măsurii preventive, fiecare prelungire neputând să depășească 30 de zile¹⁴. Procurorul, în vederea prelungirii măsurii arestului la domiciliu, trebuie să sesizeze judecătorul de drepturi și libertăți cu o propunere de prelungire, propunere ce se impune a fi înregistrată la instanța competentă cu cel puțin 5 zile înainte de data expirării duratei pe care fusese dispusă măsura arestului la domiciliu.

În cursul urmăririi penale, măsura arestului la domiciliu nu poate să depășească durata maximă de 180 de zile, indiferent de numărul de prelungiri acordate. Împlinirea celor 180 de zile de arest la domiciliu în cursul urmăririi penale, determină încetarea de drept a acestei preventive. Această durată de 180 de zile nu se ia în considerare pentru calcul duratei maxime a măsurii arestării preventive a inculpatului în cursul urmăririi penale.

În fază de cameră preliminară și în fază de judecată, măsura arestului la domiciliu nu este dispusă pe o perioadă determinată. Consider că, și în cazul măsurii arestului la

¹³ Plenul Curții Constituționale a luat în dezbatere, excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 222 alin. (10) din Codul de procedură penală, care au următorul conținut: "Durata privării de libertate dispusă prin măsura arestului la domiciliu nu se ia în considerare pentru calculul duratei maxime a măsurii arestării preventive a inculpatului în cursul urmăririi penale".

În urma deliberărilor, cu majoritate de voturi, Curtea a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 222 alin. (10) din Codul de procedură penală sunt neconstituționale.

Curtea a reținut că măsura arestului la domiciliu este similară măsurii arestului preventiv, atât sub aspectul includerii sale de către legiuitor în categoria măsurilor preventive, cât și sub aspectul naturii sale privative de libertate. De asemenea, Curtea a constatat regimul juridic identic aplicabil celor două măsuri preventive cu privire la cauzele și condițiile în care acestea pot fi dispuse sau prelungete.

¹⁴ I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedura penală, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, 626.

domiciliu ar trebui aplicate dispozițiile NCPP care se referă la durata maximă a arestării preventive a inculpatului în cursul judecății în primă instanță. Astfel, potrivit art. 239 alin. (1) „În cursul judecății în primă instanță, durata totală a arestării preventive a inculpatului nu poate depăși un termen rezonabil și nu poate fi mai mare de jumătatea maximului special prevăzut de lege pentru infracțiunea care face obiectul sesizării instanței de judecată. În toate cazurile, durata arestării preventive în primă instanță nu poate depăși 5 ani.”

De asemenea, după verificarea legalității și temeiniciei arestului la domiciliu, în caz de menținere, judecătorul de cameră preliminară ori instanța de judecată nu stabilește o durată a acestei măsuri, existând însă obligația de verificare, din oficiu, a legalității și temeiniciei măsurii

Această obligație de verificare a legalității și temeiniciei măsurii arestului la domiciliu, trebuie să aibă loc în termene ce nu depășesc 30 de zile în fază de cameră preliminară, respectiv 60 de zile în fază de judecată.

Potrivit dispozițiilor art 399 alin. (9) NCPP, durata măsurii arestului la domiciliu se deduce din pedeapsa aplicată prin echivalarea unei zile de arest preventiv la domiciliu cu o zi din pedeapsă¹⁵.

2.7. Conținutul măsurii arestului la domiciliu

Conform art. 221 alin. (1) NCPP, măsura arestului la domiciliu constă în interdicția impusă inculpatului de a părăsi imobilul unde locuiește, fără permisiunea organului judiciar competent, care a dispus măsura sau în fața căruia se află cauza și de a se supune unor restricții stabilite de acesta.

Legiuitorul a stabilit și o serie de obligații, pe care inculpatul trebuie să le respecte pedurata arestului la domiciliu: să se prezinte în fața organului de urmărire penală, a judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară sau a instanței de judecată ori de câte ori este chemat și să nu comunice cu persoana vătămată sau membrii de familie ai acesteia, cu alți participanți la comiterea infracțiunii, cu martorii ori experții, precum și cu alte persoane stabilite de organul judiciar.

Pentru ca a doua obligație a inculpatului să poată fi respectată cu bună-credință, se impune ca în încheierea prin care se dispune luarea măsurii arestului la domiciliu, să fie identificate nominal persoanele cu care inculpatul nu are voie să comunice.

Cu caracter de obligație alternativă, lăsată la aprecierea organului judiciar, acesta poate dispune ca pe durata arestului la domiciliu inculpatul să poarte permanent un sistem electronic desupraveghere, care să permită verificarea în permanentă și în timp real a îndeplinirii obligației de a nu părăsi locuința, respectiv de a notifica de îndată organul desemnat cu supravegherea despre încălcarea acestei obligații.

Totuși, până la acest moment, nu există un sistem care să asigure supravegherea electronica a persoanelor care execută pedepsele sau sunt cercetate sub această formă. Problema este una generală, la nivelul întregii țări.

La nivelul Uniunii Europene s-a constatat o practică neunitară în ceea ce privește folosirea brațarilor electronice, și anume, în 16 state se folosesc, în 11 state nu se folosesc, pentru că în 5 dintre ele nu este precizat în legislație, iar în 6 state este prevăzută în lege, însă, în urma derulării unor proiecte pilot, s-a constatat că efortul bugetar este prea ridicat.

¹⁵ Noul Cod de procedura penală, Ed. Hamangiu, București, 2014.

De asemenea, este de precizat faptul că în Italia, în perioada 2003-2010, s-au cheltuit 80 de milioane de euro pentru brăţările electronice, în condiţiile în care au fost monitorizate doar 14 persoane.

Considerăm că, măsura arestului la domiciliu aduce numeroare avantaje statului. În primul rând ar scuti statul de anumite cheltuieli. În al doilea rând s-ar putea să scada supraaglomerarea din penitenciare sau aresturile poliţiei.

Măsurile alternative la detenţie sunt măsuri corecte, care trebuie încurajate în cazul persoanelor care nu au comis infracţiuni grave. Cu cât persoana respectivă este mai aproape de societate cu atât se va putea integra mai uşor în comunitate.

Părăsirea imobilului stabilit prin încheiere poate avea loc cu încuviinţarea organului judiciar, sau, în ipoteze de excepţie, fără această încuviinţare¹⁶.

Potrivit art. 221 alin. (5) şi (6), pe durata măsurii, inculpatul poate părăsi imobilul:

a. pentru prezentarea în faţa organelor judiciare, la chemarea acestora¹⁷;

b. la cererea scrisă şi motivată a inculpatului, pentru prezentarea la locul de muncă, la cursuri de învăţământ sau de pregătire profesională ori la alte activităţi similare sau pentru procurarea mijloacelor esenţiale de existenţă, precum şi în alte situaţii temeinic justificate, pentru o perioadă determinată de timp, dacă acest lucru este necesar pentru realizarea unor drepturi ori interese legitime ale inculpatului. Inculpatul poate părăsi imobilul fără permisiunea organului judiciar competent, în cazuri urgente, pentru motive temeinice, pe durată de timp strict necesară.

Se află în această situaţie inculpatul care a părăsit imobilul pentru a salva de la un pericol imediat viaţa, integritatea corporală sau sănătatea sa ori a altei persoane sau un bun important al său ori a altei persoane sau un interes general. În aceste situaţii, organul de supraveghere verifică realitatea şi temeinicia motivelor invocate.

În acest caz inculpatul are obligaţia de a informa imediat despre aceasta instituţia, organul sau autoritatea determinată cu supravegherea sa şi organul judiciar care a luat măsura arestului la domiciliu ori în faţa căruia se află cauza.

2.8. Supravegherea măsurii arestului la domiciliu

Executarea arestului la domiciliu este supravegheată de instituţii specializate, desemnate de organul judiciar care a dispus măsura. Organul de supraveghere după ce a primit copia după încheierea prin care s-a dispus măsura arestului la domiciliu, desemnează reprezentanţi care se deplasează de îndată la locuinţa inculpatului, îl legitimează şi identifică persoanele care locuiesc în mod obişnuit cu acesta sau care se află în îngrijirea sa, încheie proces-verbal în acest sens, după care comunică judecătorului de drepturi şi libertăţi, judecătorului de cameră preliminară sau instanţei de judecată începerea activităţilor de supraveghere.

¹⁶ Cu titlu de exemplu în Dosarul nr. 34066/3/20138* aflat pe rolul Tribunalului Bucureşti, Secţia a II a Penală prin încheiere s-a dispus ca un inculpat aflat în arest la domiciliu să părăsească domiciliul în vederea încheierii căsătoriei. I se stabileşte un traseu şi perioada cât poate să părăsească domiciliul

¹⁷ În practică am avut o situaţie în care inculpatul arestat la domiciliu a fost citat la domiciliu în vederea prezentării la instanţa de apel. Părăsirea domiciliului nu se poate face decât cu încuviinţarea organului de supraveghere. Codul de procedură penală în ceea ce priveşte locul de citare respectiv art. 259 NCPP nu prevede şi situaţia arestatului la domiciliu. Dacă luăm în considerare alin. 7 care prevede că persoanele private de libertate se citează la locul de deţinere, prin administraţia acestuia am putea spune că citarea la domiciliu este legală, numai că nu se potriveşte sintagma administraţia locului de deţinere care mai degrabă ar putea fi la sediul organului de supraveghere. Iată de ce consider că arestatul la domiciliu trebuie citat obligatoriu la sediul organului de supraveghere.

Atribuțiile principale ale instituției, organului sau autorității desemnate să supravegheze aplicarea măsurii, sunt următoarele:

- verificarea periodică a respectării măsurii și a obligațiilor de către inculpat;
- sesizarea de îndată a procurorului, în cursul urmăririi penale, a judecătorului de camera preliminară, în procedura de cameră preliminară, sau a instanței de judecată, în cursul judecății, în cazul în care se constată încălcări ale acestor obligații;
- posibilitatea organului de poliție de a pătrunde în imobilul unde se execută măsura, fără învoirea inculpatului sau a persoanelor care locuiesc împreună cu acesta.

Pentru fiecare persoană arestată la domiciliu se întocmește, de către organul desupraveghere, un dosar. Dosarul persoanei arestate la domiciliu cuprinde următoarele documente¹⁸:

a) încheierile organului judiciar cu privire la luarea, prelungirea, încetarea, revocarea, înlocuirea arestului la domiciliu, permisiunea de părăsire a imobilului, precum și alte comunicări;

b) actul de identitate, fișa de evidență a persoanei ori procesul-verbal de identificare a persoanei arestate la domiciliu;

c) actele întocmite cu ocazia fiecărei verificări cu privire la respectarea măsurii și a obligațiilor de către inculpat;

d) documente referitoare la datele de identificare a persoanelor cu care s-a stabilit că persoana supravegheată este obligată să nu intre în legătură;

e) documente referitoare la datele de identificare a persoanelor care locuiesc în mod obișnuit împreună cu aceasta sau care se află în îngrijirea sa;

f) dovada de luare la cunoștință sub semnătură a programului privind condițiile de părăsire, deplasare și revenire în locuință;

g) orice alte documente apreciate drept necesare executării în condiții corespunzătoare a activităților specifice de supraveghere, referitoare sau în legătură cu persoana arestată la domiciliu, pe perioada supravegherii.

În cazul în care se constată că inculpatul a încălcat cu rea-credință măsura arestului la domiciliu sau obligațiile care îi revin ori există suspiciunea rezonabilă că a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune pentru care s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, la sesizarea procurorului sau din oficiu, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de camera preliminară sau instanța de judecată poate dispune înlocuirea măsurii arestului la domiciliu cu una mai grea, anume cea a arestării preventive.

În vederea supravegherii corecte a inculpatului, organul de supraveghere colaborează cu autoritățile locale, alte organe de ordine și siguranță publică, precum și cu orice persoane fizice și juridice care ar putea oferi informații privind îndeplinirea sau neîndeplinirea obligațiilor impuse de organul judiciar care a luat măsura.

Înlocuirea arestului la domiciliu cu o măsură preventivă mai severă este o posibilitate, nu o obligație, judecătorul sau instanța având posibilitatea de a aprecia, în raport cu gravitatea încălcării, durata și numărul actelor prin care s-au încălcat obligațiile impuse, în raport de toate circumstanțele personale sau reale ale cauzei, dacă luarea măsurii arestului preventiv este necesară pentru atingerea scopului stipulat de art. 202 NCPP, dacă arestul la domiciliu nu mai este suficient în acest sens.

¹⁸ A se vedea art. 133 din Legea nr. 254/2013.

2.9. Încetarea de drept, revocarea și înlocuirea măsurilor preventive

2.9.1. Încetarea de drept a măsurilor preventive

Legiutorul român a ales să reglementeze distinct cazurile de încetare a măsurilor preventive, cazuri generale aplicabile tuturor măsurilor preventive și cazuri speciale, aplicabile doar în cazul arestării preventive și arestului la domiciliu.

Măsurile preventive încetează de drept la expirarea termenelor prevăzute de lege sau stabilite de organele judiciare. De exemplu, în fază de cameră preliminară, legalitatea și temeinicia măsurii arestului la domiciliu trebuie verificată în termen de cel mult 30 de zile, iar încursul fazei de judecată în termen de cel mult 60 de zile; dacă aceste termene maxime de verificare au expirat fără ca judecătorul de drepturi și libertăți să fi efectuat verificarea, măsura încetează de drept la îndeplinirea acestor termene.

Un alt exemplu este că în fază de urmărire penală, măsura arestului la domiciliu poate fi luată pentru cel mult 30 de zile, însă acest lucru nu împiedică judecătorul să ia măsura pe o perioadă de 20 de zile. În această situație, la expirarea acestor termene, dacă nu este prelungită, măsura încetează de drept.

Mai mult decât atât, măsurile de prevenție încetează și în cazurile în care procurorul dispune o soluție de netrimitere în judecată ori instanța de judecată pronunță o hotărâre de achitare, de încetare a procesului penal, de renunțare la aplicarea pedepsei, de amânare a aplicării pedepsei ori de suspendare a executării pedepsei sub supraveghere, chiar nedefinitivă.

De asemenea, conform prevederilor art. 241 alin. (1) lit. c) NCPP, măsurile preventive încetează de drept la data rămânării definitive a hotărârii prin care s-a dispus condamnarea inculpatului.

Alineatul 3 al articolului 241 ne arată că măsurile preventive încetează de drept și în alte cazuri prevăzute de lege. Prin această sintagmă considerăm că trebuie să ne raportăm la prevederile art. 399 alin. (3) potrivit cărora măsura arestării preventive încetează de drept când instanța pronunță: o pedeapsă cu închisoare cel mult egală cu durata reținerii și arestării preventive; o pedeapsă cu închisoare, cu suspendarea executării sub supraveghere; o pedeapsă cu amendă, care nu însoțește pedeapsa închisorii; o măsură educativă.

Potrivit actualului C. pr. pen., arestarea preventivă și arestul la domiciliu încetează de drept: în cursul urmăririi penale, la împlinirea duratei maxime de 180 de zile; încursul judecății în primă instanță, la împlinirea duratei maxime prevăzute de lege și în apel, dacă durata măsurii a atins durata pedepsei pronunțate în hotărârea de condamnare.

2.9.2 Revocarea măsurilor preventive

Revocarea măsurilor preventive este un act procesual care rămâne la aprecierea organelor judiciare. Măsura preventivă se revocă, din oficiu sau la cerere, în cazul în care au încetat temeiurile care au determinat-o ori au apărut împrejurări noi din care rezultă nelegalitatea măsurii.

Se poate observa că revocarea măsurilor preventive se dispune ca și în reglementarea anterioară.

Potrivit art. 139 alin. (2) C. pr. pen. anterior, măsura preventivă se revocă atunci când se constată că a fost luată cu încălcarea prevederilor legale sau nu mai există vreun temei care să justifice menținerea măsurii.

În cazul revocării măsurii reținerii sau a arestării preventive, se va dispune punerea în libertate a suspectului sau inculpatului, dacă acesta nu este arestat în altă cauză.

2.9.3 Înlocuirea măsurilor preventive

Uneori, pe parcursul procesului penal pot interveni elemente care să impună înlocuirea măsurii preventive luate inițial cu o altă măsură preventivă.

În lumina dispozițiilor NCPP, măsura preventivă se înlocuiește, din oficiu sau la cerere, cu o măsură preventivă mai ușoară, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru luarea acesteia și, în urma evaluării împrejurărilor concrete ale cauzei și a conduitei procesuale a inculpatului, se apreciază că măsura preventivă mai ușoară este suficientă pentru realizarea scopului prevăzut la art. 202 alin. (1).

De exemplu, cazurile de înlocuire a măsurii arestării preventive cu arestul la domiciliu sau cu măsurile controlului judiciar sau controlului judiciar pe cauțiune. Așa cum am precizat anterior într-o altă secțiune a prezentei lucrări, și măsura arestului la domiciliu poate fi înlocuită cu măsura controlului judiciar.

Măsura preventivă se înlocuiește, din oficiu sau la cerere, cu o măsură preventivă mai grea, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru luarea acesteia și, în urma evaluării împrejurărilor concrete ale cauzei și a conduitei procesuale a inculpatului, se apreciază că măsura preventivă mai grea este necesară pentru realizarea scopului prevăzut la art. 202 alin. (1). Putem exemplifica această ipoteză cu înlocuirea controlului judiciar cu arestul la domiciliu sau arestarea preventivă sau înlocuirea arestului la domiciliu cu arestarea preventivă.

Cu privire la înlocuirea măsurilor preventive se poate observa că legiutorul a făcut distincția între înlocuirea măsurii preventive cu una mai ușoară sau cu o măsură mai grea.

3. Concluzii

Considerăm că principalele direcții abordate în această lucrare au fost o serie de probleme teoretice și practice cu privire la noua instituție procesual penală, respectiv măsura preventivă a arestului la domiciliu. Acest studiu, a necesitat o atenție deosebită, datorită importanței și noutății sale în dreptul procesual penal românesc.

Totodată, acest studiu și-a propus să evidențieze scopul modificării Codului de Procedură Penală prin introducerea unor noi instituții procesuale penale. Scopul esențial este acela de a crea un cadru legislativ modern în materie procesual penală, care să răspundă pe deplin imperativelor funcționării unei justiții moderne, adaptate așteptărilor sociale, precum și necesității creșterii calității acestui serviciu public.

Referințe bibliografice:

- Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de procedură penală, Partea generală*, Editura Universul Juridic 2014.
- Nicolae Volonciu, Andreea Simona Uzlaș, *Noul Cod de procedură penală comentat*, Editura Hamangiu, București, 2014.
- Bogdan Micu, *Procedură penală. Curs pentru admitere în magistratură și avocatură*, Editura Hamangiu, București, 2014.
- Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal.

➤ Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale.

➤ Noul Cod de Procedură Penală intrat în vigoare la 1 februarie 2014.

➤ Noul Cod Penal intrat în vigoare la 1 februarie 2014.

➤ Mihal Udriș, Conferințele INM-Noul Cod de procedură penală-2014, www.inm-lex.ro

➤ www.just.ro

➤ www.jurisprudencedo.com

ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE PRIVIND STUDIAREA DOSARULUI DE URMĂRIRE PENALĂ

*Nadia-Claudia CANTEMIR-STOICA**

Abstract:

This institution devoted specifically to the Criminal Procedure Code drew the attention of the criminal law practitioners when they noted that the legislature agreed to regulate this rule. So, we considered that it was reached the desideratum found often in the European Court of Human Rights where it was stated that the accused person may exercise an effective defense only if the state bodies offers him the opportunity to actually know the content of the case underlying accusation. This study aims to expose the favorable aspects brought to the criminal law by regulating this institution and also the present the difficult issues encountered in practice by lawyers and not least to provide solutions to manage this issues.

Keywords: *the study of the prosecution file, the suspect's right to be allowed to study charges, the right to defense, the prosecutor*

Rezumat:

Această instituție consacrată în mod expres în cadrul Codului de procedură penală a atras mirajul practicienilor în domeniul dreptului penal atunci când au constatat că noul legiuitor a înțeles să edicteze această normă. Astfel, am considerat că s-a ajuns la dezideratul regăsit de multe ori în practica Curții Europene a Drepturilor Omului unde se menționa că persoana acuzată poate exercita o apărare efectivă numai în ipoteza în care organele statului îi pun la dispoziție piesele dosarului pe care se fundamentează acuzația care i se aduce. Prezentul studiu își propune să expună aspectele favorabile aduse legislației penale prin reglementarea acestei instituții și totodată să prezinte aspectele dificile întâmpinate în practică de către avocați și nu în ultimul rând soluții pentru gestionarea dificultăților.

Cuvinte-cheie: *studierea dosarului de urmărire penală, dreptul suspectului de a i se permite să studieze acuzația, dreptul la apărare, procurorul*

I. Aspecte introductive

În expunerea de motive a proiectului codului de procedură penală, redactorii afirmau că în considerarea deficiențelor cu care se confruntă sistemul procedural penal, a apărut necesitatea gândirii unui sistem modern, care să răspundă imperativelor creării unei justiții adaptate așteptărilor sociale, precum și creșterii calității acestui serviciu public. În acest context, se dovedește imperios necesară adoptarea noului Cod de procedură penală care să asigure crearea unei jurisprudențe unitare la nivel național, cu respectarea celor mai exigente standarde internaționale în materie procesual penală, respectiv standardele Curții Europene a Drepturilor Omului.¹

* Avocat definitiv în cadrul Baroului București, doctorand la disciplina drept procesual penal în cadrul Universității Nicolae Titulescu, sub coordonarea prof. Ion Neagu, av.nadiacantemir@yahoo.com;

¹ A se vedea expunerea de motive www.juridice.ro

Așadar, legiuitorul român a dorit să modernizeze instituțiile de tradiție ale dreptului procesual penal și totodată să scoată din jobenul noii codificării instituții juridice care constituie noutăți absolute. Constatăm că principalul obiectiv al legiuitorului a fost acela de a accelera soluționarea procesului penal plecând de la nenumăratele hotărâri prin care statul român a fost condamnat de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, dar oare o justiție concentrată pe celeritate mai menține standardele de calitate? Pentru redactorii noului Cod, celeritatea procesului penal pare să fie sinonimă cu calitatea acestuia; pentru practicienii care contribuie la realizarea justiției penale, între cele două noțiuni se naște aproape o antiteză: un proces penal eficient nu este nici unul grabnic, nici unul de scurtă durată, ci unul în care rezultatul final este fiabil, prin aceea că respectă în mod necesar probatoriul administrat².

Revenind la tema care face obiectul prezentului studiu constatăm că instituția consulării dosarului de urmărire penală nu face parte din categoria noutăților absolute aduse Codului de procedură penală. Spunem aceasta întrucât la momentul la care era în vigoare Codul de procedură penală din anul 1968, practicienii formulau astfel de solicitări care erau sortite de multe ori eșecului prin prisma faptului că acest drept nu era reglementat *expressis verbis* cu excepția procedurii prezentării materialului de urmărire penală. Astfel, această solicitare era formulată în virtutea art. 6 pct. 3 literele a și b din Convenția europeană a drepturilor omului care reglementează că orice acuzat are dreptul de a fi informat, în termenul cel mai scurt, într-o limbă pe care o înțelege și în mod amănunțit, despre natura și cauza acuzației aduse împotriva sa și să dispună de timpul și de înlesnirile necesare pregătirii apărării sale.

De asemenea, Curtea a statuat în hotărârile sale că dreptul de acces la dosarul cauzei trebuie privit și prin prisma principiului egalității armelor în sensul că acuzatul nu trebuie plasat într-o situație de dezavantaj față de adversarul acestuia – Ministerul Public atunci când acesta este pus în situația de a-și pregăti o apărare efectivă în situația în care nu a avut acces la piesele dosarului. Într-o decizie de speță, Curtea Europeană a decis că reclamantul nu a fost în măsură să își pregătească apărarea de o manieră adecvată și nu a beneficiat de egalitatea de arme, contrar exigențelor impuse de art. 6 par. 1 coroborat cu par. 3, prin aceea că nu a avut acces la dosarul penal și nici nu a putut obține copii ale pieselor acestuia, aspect ce constituia un element necesar al pregătirii unei bune apărări.

O dată cu intrarea în vigoare a Noului cod de procedură penală, analizând dispozițiile art. 94 C. pr. pen., constatăm cu bucurie că legiuitorul a înțeles să edicteze dreptul părților de a studia dosarul în faza de urmărire penală. Consultarea dosarului penal de către persoanele interesate, reprezintă o componentă indisolubilă a exercitării dreptului la apărare³, organelor judiciare incumbându-le obligația de a oferi acuzatului timpul și înlesnirile necesare în vederea pregătirii apărării. Informarea cu privire la acuzația care i se aduce suspectului, respectiv inculpatului nu trebuie să fie una formală în care să fie reluat conținutul constitutiv al infracțiunii pentru care este cercetat, ci trebuie să se prezinte pe larg acuzația, să i se pună la dispoziție dosarul cauzei și abia ulterior acuzatul să ofere explicații organelor de urmărire penală, după ce a putut pregăti o apărare efectivă alături de apărătorul acestuia.

² Voicu Pușcașu, *Noul cod de procedură penală și dreptul la o apărare efectivă*, Caiete de drept penal nr. 1/2011, p. 100;

³ I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală, Partea Generală, ed. a doua*, ed. Universul Juridic, București, 2015, f. 250;

II. Analiza articolului 94 din cadrul Codului de procedură penală

Legiuitorul conferă apărătorului părților și al subiecților procesuali principali dreptul de a consulta dosarul de urmărire penală pe tot parcursul procesului penal, acest drept neputând fi exercitat sau restrâns în mod abuziv. În forma inițială a textului legal se menționa faptul că avocatul are dreptul de a solicita consultarea dosarului pe tot parcursul procesului penal, fără a se preciza părțile, respectiv subiecții procesuali care au acest drept. Este de bun augur modificarea survenită și reglementarea în concret a participanților procesuali care pot beneficia de acest drept.

Activitatea de consultare a dosarului presupune în concret studierea acestuia la sediul organului de urmărire penală, dreptul de a nota date sau informații din dosar și nu în ultimul rând dreptul de se obține fotocopii contracost. În practica organelor judiciare au fost întâlnite mai multe situații pe care le vom expune în cele ce urmează.

Cu privire la dreptul de a efectua fotocopii pe cheltuiala clientului în practică am întâlnit situația în care au fost respinse cereri de fotocopiere a dosarului întrucât la unitatea respectivă nu exista tehnică necesară pentru a se efectua copierea documentelor, fiind îngrădit astfel dreptul conferit de legiuitor. Este adevărat că inculpatul a putut studia dosarul la sediul organului judiciar și nu a fost afectat astfel dreptul acestuia de a fi informat și de a studia piesele dosarului. Alte organe de urmărire penală, au permis apărătorilor să folosească tehnica personală (telefon, aparat foto, scanner) pentru a fotocopii documentele solicitate necesare în vederea exercitării dreptului la apărare.

De asemenea, în rândul unităților de parchet am constatat că exista o practică neunitară întrucât unele organe ofereau dosarul de urmărire penală în format electronic (CD) ori li se permitea avocaților să efectueze copii cu dispozitive de tip scanner fără a se percepe sume de bani iar alte unități de parchet eliberau copii electronice sau clasice solicitând avocaților contravaloarea acestora.

Constatându-se practica diferită a organelor de urmărire penală s-a încercat a se crea un cadru unitar prin care aceste solicitări ale apărătorilor să fie rezolvate în aceeași manieră. Astfel, Prin Ordinul Procurorului General al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție nr. 433 din 12.12.2014 care modifică ordinul nr. 17 din 10.02.2014 au fost stabilite tarifele aplicate în funcție de modalitatea de fotocopiere (format A3 sau A4 ori electronic). De asemenea, se menționează faptul că se pot realiza copiile numai cu mijloacele tehnice din dotarea parchetelor și pe suporturile asigurate de parchete.

Totodată, prin Ordinul nr. 64/2015 privind stabilirea unor măsuri organizatorice în scopul asigurării exercitării dreptului de a consulta dosarul penal emis de Ministrul Afacerilor Interne s-a reglementat care este regimul aplicabil și sumele de bani care se percep pentru efectuarea copiilor la sediile organelor de poliție.

Constatăm astfel unele inadvertențe existente între cele două ordine: spre exemplu în cadrul ordinului 64/2015 se prevede numai tariful aplicabil copiilor de tip A3 (acesta este mai mare decât cel din ordinul procurorului general 1 leu comparativ cu 0,90 bani) sau A4 nu și celor efectuate în format electronic așa cum se menționează în Ordinul procurorului general. Or, în mod evident pentru a fi o practică unitară la instituțiile de parchet cât și la organele poliției este necesar a se armoniza legislația.

Observăm că în Ordinul Ministrului se menționează faptul că organul poliției judiciare adoptă măsuri adecvate pentru a împiedica realizarea de fotocopii sau înregistrări video ale actelor dosarului penal, în alte condiții decât cele prevăzute de lege. Astfel, este interzis teoretic părților, subiecților procesuali sau apărătorilor să folosească tehnica personală deși în practică avocații au întâlnit soluții contrare. Considerăm că aceasta este o modalitate prin

care organele de poliție încearcă să suplinească lipsa dotărilor tehnice fără a îngreuna activitatea prin care apărătorii doresc să asigure o apărare eficientă clienților săi. În Ordinul Ministrului chiar se menționează faptul că *în situația în care nu există mijloace tehnice care să permită realizarea de fotocopii sau această operațiune nu poate fi realizată temporar din cauza unor defecțiuni tehnice ori a lipsei unor consumabile, organul poliției judiciare întocmește un proces-verbal cu privire la existența acestor cauze, în două exemplare care este înmănat persoanei care formulează cererea și procurorului. Așadar, în opinia noastră, ar trebui reglementat faptul că în situația în care unitatea de parchet sau de poliție nu deține tehnica necesară să li se permită părților sau subiecților procesuali principali sau apărătorului posibilitatea de a efectua fotocopii cu tehnica personală.*

În ordinul supus discuției se menționează faptul că fotografiile se certifică, pe fiecare pagină, cu semnătura organului poliției judiciare și ștampila unității de poliție. Din punctul nostru de vedere este o măsură excesivă și implică un timp foarte mare care trebuie alocat acestei activități, fiind suficient a se încheia un proces-verbal în care să se menționeze numărul paginilor fotocopiate.

Pe de altă parte, nu putem să nu constatăm faptul că tarifele stabilite sunt ridicate, făcând o simplă comparație cu cele percepute în magazinele de specialitate. Având în vedere faptul că statul formulează o acuzație împotriva unei cetățean și că dreptul la apărare se exercită și prin posibilitatea studierii materialului de urmărire penală, considerăm că just era ca tariful stabilit să fie unul similar cu cel practicat.

Dispozițiile Directivei 2012/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din data de 22.05.2012 privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale reglementează faptul că *accesul la materialele cauzei, în conformitate cu prezenta directivă, ar trebui să fie acordat în mod gratuit, fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului intern care prevăd plata unor taxe pentru documente care urmează să fie copiate din dosarul cauzei sau pentru transmiterea elementelor de probă persoanelor vizate sau avocaților acestora.*

Totodată, făcând o comparație cu posibilitatea fotocopierii dosarului în faza de judecată constatăm că regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești a fost modificat în sensul că li se permite avocatului și justițiabilului să efectueze copii prin fotografiere sau scanare fără a se percepe vreun tarif. Astfel, art. 93 alin. 13 din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești prevede că obținerea prin fotografiere a unor copii de pe înscrisurile din dosar este permisă. Apreciem că ar trebui permis ca și în fața organelor de urmărire penală să existe posibilitatea folosirii tehnicii personale fără a exista costuri în sarcina părților sau subiecților procesuali.

Analizând în continuare dispozițiile art. 94 C. pr. pen. constatăm că procurorului îi incumbă obligația de a stabili data și durata consultării dosarului de urmărire penală iar această obligație poate fi delegată organului de cercetare penală. Această activitate este necesar a fi desfășurată cu bună-credință pentru a se respecta pe de o parte exercitarea în bune condițiuni a dreptului la apărare și pe de altă parte desfășurarea urmăririi penale să nu sufere întârzieri.

În cursul urmăririi penale, dreptul de a consulta dosarul de urmărire penală poate fi restricționat motivat, dacă prin desfășurarea acestei activități s-ar putea aduce atingere desfășurării urmăririi în bune condițiuni. În situația în care procurorul a pus în mișcare acțiunea penală această restricționare nu poate depăși un termen mai mare de 10 zile. Termenul în care poate fi restricționat acest drept a suferit modificări, reglementarea inițială era de 15 zile. Prima întrebare care s-a ridicat a fost aceea de a stabili de când începe să curgă acest termen de 10 zile, conturându-se două opinii: de la momentul formulării

cererii sau de la momentul punerii în mișcare a acțiunii penale. Ne raliem opiniei potrivit căreia poate fi împiedicat apărătorului dreptul reglementat de art. 94 C. pr. pen. în termen de 10 zile de la momentul formulării cererii de consultare a dosarului, întrucât abia la acel moment poate aprecia procurorul dacă prin această activitate ar putea fi influențată în vreun fel exercitarea optimă a urmăririi penale.

În faza de urmărire penală consultarea dosarului nu este în realitate un drept veritabil, ci mai mult o vocație procedurală, pentru că dacă ar fi fost vorba de un drept al avocatului părților și subiecților procesuali principali, astfel cum se exprimă legiuitorul, acestuia i-ar fi corespuns o obligație corelativă, nu o simplă facultate a procurorului. De aceea, se poate considera, chiar în lipsa unei prevederi exprese, că în această fază procesuală dreptul de consultare a dosarului este prevăzut sub rezerva exigențelor bunei funcționări a urmăririi penale⁴.

În opinia noastră, textul supus discuției este criticabil întrucât de foarte multe ori în practica organelor de urmărire penală s-a întâlnit situația în care momentul punerii în mișcare a acțiunii penale a fost plasat la sfârșitul primei faze a procesului penal iar cererea de studiu dosar a fost respinsă. După ce s-a pus în mișcare acțiunea penală la scurt timp a fost trimis în judecată inculpatul, lipsindu-l astfel pe acesta de posibilitatea de a studia dosarul în faza de urmărire penală și lipsind de conținut dispoziția legală prin această abordare.

Astfel, deși s-a renunțat la prezentarea materialului de urmărire penală, ce se situa la finalul fazei de urmărire penală, în scopul de a se asigura accesul avocatului la dosar încă de la debutul procedurii, în tot cursul urmăririi penale, în realitate prin intermediul acestor prevederi există riscul să se ajungă ca exercițiul acestui drept de consultare a dosarului să se realizeze abia după terminarea urmăririi penale.⁵

Mai mult decât atât, am constatat în practica organelor de specialitate faptul că atunci când este respinsă cererea suspectului de a consulta dosarul de urmărire penală, motivarea este una succintă și anume că buna desfășurare a urmăririi penale ar putea fi afectată prin studierea dosarului de către persoana acuzată. Îmbrățișăm opinia potrivit căreia și față de suspect ar trebui să existe același termen în care poate fi restricționat dreptul de a consulta dosarul, și anume 10 zile. Reglementarea potrivit căreia se poate restricționa consultarea dosarului pe o perioadă nedeterminată înainte de punerea în mișcare a acțiunii penale naște posibilitatea creării unor abuzuri și lipsește de esență exercitarea dreptului la apărare prin consultarea materialului acuzator.

Mai mult decât atât, Directiva 2012/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din data de 22.05.2012 privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale, reglementează faptul că *autoritățile competente ar trebui să informeze cu promptitudine persoanele suspectate sau acuzate cu privire la drepturile respective, așa cum se aplică ele conform dreptului intern, care sunt esențiale pentru garantarea caracterului echitabil al procedurilor, verbal sau în scris, astfel cum se prevede în prezenta directivă. Pentru a permite exercitarea practică și efectivă a acestor drepturi, informațiile ar trebui furnizate cât mai curând în cursul procedurilor și cel târziu înainte de primul interogatoriu oficial al persoanei suspectate sau acuzate de către poliție sau de către o altă autoritate competentă. Persoanele acuzate de săvârșirea unei infracțiuni ar trebui să primească toate informațiile referitoare la*

⁴ Mateuț Gheorghită, *Dreptul la apărare și avocatul, subiect procesual distinct în procesul penal – elemente de noutate în Codul de procedură penală actual*, Caiete de Drept penal nr. 4/2014, p. 40;

⁵ Mateuț Gheorghită, *Dreptul la apărare și avocatul, subiect procesual distinct în procesul penal – elemente de noutate în Codul de procedură penală actual*, Caiete de Drept penal nr. 4/2014, p. 41;

acuzare, astfel încât să-și poată pregăti apărarea și să se garanteze echitatea procedurilor penale. În sensul prezentei directive, accesul la mijloacele de probă materiale, definite în conformitate cu dreptul intern, în apărarea sau împotriva persoanei suspectate sau acuzate și care sunt în posesia autorităților competente în raport cu cauza penală specifică, ar trebui să includă accesul la materiale cum ar fi documente și, dacă este cazul, fotografii și înregistrări audio sau video. Astfel de materiale pot fi incluse într-un dosar sau deținute de autoritățile competente în orice mod adecvat în conformitate cu dreptul intern.

Așadar, directiva supusă atenției se aplică de la momentul la care o persoană este suspectată de săvârșirea unei infracțiuni până la finalizarea procedurilor iar dreptul de acces la materialul dosarului garantează caracterul echitabil al procedurilor și posibilitatea exercitării unei apărări efective, punând la dispoziția acuzatului dosarul înainte de a fi interogat despre faptele pentru care este cercetat. Consultarea unui dosar de urmărire penală permite avocaților să își îndeplinească funcția apărării care se realizează într-un sistem în care Ministerul Public respectă principiul prezumției de nevinovăție și administrează probele potrivit principiului loialității, oferind astfel toate garanțiile aflării adevărului judiciar.

Analizând dispozițiile procesual penale, constatăm că de la regula potrivit căreia consultarea dosarului de urmărire penală poate fi restricționat există două excepții: dreptul de a studia declarațiile părții sau ale subiectului procesual principal pe care îl asistă sau reprezintă și de a lua la cunoștință de întreg materialul de urmărire penală în procedurile desfășurate în fața judecătorului de drepturi și libertăți privind măsurile preventive sau restrictive de drepturi. Suplimentar acestor două ipoteze, art. 146 alin. 4 C. pr. pen., intitulat informarea persoanei supravegheate reglementează faptul că procurorul poate amâna motivat efectuarea informării cu privire la supravegherea tehnică a unei persoane cel mai târziu până la terminarea urmăririi penale sau până la clasarea cauzei. Așadar în ipoteza în care a fost admisă cererea suspectului sau inculpatului cu privire la consultarea dosarului aceste înscrisuri nu pot fi prezentate persoanei acuzate fiind astfel o situație în care acesta nu va lua la cunoștință de întreg materialul de urmărire penală.

Ne-am ridicat întrebarea ce se întâmplă în situația în care avocatul formulează o cerere de consultare a dosarului de urmărire penală iar procurorul nu răspunde acestei solicitări. Potrivit dispozițiilor art. 336 C. pr. pen. intitulat plângerea împotriva actelor procurorului, se poate exercita această cale de atac împotriva măsurilor luate sau a actelor efectuate de procuror ori pe baza dispozițiilor date de acesta, or în situația expusă ne aflăm în fața unei pasivități a anchetatorului. În opinia noastră, se poate exercita calea de atac a plângerii întrucât lipsa ordonanței poate echivala cu respingerea acesteia. Au fost întâlnite în practică situații în care aceste plângeri au fost soluționate de procurorul ierhic superior celui care se regăsea în pasivitate prin admitere. De asemenea, am constat că această plângere are un regim derogator cu privire la termenul în care va fi soluționată și anume 48 de ore comparativ cu 20 de zile așa cum reiese din lecturarea dispozițiilor art. 339 alin. 6 C. pr. pen. coroborat cu art. 338 C. pr. pen. și art. 95 alin. 2 C. pr. pen.

Avocatului căruia i se oferă posibilitatea exercitării acestui drept îi incumbă obligația de a păstra confidențialitatea sau secretul datelor și actelor de care a luat cunoștință cu ocazia consultării dosarului. În mod evident, poate oferi aceste informații părții cu care a încheiat contractul de asistență juridică. În ipoteza în care acesta furnizează informațiile obținute unor terțe persoane, poate fi pasibil de săvârșirea infracțiunii de favorizarea făptuitorului sau influențarea declarațiilor dacă exercită activități suplimentare.

III. Aspecte de drept comparat

Instituția studierii dosarului în faza de urmărire penală o regăsim în mod firesc și în alte legislații unde era reglementată de multă vreme comparativ cu legislația românească. Astfel, în codul de procedură penală al Republicii Cehe, în art. 41 alin. 2 este consacrat dreptul apărătorului persoanei acuzate de a studia dosarul. Totodată, în cadrul alin. 4 din cadrul aceluiași articol, este reglementat dreptul apărării de a solicita copii ale actelor din dosarul cauzei (ori transcrieri ale acestora) în orice etapă a procesului penal, cerere care poate fi respinsă numai în ipoteza existenței unor obstacole tehnice inevitabile.

În art. 302 al Codului de procedură penală spaniol este reglementat dreptul judecătorului de instrucție, din oficiu ori la propunerea Ministerului Public sau a oricăreia dintre părțile dosarului de a declara dosarul, total sau parțial, ca fiind secret pentru o perioadă de maximum o lună, cu precizarea că această dispoziție se poate emite până cel mai târziu cu 10 zile înainte de finalizarea dosarului.

Analizând legislația franceză constatăm faptul că legiuitorul acordă un interes sporit dreptului acuzatului de a studia dosarul de urmărire penală având în vedere faptul că această instituție este reglementată amănunțit. Astfel, în articolul 114 se statuează faptul că materialul probator este pus la dispoziția apărătorului persoanei acuzate cel mai târziu cu 4 zile înaintea audierii. Prin această procedură i se conferă persoanei cercetate posibilitatea de a-și formula o apărare concretă și efectivă, stabilind în prealabil o strategie cu apărătorul acestuia în urma consultării materialului de urmărire penală. Din nefericire, potrivit legislației procesul penale române suspectului i se comunică succint acuzația care i se aduce printr-un proces-verbal și apoi i se comunică faptul că poate da declarații dacă dorește. Pentru a nu se afla în situația de a furniza organelor de urmărire penală informații de care acestea nu au cunoștință nu și ulterior să își înrăutățească situația procesuală, oportun este ca suspectul respectiv inculpatul să se prevaleze de dreptul la tăcere și să formuleze o cerere de studiu dosar și abia ulterior, în măsura în care i se admite cererea să dea declarații în cauză. Bineînțeles, rămâne ca fiecare apărător să stabilească cu al său client strategia de apărare și dacă este oportun, pot fi formulate declarații încă de la debutul urmăririi penale.

IV. Concluzii

Nu putem să nu salutăm poziția legiuitorului atunci când a ales să reglementeze dreptul acuzatului din cadrul procesului penal de a lua la cunoștință de materialul acuzator. Nu de fiecare dată legiuitorul reușește să ofere destinatarilor legii procesul penale un text clar, fără carențe și care nu poate fi supus interpretărilor. Tocmai de aceea, de această dată, considerăm că instituția supusă atenției poate fi îmbunătățită prin câteva modificări de substanță, întrucât am constatat că există un grad ridicat de generalitate în ceea ce privește motivația în baza căreia se poate dispune restrângerea dreptului la consultarea dosarului și totodată confer posibilitatea procurorului să restricționeze pe o perioadă nedeterminată dreptul suspectului de a consulta materialul de urmărire. Sperăm că aspectele semnalate vor suferi modificări pentru ca legislația românească să confere aceleași garanții acuzatului pe care le regăsim în cadrul Convenției Europene a Drepturilor Omului și în Directiva 2012/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din data de 22.05.2012 privind dreptul la informare.

Bibliografie:

1. Codul de procedură penală;
2. Codul penal;
3. Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală;
4. Constituția României;
5. Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de procedură penală – Partea generală*, ed. Universul Juridic, București, 2014;
6. N. Volonciu și alții, *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014;
7. M. Udroi, *Procedură penală, Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2014;
8. A. Zarafiu, *Procedură penală, Partea generală. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2014;
9. P. Buneci ș.a., *Noul Cod de procedură penală Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2014;
10. Mateuț Gheorghiță, *Dreptul la apărare și avocatul, subiect procesual distinct în procesul penal – elemente de noutate în Codul de procedură penală actual*, Caiete de Drept penal nr. 4/2014;
11. Voicu Pușcașu, *Noul cod de procedură penală și dreptul la o apărare efectivă*, Caiete de drept penal nr. 1/2011
12. www.ccr.ro;
13. www.just.ro;
14. www.legalis.ro;
15. www.hotararicedo.ro
16. [http://www.juridice.ro/388054/despre-dreptul-de-a-solicita-consultarea-dosarului-contin uare-despre-costul-fotocopiilor-si-despre-respectarea-drepturilor-fundamentale-ale-acuzat ului.html](http://www.juridice.ro/388054/despre-dreptul-de-a-solicita-consultarea-dosarului-contin-uare-despre-costul-fotocopiilor-si-despre-respectarea-drepturilor-fundamentale-ale-acuzat-ului.html)
17. [http://www.juridice.ro/225001/dreptul-avocatului-de-a-studia-dosarul-de-ur marire-penala-in-noul-cod-de-procedura-penala.html](http://www.juridice.ro/225001/dreptul-avocatului-de-a-studia-dosarul-de-ur-marire-penala-in-noul-cod-de-procedura-penala.html)
18. <http://www.juridice.ro/333527/nota-privind-unele-aspecte-ref-aplicarea-dis pozitiilor-art-94-din-ncpp.html>

INTRAREA ÎN VIGOARE A CODULUI PENAL ȘI A CODULUI DE PROCEDURĂ PENALĂ ȘI IMPLICAȚII ASUPRA TRAFICULUI DE DROGURI – EVALUARE GENERALĂ

Tiberiu Viorel POPESCU*

Abstract:

Entry into force of the new Criminal Code and the New Criminal Procedure Code had implications for investigation and sanctioning drug trafficking. The inconsistency in terminology or changing assessment indicators of criminal phenomenon, the criminological implications of these issues and how they have changed in recent statistics according to the new reference systems, are some aspects to be pointed out. Also criminological analysis summary on how the adoption of normative acts listed complements the overall assessment of the impact of new legislation on.

Keywords: *criminology, drug trafficking, criminal law, organized crime*

Rezumat:

Intrarea în vigoare a Noului Cod Penal și a Noului Cod de Procedură Penală a avut implicații în cazul investigării și sancționării traficului de droguri. Neconcordanța terminologiei sau modificarea indicatorilor de evaluare a fenomenului infracțional, implicațiile criminologice ale acestor aspecte și modul cum s-au modificat statisticile recente în materie în funcție de noile sisteme de referință, sunt doar câteva aspecte ce credem că trebuie subliniate. De asemenea o analiză criminologică sumară asupra mecanismului de adoptare a actelor normative menționate completează evaluarea generală a impactului noii legislații în materie.

Cuvinte-cheie: *criminologie, trafic de droguri, drept penal, criminalitate organizata*

Din cele mai vechi timpuri și până în prezent profesioniștii dreptului au statuat că legea este un organism viu ce trebuie să evolueze odată cu societate. Adaptabilitatea legii la noile situații întâlnite în practică nu este doar un act de normalitate, ci și o necesitate. Doar astfel legea poate să răspundă noilor realități sociale evitând căderea în desuetudine.

Procesul legislativ de aprobare a unei norme juridice noi sau uneori de modificare a unui act normativ existent este dat însă în competența organului legislativ, în speță Parlamentului. Înfăptuirea și mai ales aplicarea legii este deci lăsată oamenilor. Ca orice activitate specific umană, procesul de adoptarea a legilor poartă cu sine riscul erorii.

Adoptarea Legii nr. 286/2009 privind Noul Cod Penal¹ și a Legii nr. 135/2010 privind Noul Cod de Procedură Penală² a produs numeroase schimbări în plan legislativ, însă nu a fost ferit de unele efecte neașteptate sau erori în domeniul urmăririi și sancționării diverselor tipuri de infracțiuni.

* Drd., Institutul de Cercetări Juridice „Andrei Rădulescu”, Academia Română; e-mail: tpopescu2005@yahoo.com

¹ Publicată în Monitorul Oficial nr.510 din 24 iulie 2009

² Publicată în Monitorul Oficial nr. 486 din 15 iulie 2010

Ne vom opri succint la efectele neașteptate și erorile generate de intrarea în vigoare a celor două acte normative înregistrate în materia urmăririi și sancționării infracțiunilor în general și a traficului de droguri în special. Traficul de droguri reglementat de dispozițiile Legii nr. 143/2000 privind prevenirea și combaterea traficului și consumului ilicit de droguri³.

1. Efectele noii legislații penale

Potrivit statisticilor Agenției Naționale Antidrog reflectate în Raportul Național privind Drogurile din anul 2015, se reflectă starea și dinamica fenomenului infracțional la regimul de circulație a drogurilor unde apar unele aspecte de noutate. Potrivit acestuia, anul 2014 a fost marcat de intrarea în vigoare și de aplicarea Codului Penal și a Codului de Procedură Penală. Astfel, indicatorii de evaluare a fenomenului infracțional au suferit o serie de modificări în special cu privire la soluțiile date atât de procurori (trimitere în judecată, clasare sau renunțarea la urmărirea penală), cât și de instanța de judecată (art. 399 C. pr. pen. – condamnare, renunțare la aplicarea pedepsei, amânarea aplicării pedepsei, achitarea și încetarea procesului penal).

În prezent soluția clasării reunește toate soluțiile de neurmărire penală care au fost reglementate anterior sub denumirea de neîncepere a urmăririi penale, scoaterea de sub urmărire penală, ori încetare a acesteia. Renunțarea la urmărirea penală reprezintă o cauză de stingere a acțiunii penale, fiind una dintre soluțiile de neurmărire și de netrimiteră în judecată.

Pe lângă rechizitoriu, ca soluție de trimitere în judecată a fost introdus acordul de recunoaștere a vinovăției, ca procedură special de sesizare a instanței de judecată.

Pe fondul acestor schimbări începând cu anul 2014, analiza criminologică a datelor statistice pentru anumiți indicatori (precum soluțiile sau pedepsele) nu mai pot fi realizată comparativ cu anii anteriori.

Din punct de vedere al criminalității privind regimul de circulație a drogurilor, anul 2014 se caracterizează⁴ prin:

- Intrarea în vigoare și aplicare la nivel național a noii legislații penale
- Scăderea numărului cauzelor penale soluționate de către unitățile de parchet cu 38% față de anul precedent a determinat o scădere semnificativă a numărului persoanelor cercetate în cursul anului 2014 (cu 36,58% față de 2013). Cu toate acestea se evidențiază o creștere semnificativă a proporției numărului persoanelor trimise în judecată din totalul persoanelor cercetate (de la 14,12% în anul 2013, la 23,84% în 2014). Concomitent s-a înregistrat o creștere a cauzelor soluționate cu trimiterea în judecată din totalul cauzelor soluționate. Aceste aspecte pot evidenția o mai mare eficiență a structurilor de aplicare a legii.
- Scăderea numărului grupurilor infracționale destrămate și a numărului participanților în aceste grupuri
- Scăderea numărului persoanelor condamnate pentru comiterea de infracțiuni la regimul juridic al drogurilor cu 31,33% față de anul 2013 și cu 42,79% față de maximum atins în 2012, ca urmare a aplicării noii legislații în materie penală (art. 396 alin. 3 C. pr. pen. – renunțarea la aplicarea pedepsei)
- Scăderea numărului persoanelor condamnate pentru infracțiunea de deținere de droguri, pentru consum propriu

³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 362/3 august 2000

⁴ Raportul Agenției Naționale Antidrog 2015, p. 230

- Scăderea semnificativă (cu de 2,75 ori) a numărului minorilor condamnați pentru infracțiuni la regimul drogurilor

- Marile aglomerații urbane, precum și zonele transfrontaliere continuă să rămână și pe parcursul anului 2014, zonele cu potențial criminogen ridicat la regimul juridic al drogurilor. În București, Constanța, Cluj și Brașov au fost înregistrate cele mai multe dosare penale soluționale, și cele mai multe persoane condamnate. Bucureștiul rămâne orașul cu cel mai mare număr de condamnări atât pentru trafic de droguri, cât și pentru posesia în vederea consumului.

- Creșterea ponderii persoanelor condamnate pentru infracțiunea de trafic de droguri din totalul persoanelor condamnate pentru infracțiuni la regimul drogurilor de la 84,78% în anul 2013 la 87,24 în anul 2014, deși valoarea absolută a acestui indicator este în scădere (de la 774 în anul 2013 la 547 în anul 2014)

- Scăderea semnificativă a ponderii persoanelor condamnate pentru infracțiunea de deținere de droguri pentru consumul propriu din totalul persoanelor condamnate (de la 6,4% în anul 2013, la 2,07% în anul 2014)

Pe fondul scăderii numărului cauzelor soluționate de parchete și a celui privind persoanele cercetate și condamnate de către o instanță de judecată. Pe anul 2014 se înregistrează o creștere a proporției cauzelor soluționate cu trimiterea în judecată din totalul cauzelor soluționate, precum și a proporției persoanelor trimise în judecată din numărul total al persoanelor cercetate.

În anul 2014, ca urmare a modificării legii penale a scăzut atât numărul persoanelor condamnate, cât și proporția acestora din totalul persoanelor trimise în judecată (de la 78,50% la 50,36%. Este de menționat că în cursul anului 2013, ca urmare a Hotărârii Plenului Consiliului Superior al Magistraturii, tribunalele au trecut la un nou sistem complet de colectare a datelor (ECRIS) care necesită o perioadă de adaptare a grefierilor.

De asemenea, ca urmare a intrării în vigoare a noilor coduri penale în anul 2014, s-au produs disfuncționalități în aplicația centralizatoare a condamnaților definitiv. Totodată, această scădere poate fi justificată și de introducerea a două noi soluții aplicate de instanțe, respectiv renunțarea și amânarea aplicării pedepsei, care au înlocuit soluțiile de condamnare cu suspendare condiționată a executării pedepsei, sau cu suspendarea executării pedepsei sub supraveghere.

Chiar dacă numărul total al persoanelor cercetate a înregistrat o scădere, numărul persoanelor trimise în judecată a crescut comparativ cu anul 2013.

Deficiențe între numărul persoanelor urmarite și trimise în judecată și numărul condamnărilor pronunțate este un aspect ce trebuie de asemenea subliniat. Această diferență se concretizează în apărările inculpaților, schimbarea declarației victimei unde există. Soluțiile pronunțate în cazurile de arestare preventivă se pot schimba. După ce s-a pronunțat arestarea preventivă, inculpatul are dreptul de a formula cereri de eliberare condiționată sau pe cauțiune și respectiv, de transformare a arestului în control judiciar. Legea nu limitează numărul acestora astfel că inculpatul poate face și două cereri în aceeași zi care însă se vor judeca separat de complete diferite, deoarece au obiecte diferite. Pot apare astfel soluții contradictorii. Se impune pronunțarea de soluții coerente privind arestarea preventivă.⁵

⁵ Laura Ecedi Stoiasvlevici în *Traficul de persoane – formă de manifestare a criminalității organizate*, Teză de doctorat, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice, București, 2012, p. 276-277 – inedită

2. Erori în noua legislație penală

Cu ocazia intrării în vigoare a Codului de procedură Penală au fost semnalate de practica judiciară strecurarea unor erori tocmai cu privire la măsurile preventive.

A) Pentru măsurile prevăzute de art. 211-217 Cod Procedură Penală legiuitorul a omis să reglementeze durata pentru care se poate dispune măsura controlului judiciar și controlul judiciar pe cauțiune. Această eroare a fost sesizată în Dosarul nr. 3.407/296/2014 al Judecătoriei Satu Mare – Secția penală, unde cum era și firesc a fost invocată excepția de neconstituționalitate (în speță doar a art. 211 C. pr. pen.).

Această excepție de neconstituționalitate înveterată instanței a format obiectul Dosarului Curții Constituționale nr. 269 D/2014. Potrivit Deciziei Curții Constituționale nr. 712/2014, punctul 26 *„Curtea constată că autorul excepției critică doar dispozițiile art. 211-215 din Codul de procedură penală, ce reglementează instituția controlului judiciar, însă acestea, în mod necesar și evident, nu pot fi disociate de prevederile art. 216 și 217 din Codul de procedură penală, referitoare la controlul judiciar pe cauțiune, întrucât cele două măsuri formează împreună subcategoria măsurilor preventive neprivative de libertate, urmând aceleași reguli și același regim juridic. Nici pentru controlul judiciar pe cauțiune, Codul de procedură penală, respectiv art. 216 și 217 și art. 241, nu prevăd un termen și o durată maximă pentru care această măsură poate fi dispusă. Pentru acest motiv, potrivit art. 31 alin. (2) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, instanța de contencios constituțional, în caz de admitere a excepției de neconstituționalitate a prevederilor art. 211-215 din Codul de procedură penală, urmează a se pronunța și asupra constituționalității dispozițiilor art. 216 și 217 din Codul de procedură penală, constatând că acestora din urmă le sunt aplicabile mutatis mutandis argumentele de neconstituționalitate referitoare la prevederile art. 211-215 din Codul de procedură penală. În consecință, art. 216 și art. 217 din Codul de procedură penală sunt neconstituționale, încalcând art. 23, art. 25, art. 26, art. 39, art. 41 și art. 45 raportate la art. 53 din Legea fundamentală.”*

B) O altă eroare stecurată în art. 223 alin. 2 din Codul de Procedură Penală, de această dată privind arestarea preventivă a traficanților de droguri. Potrivit acestei prevederi legale: *„ Măsura arestării preventive a inculpatului poate fi luată și dacă din probe rezultă suspiciunea rezonabilă că acesta a săvârșit o infracțiune intenționată contra vieții, o infracțiune prin care s-a cauzat vătămarea corporală sau moartea unei persoane, o infracțiune contra securității naționale prevăzută de Codul penal și alte legi speciale, o infracțiune de trafic de stupefiante, trafic de arme, trafic de persoane, ...”*.

Această eroare privind terminologia duală trafic de droguri și trafic de stupefiante a fost sesizată în Dosarul nr. 2.947/84/2014 al Tribunalului Sălaj – Secția penală. Și în acest caz a fost invocată excepția de neconstituționalitate care a format obiectul Dosarului Curții Constituționale nr. 121D/2015. Prin Decizia nr. 553 din 2015 Curtea Constituțională s-a pronunțat constatând neconstituționalitatea acestui text de lege. *„Din interpretarea coroborată a dispozițiilor legale analizate, Curtea reține că prin traficul de droguri se înțelege oricare dintre faptele incriminate la art. 2-10 din Legea nr. 143/2000, mai puțin faptele de consum de astfel de substanțe, pedepsite penal prin aceleași articole. Or, cum drogurile sunt definite, la art. 1 lit. b) din Legea nr. 143/2000, ca fiind plantele și substanțele stupefiante ori psihotrope sau amestecurile care conțin asemenea plante și substanțe, prevăzute în tabelele nr. I-III, iar substanțele stupefiante sunt cele prevăzute la pct. I (1) din anexa la Legea nr.*

339/2005, Curtea constată că **traficul de stupefiante ar putea consta în aceleași fapte, având ca obiect substanțele din anexa anterior referită.**

Având în vedere aceste considerente, Curtea conchide că infracțiunea de trafic de stupefiante, nu se regăsește definită în cuprinsul Codului penal sau al unei legi speciale. Așa cum a fost arătat mai sus, sensul noțiunii de „trafic de stupefiante”, folosită de legiuitor în textul criticat, **ar putea fi dedus doar prin interpretarea coroborată a dispozițiilor legale analizate**, respectiv art. 2 lit. d) din Legea nr. 339/2005 și pct. I (1) din anexa la legea anterior arătată, precum și art. 1 lit. b) și art. 2-10 din Legea nr. 143/2000. Or, lipsa unei definiții clare a infracțiunii de „trafic de stupefiante” este de natură a genera interpretări diferite de către instanțele de judecată, cu ocazia aplicării dispozițiilor art. 223 alin. (2) din Codul de procedură penală, în contextul dispunerii măsurii arestării preventive.

Curtea constată că, fiind cea mai intruzivă dintre măsurile preventive, dispunerea măsurii arestului preventiv trebuie să se realizeze într-un cadru normativ clar, precis și previzibil, atât pentru persoana supusă acestei măsuri, cât și pentru organele de urmărire penală și pentru instanțele de judecată. În caz contrar, s-ar ajunge la posibilitatea limitării într-un mod aleatoriu/subiectiv a unuia dintre drepturile fundamentale esențiale într-un stat de drept: libertatea individuală. De aceea, cerințele privind calitatea, precizia și previzibilitatea legii, în acest context normativ, influențează, în mod direct și nemijlocit, dreptul persoanei la un proces echitabil, privit ca o garanție, în acest caz, a libertății individuale...

În concluzie, Curtea reține că lipsa de claritate, precizie și previzibilitate a normei criticate este de natură a încălca dispozițiile art. 21 alin. (3) din Constituție, având în vedere că persoana supusă măsurii arestării preventive nu poate beneficia de un proces corect și echitabil, de vreme ce norma în cauză poate fi interpretată de către instanțele de judecată cu o marjă largă de apreciere a sferei infracțiunilor pentru care poate fi dispusă această măsură. Or, aprecierile pur subiective trebuie excluse din cadrul ipotezei normative analizate.”

3. Etiologia

În considerarea carențelor legislative la care ne-am limitat, ne punem firească întrebare care au fost cauzele, condițiile și factorii⁶ criminogeni care au favorizat intrarea în vigoare a unei legi fundamentale precum Codul de Procedură Penală. Cu siguranță că la o asemenea situație conjuncturală se ajunge ca urmare a unui complex de împrejurări.

Ne vom opri la unul dintre multele aspecte ce se pot spune, respectiv la procedura prin care au fost adoptate cele două acte normative – Procedura angajării răspunderii Guvernului pentru proiectul de lege. Analiza chiar și sumară a acestui aspect o considerăm esențială întrucât se află la originea legislației contradictorie din România.

Pentru că atât Codul Penal, cât și Codul de Procedură Penală la origine sunt legi, trebuie menționat că, din perspectivă constituțională, ca un rezultat al interacțiunii criteriului organic (formal – procedură de adoptare) și a criteriului material (relațiile sociale reglementate) conceptul de lege poate fi definit ca „*fiind actul juridic normativ adoptat de către organul legiuitor și după o procedură stabilită în acest scop, prin care, în cadrul competenței sale legislative aceasta stabilește reguli generale și de aplicabilitate repetată a căror efectivitate este asigurată prin virtutea coerciției statale*”.⁷

⁶ Cu privire la conceptele de cauză, condiție, efect, factor a se vedea R.M. Stănoiu, *Criminologie*, Ed. Oscar print, 2006, p. 139-141

⁷ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul românesc și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 671

Angajarea răspunderii Guvernului la inițiativa sa asupra proiectului de lege⁸ se circumscrie instituției angajării răspunderii asupra unui program, a unei declarații de politică generală sau a unui proiect de lege, ce reprezintă una dintre procedurile și mijloacele de control ale Parlamentului asupra Guvernului.

Sintagma „angajarea răspunderii” este inadecvată, întrucât sugerează ideea de „greșeală” și de posibilă „sanțiune”. În realitate, Guvernul solicită acordul Parlamentului asupra unui program, a unei declarații politice sau, în cazul analizat, asupra unui proiect de lege.

Este eronată practica Guvernului de a-și asuma răspunderea pe un „pachet de proiecte de lege”. Constituția precizează că este vorba de „proiectul de lege”. Într-o interpretare restrictivă se concluzionează că nu poate face obiectul acestei proceduri orice text susceptibil de vot. Sintagma „proiect de lege, formulată la singular, inculcă ideea, contrară practicii guvernamentale, că nu poate fi vorba de un pachet de legi, chiar dacă poartă o denumire unică. Curtea Constituțională a tolerat, prin încifrare în propria jurisprudență, angajarea răspunderii asupra unui pachet de legi. Cu titlu exemplificativ, amintim Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății. Curtea a precizat, invocând propria jurisprudență, că un proiect de lege poate avea un caracter complex. Caracterul complex este una și pluralitatea de legi sunt aspecte distinct ce trebuie analizate ca atate.

Guvernul nu este obligat să-și angajeze răspunderea, dar avantajele pentru acesta sunt multiple: Guvernul își verifică sprijinul parlamentar și determină polii de interese din interiorul Parlamentului; Atunci când nu se depune o moțiune Guvernul își consolidează poziția, lipsa acesteia echivalează cu votul de încredere; Dacă obiectul angajării răspunderii îl constituie un proiect de lege, procedurii legislative obișnuite i se substituie una ce a fost redusă la expresia: *votul tacit*. Din acest motiv practica adoptării unor proiecte de legi de o deosebită importanță precum codurile și unele dintre legile organice, fără ca acestea să aibă conotații politice decisive, pe calea angajării răspunderii apare inoportună. Imperfecțiunile relevate de textul Constituției din 1991, în procesul aplicării moțiunilor, demonstrează consecințele negative ce derivă din lipsa unor dezbateri însoțite de amendamente. Noua formă a art 113 alin. 3 din Constituție aplatizează asemenea posibile consecințe, dar după cum am văzut nu le elimină.

Instituția analizată – abstracție făcând de sensul livresc sau peiorativ al termenului de „ficțiune” – este o veritabilă „ficțiune juridică legală”⁹ care, a fost acreditată ca procedeu de tehnică legislativă și ca judecată de valoare. Absența moțiunii de cenzură, neadoptarea moțiunii cu cel puțin majoritatea absolută, adoptarea moțiunii cu efectul demiterii Guvernului și respingerea proiectului de lege reprezintă o suită de ficțiuni juridice legale în procedura legislativă.

În prima ipoteză amintită, deși proiectul de lege nu a fost dezbătut și aprobat el se consideră adoptat. Faptul cunoscut și incontestabil este că proiectul de lege nu a fost dezbătut și votat. Nu se poate prezuma că faptul necunoscut este adoptarea proiectului (există diferență între prezumție și ficțiune);

Adoptarea cu „amendamentele acceptate de Guvern” se poate înțelege tot prin concepții ficționale¹⁰:

⁸ *Ibidem*. Vom cita din abundență analiza Angajării răspunderii Guvernului pentru proiectul de lege, p. 653-658

⁹ I. Deleanu, *Ficțiunile Juridice*, Ed. AllBeck, București, 2005, p. 184 și urm

¹⁰ *Ibidem*, p. 191

(1) Amendamentul este substituit al dreptului la inițiativă legislativă conferit parlamentarilor (art. 74 din Constituție), iar asupra unei „inițiative legislative” nu se poate pronunța Guvernul”, ci Parlamentul ca unică autoritate legislativă (art. 61).

(2) Amendamentul este o propunere, sancționată juridic prin obligativitatea examinării și a deliberării, de modificare în formă sau în fond a unui text supus deliberării, așa încât el nu poate fi acceptat sau respins decât de Parlament, și în niciun caz de inițiatorul ei.

(3) Amendamentul se depune la comisia sesizată în fond cu un proiect de lege, deci este prealabil adoptării legii;

Ficțiunea se conservă și în a doua ipoteză. Nerealizarea majorității pentru votarea moțiunii are efect nu doar păstrarea în funcție a Guvernului, ci, prin „ricoșeu”, adoptarea proiectului niciodată dezbătut și votat.

Ideea de ficțiune nu poate fi înlăturată nici în a treia ipostază când admiterea moțiunii duce la demiterea Guvernului. Textul art. 114 nu precizează care este soarta proiectului de lege în acest caz. Prin „ricoșeu” se poate deduce că aceasta este respinsă.

Angajarea răspunderii asupra unui proiect de lege trebuie folosită în considerarea avantajelor pe care le conferă și cu asigurarea în fața riscurilor pe care le prezumă. Practica adoptării unor pachete de legi trebuie evitată;

Riscul juridic existent este reprezentat de apariția unei legi cu grave carențe ca urmare a lipsei dezbaterii și votului. Practica adoptării unor proiecte de legi de o deosebită importanță precum codurile și unele dintre legile organice, fără ca acestea să aibă conotații politice decisive, pe calea angajării răspunderii, este inoportună și după cum s-a văzut în cazul adoptării codurilor sursă de potențiale imperfecțiuni

4. Concluzii

La o primă și sumară analiză adoptarea Codului Penal și a Codului de Procedură Penală se pare că avut impact și asupra traficului de droguri ca urmare a noilor dispoziții cu privire la măsurile preventive.

Impactul principal al schimbărilor legislative a fost cu privire la criminalitate prin modificarea indicilor de evaluare a acestora. Astfel, analiza criminologică privind starea și dinamica traficului de droguri comparativ cu anii precedenți nu se mai poate realiza.

Adoptarea codurilor prin procedura ficțională a angajării răspunderii Guvernului asupra proiectului de lege a făcut ca în legislația penală să se strecoare grave erori ca urmare a absenței votului și dezbaterilor. Vigilența instanțelor și răspunsul controlului de constituționalitate ulterior intrării în vigoare a legilor efectuat de Curtea Constituțională a semnalat și respectiv a sancționat erorile legislative.

Codurile reprezintă per ansamblu o legislație perfectibilă căreia nu trebuie să-i fie negate meritele de a alinia legislația română la exigențele legislației europene. Acestea au adus cu sine multiple prevederi legale ce urmează principiile generale de umanizare a pedepsei și urmăresc obiective precum corelarea cu legislația europeană și optimizarea resocializării criminalilor.

Bibliografie:

- Legea nr. 286/2009 privind Noul Cod Pena al României
- Legea nr. 135/2010 privind Noul Cod de Procedură Penală a României.
- R.M. Stănoiu, *Criminologie*, Ed. Oscar print, 2006,

-
- I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul românesc și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006,
 - I. Deleanu, *Ficțiunile Juridice*, Ed. AllBeck, București, 2005,
 - L. Ecedi Stoisavlevici în *Traficul de persoane – formă de manifestare a criminalității organizate*, Teză de doctorat, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice, București, 2012, – inedită
 - Decizia Curții Constituționale nr. 712 din 2014,
 - Decizia Curții Constituționale nr. 553 din 2015

INCIDENȚA NOILOR CODURI ÎN MATERIA PROBAȚIUNII*

Aura PREDA**

Abstract:

The coming into force of the new codes (criminal and criminal procedure) has generated changes in the institution of probation, therefore, in the probation system too. On the one hand, this regards the new legislative framework, and, on the other hand, the real situation which two of the representative probation services in our country are faced with.

Keywords: *new codes (criminal and criminal procedure), institution of probation, new legislative framework*

Rezumat:

Intrarea în vigoare a noilor coduri (penal și procesual penal) a generat modificări la nivelul instituției probațiunii, implicit a sistemului de probațiune. Este vorba, pe de o parte, despre un nou cadru legislativ, iar pe de altă parte, despre situația concretă cu care se confruntă două dintre serviciile reprezentative din țară.

Cuvinte-cheie: *noile coduri (penal și de procedură penală), instituția probațiunii, cadru legislativ nou*

1. Considerații introductive

Lucrarea încearcă să contureze principalele modificări pe care le-a adus intrarea în vigoare a celor două coduri, penal și de procedură penală, la nivelul unei instituții relativ recente, probațiunea. De aceea, apreciem utile unele precizări conceptuale față de sensurile acestui termen, din punct de vedere etimologic și istoric.

Originea probațiunii o identificăm în numeroasele tentative făcute de-a lungul timpului de a aduce îmbunătățiri reacției represive, mai ales în sistemul common law. Astfel, curentul clinic și doctrina apărării sociale – arată prof. R.M. Stănoiu¹ – readuc în actualitate ideea unor alternative la pedeapsa închisorii, care răspund unui curent nonrepresiv în sistemul justiției penale, delimitându-se de cel represiv.

În opinia unor autori americani² originile probațiunii nu constituie rezultatul unui proces legislativ deliberativ, creativ, cât mai degrabă rezultatul unui proces gradual și aproape imperceptibil de modificare a unor practici legale, deja existente.

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Cercetător științific gradul III, dr., Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” Academia Română; conf. univ. dr., Facultatea de Științe Politice, Juridice și Administrative – Universitatea „Spiru Haret”, e-mail: aurapreda7@yahoo.ro

¹ R.M. Stănoiu, *Introducere în criminologie*, Ed. Academiei, 1989, București, p. 169

² Robert M. Carter, Leslie T. Wilkins, *Probation, Parole and Community Corrections*, 2nd ed., John Wiley&Sons, Inc., 1976, p. 82

Din punct de vedere etimologic, termenul de probațiune provine din limba latină, respectiv *probation*³, care însemna încercare, iertare.

În timp, acest termen a primit noi accepțiuni⁴. Astfel, prin raportare la **sentință**, reprezintă o dispoziție judiciară care stabilește statutul legal al celui acuzat, libertatea lui în comunitate este asigurată în continuare, dar devine un subiect aflat, pentru supervizare, în evidența unui serviciu de probațiune și, totodată, subiect aflat într-o condiționare impusă de o instanță.⁵

Ca instituție⁶, probațiunea se referă la o agenție de servicii desemnată să deservască o instanță și să execute anumite servicii în administrarea justiției penale.

Ca proces⁷, probațiunea implică o investigare anterioară pronunțării unei hotărâri judecătorești, pentru instanță, dar și monitorizarea persoanelor în comunitate.

Statul Massachusetts și Anglia au încontestabilul merit de a fi generat sistemul probațiunii în lume⁸, pe parcursul primei jumătăți a sec. al XIX-lea, în încercarea de a umaniza sistemul justiției penale.

Argumentele principale care susțin aplicarea instituției probațiunii în general sunt – după cum se știe – supraaglomerarea închisorilor (numărul crescut al condamnaților cu pedepse mici) și costurile crescute ale detenției.

2. Noile reglementari din coduri privind probațiunea

2.1. Dispoziții din Codul penal

O primă dispoziție din Codul penal o regăsim în titlul III, cap. II, **art. 64**, respectiv *Executarea pedepsei amenzii prin prestarea unei munci neremunerate în folosul comunității*. Astfel, la alin. 3 se precizează „Coordonarea executării obligației de muncă în folosul comunității se face de serviciul de probațiune”.

Un alt articol, din cap. IV, privind *Individualizarea pedepselor*, este **art. 85** care în alin. 1 se referă la măsurile de supraveghere și obligațiile ce-i revin infractorului în cazul în care instanța a dispus măsura amânării aplicării pedepsei, respectiv toate cele cinci măsuri impuse de instanța se raportează la serviciul de probațiune și, respectiv la consilierul de probațiune. De asemenea, alin. 3 al aceluiași articol face referire la obligația serviciului de probațiune de a pune periodic la dispoziția instanței informațiile privind posibilitățile concrete de executare a obligației de a presta o muncă neremunerată în folosul comunității. Pe durata termenului de supraveghere, de 2 ani, serviciului de probațiune îi revin obligațiile prevăzute de **art. 86** alin. 1-4, respectiv de a lua toate măsurile necesare pentru a asigura executarea acestora, având posibilitatea de a sesiza instanța în cazul în care au intervenit diferite situații noi în intervalul de timp menționat.

În cazul în care instanța dispune suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, conform art. 91 Cp, pe durata supravegherii, cuprinsă între 2-4 ani, conform **art. 93**, i se pune în vedere condamnatului să respecte o serie de măsuri de supraveghere care implică serviciul de probațiune (alin. 1), precum și o serie de obligații a căror îndeplinire corectă și completă este urmărită tot de către serviciul de probațiune, conform art. 94. Potrivit

³ <http://www.etymonline.com/index.php?term=probation>

⁴ Robert M. Carter, Leslie T. Wilkins, *op. cit.*, p. 82

⁵ *Idem*

⁶ *Idem*

⁷ *Idem*

⁸ *Ibidem*, p. 89

ultimului alineat din art. 94 serviciul de probațiune are obligația de a sesiza instanța în cazurile limitativ prevăzute.

O alta situație în care noul cod penal a prevăzut implicarea serviciului de probațiune vizează instituția liberării condiționate, reglementată în art. 99-106. Astfel, în art. 99 alin. 3 se prevede ca „*De la data liberării condiționate, condamnatul este supus unui termen de supraveghere de 10 ani*”.

Așadar, pe o perioadă de 10 ani condamnatul trebuie să respecte măsuri de supraveghere și obligații care sunt în majoritate similare celorlalte măsuri de supraveghere și obligații, toate fiind de competența serviciului de probațiune, cu excepția oblițiilor prevăzute de art. 101 alin. 2, lit. c-g.

De asemenea, în Titlul V – Minoritatea, cap. 1 – *Regimul răspunderii penale a minorului* un prim articol care solicita serviciul de probațiune este **art. 116**, conform căruia, pentru a evalua minorul în vederea individualizării pedepsei potrivit art. 74 Cp, instanța va ține cont de referatul întocmit de acest serviciu. Referatul de evaluare este complex și presupune o documentare temeinică din partea consilierului de probațiune-manager de caz, întrucât pe lângă informațiile standardizate va cuprinde și „*propuneri motivate referitoare la natura și durata programelor de reintegrare socială pe care minorul ar trebui să le urmeze, precum și la alte obligații ce pot fi impuse acestuia de către instanță.*” (art. 116 alin. 1)

În ceea ce privește *Regimul măsurilor educative neprivative de libertate*, așa cum sunt prezentate în Capitolul II, respectiv art. 117-123, observăm ca, la fiecare dintre cele patru măsuri educative neprivative de libertate (art. 117 – stagiul de formare civică, art. 118 – supravegherea, art. 119 – consemnarea la sfârșit de săptămână, art. 120 – asistarea zilnică), legiuitorul a utilizat sintagma „*sub coordonarea serviciului de probațiune*”.

Dacă la art. 117 se prevede că această coordonare are ca scop organizarea, asigurarea participării și supravegherea minorului, pe durata cursului de formare civică, fără a fi afectat programul școlar sau profesional al minorului, la art. 118 finalitatea acestei coordonări din partea serviciului de probațiune este asigurarea participării „*la cursuri școlare sau de formare profesională și prevenirea desfășurării unor activități sau intrarea în legătură cu anumite persoane care ar putea afecta procesul de îndreptare a acestuia*”.

De asemenea, supravegherea executării tuturor obligațiilor (art. 121 alin. 1 lit. a-f)⁹ impuse de instanța minorului fata de care s-a luat o măsură neprivativă de libertate se face tot sub coordonarea serviciului de probațiune.

Serviciul de probațiune are și obligația de a sesiza instanța în cazurile în care au intervenit motive care justifică fie modificarea obligațiilor impuse de instanță, fie încetarea executării unora dintre acestea sau persoana supravegheată nu respectă condițiile de executare a măsurii educative sau nu execută, în condițiile stabilite, obligațiile ce îi revin.¹⁰

⁹ 1) Pe durata executării măsurilor educative neprivative de libertate, instanța poate impune minorului una sau mai multe dintre următoarele obligații:

- a) să urmeze un curs de pregătire școlară sau formare profesională;
- b) să nu depășească, fără acordul serviciului de probațiune, limita teritorială stabilită de instanță;
- c) să nu se afle în anumite locuri sau la anumite manifestări sportive, culturale ori la alte adunări publice, stabilite de instanță;
- d) să nu se apropie și să nu comunice cu victima sau cu membri de familie ai acesteia, cu participanții la săvârșirea infracțiunii ori cu alte persoane stabilite de instanță;
- e) să se prezinte la serviciul de probațiune la datele fixate de acesta;
- f) să se supună măsurilor de control, tratament sau îngrijire medicală

¹⁰ Se coroborează cu prevederile art. 98 din Legea nr. 252/2013 privind organizarea și funcționarea sistemului de probațiune

2.2. Dispoziții din Codul de procedură penală

Art. 506 prevede că și organele de urmărire penală pot să solicite, atunci când consideră necesar efectuarea referatului de evaluare **de către serviciul de probațiune** de pe lângă tribunalul în a cărui circumscripție își are locuința minorul, potrivit legii. În această situație, dispunerea referatului de către instanță este facultativă, aspect criticat de unii judecători.

Un alt articol, **art. 508** privește *Persoanele chemate la judecarea minorilor*, printre acestea se numără și un reprezentant al **serviciului de probațiune**, care are dreptul și îndatorirea să dea lămuriri, să formuleze cereri și să prezinte propuneri în privința măsurilor ce ar urma să fie luate, însă, neprezentarea acestuia nu împiedică judecarea cauzei.

Referitor la punerea în executare a măsurilor educative neprivative de libertate, respectiv **art. 511**, prevede că în cazul în care s-a luat față de minor vreuna dintre măsurile educative neprivative de libertate, după rămânerea definitivă a hotărârii se fixează un termen pentru când se dispune aducerea minorului, chemarea reprezentantului legal al acestuia, **a reprezentantului serviciului de probațiune** pentru punerea în executare a măsurii luate.

3. Direcția Națională de Probațiune

În cadrul Ministerului de Justiție funcționează Direcția Națională de Probațiune, direcție aflată sub coordonarea directă ministrului justiției. Aceasta structură are personalitate juridică, în temeiul Legii nr. 252/2013 privind organizarea și funcționarea sistemului de probațiune, cu modificările și completările ulterioare.

Sistemul de probațiune, ca serviciu public de interes național, contribuie la înfăptuirea actului de justiție și își desfășoară activitatea în scopul reabilitării sociale a infractorilor, al diminuării riscului de săvârșire a unor noi infracțiuni și al menținerii siguranței comunității, precum și pentru reducerea costurilor sociale ale executării sancțiunilor și măsurilor penale, prin diminuarea populației din unitățile penitenciare și valorificarea potențialului socioeconomic al infractorilor.¹¹ În România, sistemul de probațiune este reprezentat de Direcția Națională de Probațiune, instituție publică cu personalitate juridică din cadrul Ministerului Justiției, care își exercită atribuțiile la nivel central, și de cele 42 de structuri teritoriale, denumite servicii de probațiune.

Direcția Națională de Probațiune îndeplinește următoarele **atribuții principale**¹²:

a) *stabilește direcțiile strategice de acțiune în domeniul probațiune în vederea implementării strategiei justiției ca serviciu public;*

b) *stabilește concepția și coordonează, evaluează și monitorizează, la nivel național, Strategia națională de reabilitare a persoanelor față de care s-au dispus sancțiuni și măsuri comunitare, aplicată în sistemul de probațiune, inclusiv de către instituțiile cu atribuții în domeniu;*

c) *organizează și coordonează procesul de executare a pedepselor și măsurilor neprivative de libertate specifice domeniului probațiunii;*

d) *elaborează Standardele minime de lucru în probațiune pentru instituțiile din comunitate și normele metodologice pentru avizarea și acreditarea programelor de lucru cu persoanele supravegheate;*

e) *organizează și coordonează activitatea structurilor teritoriale;*

¹¹ <http://www.just.ro/directia-nationala-de-probatiune/>

¹² *Idem*

- f) coordonează gestionarea resurselor umane ale sistemului de probațiune;*
- g) organizează pregătirea profesională a personalului din sistemul de probațiune și organizează cursuri de pregătire pentru persoane din cadrul instituțiilor implicate în activitatea de probațiune;*
- h) elaborează proiectul de buget anual al Direcției și al structurilor teritoriale, pe care îl supune spre aprobare ministrului justiției și asigură execuția bugetară în condițiile legii;*
- i) **administrează patrimoniul sistemului de probațiune, organizează și coordonează alocarea, mișcarea, evidența și controlul cheltuielilor materiale și de investiții, a mijloacelor și echipamentelor din dotare;***
- j) elaborează, în colaborare cu direcția de specialitate din Ministerul Justiției, proiectele de acte normative privind organizarea și activitatea sistemului de probațiune;*
- k) realizează evaluarea și controlul activității derulate în structurile teritoriale de probațiune, prin intermediul inspectorilor de probațiune;*
- l) realizează evaluarea profesională a personalului din cadrul sistemului de probațiune, în condițiile stabilite prin Regulamentul de organizare și funcționare a sistemului de probațiune;*
- m) coordonează elaborarea standardelor de performanță, a metodelor și instrumentelor de lucru, în scopul uniformizării și îmbunătățirii activității de probațiune;*
- n) coordonează elaborarea și implementarea strategiei de comunicare și relațiile publice a sistemului de probațiune, în scopul promovării rolului sistemului de probațiune;*
- o) coordonează cooperarea internațională în domeniu;*
- p) reprezintă în fața instanțelor judecătorești și a altor organe de jurisdicție interesele Direcției și ale structurilor teritoriale;*
- q) coordonează activitatea de colectare și prelucrare a datelor statistice specifice domeniului probațiune și gestionează sistemele informatice aferente;*
- r) realizează studii, analize și cercetări care să contribuie la fundamentarea politicii în domeniu, la elaborarea strategiilor de lucru și la îmbunătățirea practicii;*
- s) elaborează și difuzează ghiduri practice sau alte materiale în domeniu, întocmind propriile materiale în acest sens, având în vedere practica organelor judiciare;*
- t) promovează rolul sistemului de probațiune, al activităților desfășurate de către personalul din sistemul de probațiune, inclusiv prin mijloacele de informare în masă;*
- u) alte atribuții prevăzute în domeniul de activitate a sistemului de probațiune.*

Serviciile de probațiune locale își desfășoară activitatea în fiecare județ, prin consilierii de probațiune coordonați de șeful serviciului. La rândul-le, consilierii de probațiune îndeplinesc următoarele **atribuții**¹³:

- realizează evaluarea inculpaților, a minorilor aflați în executarea unei măsuri educative, respectiv a persoanelor supravegheate, din oficiu sau la solicitarea organelor judiciare, potrivit legii prin elaborarea referatelor și rapoartelor de evaluare;
- sprijină instanța de judecată în procesul de individualizare a pedepselor și măsurilor educative;
- coordonează procesul de supraveghere a respectării măsurilor și executarea obligațiilor stabilite în sarcina persoanelor supravegheate față de care instanța a dispus: amânarea aplicării pedepsei, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, liberarea condiționată;

¹³ <http://www.just.ro/directia-nationala-de-probatiune/>

- coordonează procesul de supraveghere a respectării uneia dintre următoarele măsuri educative neprivative de libertate: stagiul de formare civică, supravegherea, consemnarea la sfârșit de săptămână, asistarea zilnică;

- coordonează executarea pedepsei amenzii prin prestarea unei munci neremunerate în folosul comunității;

- derulează activități specifice în legătură cu persoanele private de libertate;

- îndeplinesc alte atribuții, conform legii.

În anii 2014-2015, date statistice cu privire la principalele activități desfășurate de consilierii serviciilor de probațiune vizau următorii indicatori¹⁴:

- elaborarea referatelor și rapoartelor de evaluare a ajuns la numărul de 5691 față de 6.633 în 2015.

- supravegherea modului în care persoanele condamnate/sanctionate respectă măsurile și/sau obligațiile impuse de instanța de judecată-26.749 persoane condamnate/sanctionate din care minori – 1720, persoane pentru care a fost amânata aplicarea pedepsei – 2116, persoane asistate în cadrul procesului de supraveghere – 1059, în anul 2014; În anul următor cifra a ajuns la 42.034.

- participări în comisii pentru individualizarea regimului de executare a pedepselor privative de libertate (activități prevăzute în Legea nr. 83/2010, de modificare și completare a Legii nr. 275/2006)¹⁵ un număr de 2090 situații;

- participări la judecarea cauzelor privind infracțiuni săvârșite de minori (activitățile prevăzute în art. 484, alin. (2) C. pr. pen.)¹⁶ pentru 107 persoane.

Datele statistice arată că numărul de persoane aflate în supravegherea serviciilor de probațiune a atins o creștere de 58%, în timp ce numărul consilierilor de probațiune a scăzut cu aproximativ 3%.

Serviciile de probațiune din România cumulau la finalul anului 2015 un număr de 355 consilieri de probațiune, dintre care 16 au avut raporturile de muncă suspendate.¹⁷

De reținut că din cele 9 solicitări de abilitare a diverse persoane juridice de drept privat în vederea implicării acestora în executarea sancțiunilor neprivative de libertate sub coordonarea serviciilor de probațiune ar Direcția Națională de Probațiune a redactat doar 3 rapoarte de abilitare către instanțe.

In loc de concluzii

Principalele aspecte care se desprind din cercetări empirice realizate la nivelul a două servicii de probațiune, reprezentative la nivelul țării (București și Ilfov) sunt:

- studiile de fezabilitate care au stat la baza adoptării actualei legislații execuțional-penale au fost fie insuficiente, fie nu au fost temeinice;

- au fost „importate” instituții care nu-și au aplicabilitate în contextul socio-economic și cultural național

¹⁴

<http://www.just.ro/MinisterulJusti%C8%9Biei/Organizare/Direc%C5%A3iileMJ/Serviciideproba%C8%9Biune/tabid/2931/Default.aspx>

¹⁵ Conform noilor prevederi, aceste tipuri de responsabilități se exercită în comisia pentru liberare condiționată (art.97 din Legea nr. 254/2013), în consiliul educativ (art. 145, art. 179-180 din Legea nr. 254/2013) și în comisia pentru stabilirea, individualizarea și schimbarea regimului de executare a măsurii educative a internării în centrul de detenție (art. 146 și art. 179-180 din Legea nr. 254/2013)

¹⁶ Conform Noul Cod de procedură penală, aceste activități sunt prevăzute la art. 508

¹⁷ http://www.just.ro/wp-content/uploads/2015/09/Raport-2015-DNP_11022016.pdf

- se impun ședințe comune, periodice între consilierii de probațiune și judecătorii de la secțiile penale ale instanțelor din subordinea curților de apel;
- stabilirea în sentințe a unor obligații realiste, obiective în funcție de situația economico-financiară, profesională și nivelul de instrucție ale celui condamnat;
- includerea în sentință a numărului de telefon al condamnatului pentru a fi contactat mai ușor de către consilierii de probațiune și evitarea irosirii timpului cu corespondențe și mobilizarea polițiștilor de proximitate;
- luarea în considerare într-o mai mare măsură a recomandărilor consilierului de probațiune de către judecător în individualizarea pedepsei;
- eliminarea birocrăției sub toate formele, mai ales în relațiile cu instanțele, cu instituțiile din comunitate etc.;
- corelarea obligațiilor cu circumstanțele agravante și cu factorii de risc prezentați de consilierii de probațiune în referatele de evaluare;
- inexistența unor practice unitare pentru aceleași tipuri de infracțiuni, aspecte despre care persoanele supravegheate inițiază aprinse discuții;
- personal de probațiune insuficient față de « excesul de probațiune » dispus de instanțe
- număr insuficient de instituții din comunitate pregătite pentru a colabora eficient cu serviciile de probațiune

DREPTUL LA APĂRARE EFECTIVĂ A INculpATULUI ÎN FAZA DE URMĂRIRE PENALĂ

Alina GENTIMIR*

Abstract:

This communication develops briefly the idea that the right of defense of the accused, generally, in criminal cases, and, in particular, in pretrial proceedings, is a continuing challenge for judiciary, defendant, other parties and procedural subjects. Firstly, it may be noted the resizing of the fundamental principles of criminal proceedings – searching the truth, presumption of innocence, fairness of the criminal trial, right to defense, right to liberty and security, respect for human dignity and privacy, right to an interpreter – which represents the ideal premise for highlighting the essential nature of the right to defense. The right to defence symbolises the joint vein of an effective action of all principles, given their interconditionality in their implementation. No less crucial may be the fact that, whether are taken into account the merits of the case – to establish the guilt or the innocence of the defendant – whether it is necessary to clarify certain matters adjacent to the merits – preventive measures or insurers – the right of defense is required to be guaranteed effectively by judiciary, thus respecting the spirit of laws, and not their letter.

Keywords: right to a fair trial, right to defence, pretrial proceedings, preventive measures

Rezumat:

Prezenta comunicare dezvoltă în mod succint ideea potrivit căreia dreptul la apărare al inculpatului în cadrul procesului penal, în general, și în faza de urmărire penală, în special, constituie o continuă provocare atât pentru organele judiciare, cât și pentru celelalte părți și subiecți procesuali. În primul rând, este remarcată redimensionarea principiilor fundamentale ale procesului penal – principiile aflării adevărului, a prezumției de nevinovăție, caracterului echitabil al procesului penal, dreptului la apărare, dreptului la libertate și siguranță, respectarea demnității umane și a vieții private, dreptul la un interpret – care reprezintă premiza ideală de evidențiere a caracterului esențial al dreptului la apărare, acesta simbolizând filonul comun al acțiunii eficiente a tuturor principiilor, dată fiind intercondiționarea acestora în aplicare. Nu mai puțin esențial este faptul că, fie că este avut în vedere fondul cauzei – stabilirea vinovăției sau nevinovăției inculpatului – fie că se impune lămurirea unor chestiuni adiacente fondului cauzei – dispunea unor măsuri preventive sau asiguratorii – dreptul la apărare se impune a fi garantat de către organele judiciare în mod efectiv, cu respectarea spiritului dispozițiilor legale, și nu a literei acestora.

Cuvinte-cheie: dreptul la un proces echitabil, dreptul la apărare, urmărire penală, măsuri preventive

Idealul la care România a aspirat odată ce a devenit stat membru al unor organizații internaționale sau regionale, precum Consiliul Europei sau Uniunea Europeană, a fost, incontestabil, să se ralieze, în primă fază, exigențelor comune impuse în toate domeniile de

* Lect. univ. dr., Universitatea „Al.I. Cuza”, Facultatea de Drept, e-mail: agentimir@yahoo.fr

activitate. Este de notorietate că noua legislație în materie procesual penală a fost redactată cu dificultate datorită atât constrângerilor externe, dar și a presiunilor politice și judiciare naționale. Blocul legislativ intrat în vigoare, din fericire pentru spiritul normelor în materie, este constant adaptat de jurisprudența Curții Constituționale, judecătoria acestei instanțe înțelegând, cu adevărat, sensul instituțiilor juridice reglementate atât de dreptul național, cât și în cadrul domeniului drepturilor omului¹. Doar astfel se satisface absolut principiul jurisprudențial european potrivit căruia „drepturile garantate de Convenția europeană a drepturilor omului trebuie să fie concrete și efective, iar nu teoretice și iluzorii”².

Reorganizarea principiilor fundamentale ale procesului penal român³ în lumina jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului este destinată a avea impact profund asupra mentalității tuturor participanților, fie că sunt autorități judiciare, fie că sunt părți sau subiecți procesuali.

Premiza fundamentală în baza căruia este conceput întregul proces penal⁴ este cea a exercitării eficiente a atribuțiilor de către organele judiciare cu garantarea drepturilor părților și ale celorlalți participanți în procesul penal astfel încât să fie respectate prevederile Constituției, ale tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, ale celorlalte reglementări ale Uniunii Europene în materie procesual penală, precum și ale pactelor și tratatelor privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte⁵.

Filonul comun al tuturor principiilor procesului penal este reprezentat de drepturile părților și ale subiecților procesuali, realizându-se astfel un echilibru între cei care exercită funcții procesuale distincte – acuzare, apărare, judecată – dar și o reală transpunere normativă a principiului „egalității armelor”⁶.

Acte procesuale precum dispunerea începerii procesului penal, punerea în mișcare și exercitarea acțiunii penale ori luarea unor măsuri preventive trebuie să îndeplinească cu respectarea concomitentă a principiilor aflării adevărului, a prezumției de nevinovăție, caracterului echitabil al procesului penal, dreptului la apărare, dreptului la libertate și siguranță, respectarea demnității umane și a vieții private.

Așadar, organele de urmărire penală au obligația generală de a desfășura urmărirea penală cu respectarea garanțiilor procesuale și a drepturilor părților și ale subiecților procesuali, astfel încât să fie constatate la timp și în mod complet faptele care constituie infracțiuni, nicio persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală, iar orice persoană care a săvârșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit legii, într-un termen rezonabil⁷. Acesta exigență, în legislația anterioară, era calificată, având aproape același conținut, drept scopul procesului penal. În actuala reglementare, completată, avându-se în vedere perspectiva oferită de Convenția europeană a drepturilor omului, se dorește

¹ Ciobanu, A., Ciobanu, P., Manea, T., *Noul Cod de procedură penală adnotat*, Ed. Rosetti International, 2015, p. 10-248;

² CEDO, *Airey c. Irlandei*, hotărârea 9 octombrie 1979, <http://hudoc.echr.coe.int/>

³ Răileanu, R., *Principiile fundamentale ale procesului penal român în lumina noului Cod de procedură penală*, Revista Dreptul nr. 6/2014, p. 98

⁴ Volonciu, N., Vasiliu, Al, Radu, Gh, *Noul Cod de procedură penală adnotat. Partea generală*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2016; Crișu, A., *Drept procesual penal. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2016; Lupașcu, D., *Noul Cod de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, 2016; Udrioiu, *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Ed. CH Beck, 2015

⁵ Articolul 1 alineatul 2 din Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010

⁶ CEDO, *Delcourt c. Belgia*, hotărârea 17 ianuarie 1970, <http://hudoc.echr.coe.int/>

⁷ Articolul 8 din Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală

satisfacerea atât a dreptului fundamental la un proces echitabil, cât și a componentei acestuia referitoare la echitatea procedurii⁸.

Dreptul la un proces echitabil, fiind principalul reper la care se raportează atât organele de urmărire penală și judecători, cât și părțile și subiecții procesuali, este structurat pe două paliere: primul palier se referă la organele judiciare – tribunal independent și imparțial – și activitatea acestora – examinarea cauzelor în mod echitabil, public, în termen rezonabil, respectiv motivarea hotărârilor, iar al doilea palier se referă la părți și subiecți procesuali – dreptul de acces liber la justiție, prezumția de nevinovăție, dreptul la apărare.

Componenta echității vizează în cadrul urmăririi penale raportul dintre organele de urmărire penală și suspect ori inculpat, din perspectiva mijloacelor procedurale avute la dispoziție.

Organele de urmărire penală au și obligația generală de a asigura, pe baza probelor, aflarea adevărului cu privire la faptele și împrejurările cauzei, precum și cu privire la persoana suspectului sau inculpatului⁹. Și întrucât funcția de apărare nu este exercitată în exclusivitate de către suspect ori inculpat, organele de urmărire penală au o obligație specifică de a strânge și de a administra probele atât în favoarea, cât și în defavoarea suspectului sau inculpatului. Caracterul obligatoriu al acestei atribuții este subliniat de instituirea unei sancțiuni pentru mai multe tipuri de situații care pot apărea în practică, precum respingerea sau neconsemnarea cu rea-credință a probelor propuse în favoarea suspectului sau inculpatului¹⁰.

În privința probelor administrate se mai impune a fi avut în vedere și principiul *in dubio pro reo*, în actuala reglementare fiind considerat parte componentă a principiului general al prezumției de nevinovăție. Condiția esențială a aplicării acestuia este administrarea întregului material probatoriu anterior formării convingerii organelor judiciare asupra acestora, fie că se procedează la recunoașterea vinovăției – caz în care probele ar trebui să conducă propriu-zis la o condamnare, fie că procesul penal se desfășoară în forma sa tipică¹¹. Mai precis, sarcina dovedirii acuzațiilor revine organelor de urmărire penală, iar orice îndoială la final de fază procesuală – camera preliminară sau judecată – se interpretează în favoarea suspectului sau inculpatului¹².

În materia probațiunii a fost introdus un set de reguli care consacră principiul loialității în obținerea probelor. Aceste reguli, care prevăd sancțiunea excluderii probelor obținute nelegal sau neloial, sunt de natură a determina creșterea profesionalismului organelor judiciare în obținerea probelor și constituie garanția respectării ferme a drepturilor părților la un proces echitabil.¹³

Între toate principiile generale, principiul dreptului la apărare¹⁴ reprezintă reperul central, nucleul întrucât se regăsește ca un leitmotiv în conținutul celorlaltor principii. Actuala reglementare procesual penală¹⁵ redă în mare parte conținutul articolului 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, în privința formelor de exercitare a dreptului de

⁸ Jean-Francois Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, 2009, p. 474-475

⁹ Articolul 5 alineatul 1 din Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală

¹⁰ Articolul 5 alineatul 2 din Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală

¹¹ Theodoru, Gr., *Tratat de procedură penală*, Ed. Hamangiu, 2013, p. 45

¹² Articolul 4 alineatul 2 din Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală

¹³ <http://www.mpublic.ro/ncpp.pdf>

¹⁴ Mateuș, Gh., *Dreptul la apărare și avocatul, subiect procesual distinct în procesul penal – elemente de noutate în Codul de procedură penală actual*, Caiete de drept penal nr. 4/2014, p. 5

¹⁵ Articolul 10 din Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală

apărare – autoapărarea sau apărarea exercitată de un avocat și a garanțiilor de exercitare a dreptului la apărare: dreptul de a fi informat de îndată și înainte de a fi ascultat despre fapta pentru care se efectuează urmărirea penală și pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală și încadrarea juridică a acesteia, dreptul la tăcere, dreptul de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării. Distincția expres prevăzută de dispozițiile normative procesual penale române¹⁶ între dreptul de a fi informat de îndată și înainte de a fi ascultat despre fapta pentru care se efectuează urmărirea penală și încadrarea juridică a acesteia și dreptul de a fi informat de îndată și înainte de a fi ascultat despre fapta pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală și încadrarea juridică a acesteia are rolul de a preveni eventuale abuzuri din partea organelor de urmărire penală. De altfel, această garanție suplimentară este amplificată de obligația menționată expres¹⁷ pentru organele de urmărire penală de a asigura exercitarea deplină și efectivă a dreptului la apărare de către inculpat și suspect pe parcursul întregii faze de urmărire penală. Ar putea fi avută în vedere, pe de o parte, prezența suspectului ori inculpatului la desfășurarea actelor de urmărire penală. Pe de altă parte, caracterelor de plenitudine și efectivitate nu pot fi satisfăcute doar de simpla prezență a suspectului ori inculpatului, ci de implicarea activă permisă de lege, în acord cu exigența bunei-credințe specificată expres ca singura indicație limitativă adusă dreptului la apărare.

Aceste raporturile dintre organele de urmărire penală și suspect ori inculpat, ca premiză a exercitării efective a dreptului la apărare, trebuie să fie guvernate de respectarea demnității umane, dar și a vieții private, a inviolabilității domiciliului și a secretului corespondenței¹⁸.

Dacă principiile prezentate mai sus reprezintă garanții ale respectării dreptului la apărare privind fondul cauzei, dreptul la libertate și siguranță este principiul care pune în lumină exercitarea dreptului la apărare vis-a-vis de chestiuni adiacente fondului cauzei, respectiv luarea măsurilor preventive.

Scopul măsurilor preventive este de a asigura buna desfășurare a procesului penal. Atât timp cât condițiile pot fi satisfăcute prin dispunerea unor măsuri limitative de libertate – controlul judiciar, controlul judiciar pe cauțiune, arestul la domiciliu, introduse în noua legislație tocmai pentru a realiza acordul cu tendințele normative și jurisprudențiale în domeniu la nivel european și internațional, dispunerea unei măsuri preventive precum măsura reținerii sau a arestării preventive¹⁹ ar trebui să constituie o excepție. De altfel, regula este judecarea în libertate a inculpatului.

Avându-se în vedere că judecătorii trebuie să ia în considerare circumstanțele cauzei și să se asigure că deținerea este indispensabilă în ceea ce privește o veritabilă cerință de interes public²⁰, o situație specială este oferită de practica judiciară actual română: urmărirea penală în cazul infracțiunilor de corupție. În condițiile în care necesitatea măsurii privative de libertate este evaluată în funcție de satisfacerea unei nevoi sociale imperioase și să fie proporțională cu scopul legitim urmărit²¹, măsura arestării preventive în cazul infracțiunilor de corupție satisface în mod eficient scopul procesului penal ori tocmai publicitatea excesivă a unor astfel de măsuri, cu încălcarea unor drepturi fundamentale, are

¹⁶ Articolul 10 alineatul 3 din Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală

¹⁷ Articolul 10 alineatul 5 din Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală

¹⁸ Articolul 11 din Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală

¹⁹ Tuculeanu, Al., Sima, C., *Condițiile reținerii și arestării preventive în reglementarea noului Cod de procedură penală*, Revista Dreptul nr. 3/2015; Mirisan, V., *Aspecte controversate referitoare la căile de atac în materia măsurilor preventive*, Revista Dreptul nr. 2/2015; Ivan, Gh., Ivan, C., *Considerații asupra arestării preventive cu specială referire la cazurile de aplicare*, Revista Dreptul nr. 4/2015

²⁰ CEDO, hotărârea *Neumeister c. Austria*, hotărârea 27 iunie 1968, <http://hudoc.echr.coe.int/>

²¹ Comisia, *Lynas c. Elveția*, <http://hudoc.echr.coe.int/>

rolul de a se corespunde nevoi de vendetă a opiniei publice în privința autorităților publice acuzate de corupție? Sau aceasta „nevoie” ar fi pe deplin satisfăcută printr-o hotărâre judecătorească definitivă de condamnare, fiind respectate, implicit, și prezumția de nevinovăție și dreptul la viață privată?

Gravitatea faptei trebuie stabilită prin mijloace de probă legale, verosimile, pertinente. În condițiile în care într-o societate democratică guvernată de principiul fundamental al supremației dreptului, o detenție arbitrară nu ar putea niciodată să fie considerată legală, altfel s-ar ignora importanța dreptului la libertate într-o societate democratică²², apare întrebarea dacă este îndeplinită condiția supremației dreptului și cea a înlăturării arbitrariului atunci când mijloacele de probă esențiale ale cauzei, respectiv cele pe care se întemeiază calificarea faptei drept gravă, sunt înregistrările audio-video și declarațiile coinculpților sau apropiaților acestora, coinculpți care obțin avantaje procesuale și procedurale în cauză. Chiar noua legislație procesual penală²³ reglementează modalitățile de obținere a probelor și obligativitatea excluderii lor²⁴ în cazul în care acestea nu au fost administrate cu bună-credință.

Se poate avea în vedere raționamentul săvârșirii faptelor de dare și luare de mită. Agravarea situației inculpaților acuzați de săvârșirea infracțiunii de luare de mită este determinată de favorizarea inculpaților acuzați de dare de mită doar pentru că aceștia «au colaborat cu autoritățile», deși faptele s-au succedat într-o anumită ordine: dare de mită, luare de mită. Care dintre probatorii este de netăguit? avantajele financiare obținute de coinculpții care au săvârșit darea de mită care sunt evidente pentru opinia publică locală sau cele presupuse ale inculpatului acuzat de infracțiunea de luare de mită. Caracterul plauzibil al suspiciunilor înseamnă că autenticitatea și sinceritatea acestora nu pot fi suficiente: sunt necesare fapte sau informații de natură să convingă un observator obiectiv că persoana în cauză a putut comite infracțiunea (existența în societatea românească a prejudecății că toate autoritățile statului sunt corupte; nu trebuie ignorat contextul politic general²⁵).

În cazul criminalității „gulerelor albe” o prezumție legală de pericolozitate se poate justifica, în special în cazul în care nu este absolută, dar poate fi contrazisă prin proba contrarie. O reglementare europeană a arestării preventive este destinată a evita anumite devieri inacceptabile, cum ar fi de a utiliza o astfel de măsură pentru a face presiuni asupra deținutului pentru ca acesta să vorbească sau chiar pentru a face din timpul petrecut în detenție un avans asupra pedepsei viitoare²⁶.

În concluzie, efectivitatea dreptului la apărare al inculpatului în cadrul urmăririi penale, indiferent de latura domeniului său de aplicare, depinde de obiectivele stabilite de către legiuitor atunci când a construit raționamentul procesului penal, în general, și a normelor procesual penale, în special. Este esențială înțelegerea și aplicarea spiritului reglementarilor în ansamblul lor, nu a literei lor atât de către organele judiciare, cât și a inculpatului și a celorlalte părți și subiecți procesuali. În caz contrar, triplul scop al prevederilor legale – preventiv, sancționator ori educative – este neîndeplinit.

²² CEDO, *Winterwerp c. Olanda*, hotărârea 24 octombrie 1979, <http://hudoc.echr.coe.int/>

²³ Articolul 102 din Legea nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală

²⁴ Saharov, N., *Considerații referitoare la sancțiunea excluderii probelor în reglementarea Noului Cod de Procedură Penală*, Revista Dreptul nr. 10/2014, p. 80

²⁵ CEDO, *Fox, Campbell și Hartley c. Marea Britanie*, hotărârea 20 august 1990, <http://hudoc.echr.coe.int/>

²⁶ CEDO, *Pantano c. Italia*, hotărârea 17 februarie 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/>

UTILIZAREA INVESTIGATORULUI SUB ACOPERIRE ÎN DOCUMENTAREA INFRAȚIUNILOR DE TERORISM

Cristian POPA*
Romeo-Ioan GÂRZ**

Abstract:

Using the methods initiated by the government institutions with jurisdiction in the national security domain, following the special means of investigation, namely that of the undercover investigator, it is carried out the defense of the national security values by preventing and counteracting the threats to the national security raised by terrorism.

The Romanian Service of Intelligence is, as stated by the law, the government institution that fulfills the main criteria for being a national authority in the domain of preventing and fighting against terrorism-a phenomenon in shapes that are, by excellence, disguised, conspirative, with various manifestations, difficult to anticipate and fight against, requiring an pro active study, also, by means of the criminal law method of the undercover investigator.

The European Court of the Human Rights taking into consideration the justification of a legal provision that gives the public authorities the right to survey the actions of certain people, admitted that, although the special research techniques, including the undercover investigator, represent violating the right to private life, some of these, under special circumstances ca be necessary in a democratic society, if they are meant to defend national security or to prevent committing criminal deeds, in this case, terrorism acts.

Keywords: *the undercover investigator, national security, terrorism, special investigation techniques, respect for the human rights*

Rezumat:

Prin măsurile inițiate de organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale pe linia mijloacelor speciale de investigare, respectiv cea a utilizării investigatorului sub acoperire, se realizează în concret atributul de apărare a valorilor de securitate națională pe linia prevenirii și combaterii amenințărilor la adresa securității naționale generate de fenomenul terorist.

Serviciul Român de Informații este, potrivit legii, instituția statului ce deține atribuțiile esențiale de autoritate națională în domeniul prevenirii și combaterii terorismului – fenomen ale cărui manifestări sunt, prin excelență, disimulate, conspirative, îmbracă forme diverse și sunt dificil de previzionat și contracarat, fiind necesară instrumentarea lor pro-activă și prin intermediul instituției de drept procesual penal a investigatorului sub acoperire.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului, luând în discuție justificarea existenței unor dispoziții legislative care acordă autorităților publice dreptul de a supraveghea acțiunile anumitor persoane, a admis că, deși tehnicile speciale de documentare, inclusiv utilizarea investigatorului sub acoperire, constituie ingerințe în exercițiul dreptului la viață privată, acestea, în anumite situații excepționale se pot dovedi necesare într-o societate democratică,

* Conf. univ. dr., Academia Națională de Informații „Mihai Viteazul”; e-mail: ccrpopa@gmail.com

** Expert, Academia Națională de Informații „Mihai Viteazul”; e-mail: rom_prodigy@yahoo.com

dacă sunt destinate să apere securitatea națională sau să prevină săvârșirea unor fapte penale, în speța dată infracțiunile de terorism.

Cuvinte-cheie: *investigatorul sub acoperire; securitatea națională; terorism; tehnici speciale de investigare; respectarea drepturilor omului*

I. Introducere

Instituția investigatorului sub acoperire a fost reglementată pentru prima dată în normele penale naționale în art. 21 din Legea nr. 143/2002¹. Ulterior, investigatorul sub acoperire ca nou subiect oficial judiciar a fost reglementat în art. 224¹ - art. 224⁴ din vechiul Cod de procedură penală, articole introduse prin Legea nr. 281 din 24 iunie 2003².

Prin această reglementare se statua utilizarea investigatorilor sub acoperire și de către organele de stat care desfășoară, potrivit legii, activități de informații pentru realizarea securității naționale, în scopul strângerii datelor privind existența infracțiunii și identificarea persoanelor față de care există presupunerea că au săvârșit o infracțiune.

În anul 2006, prin Legea nr. 356³, a fost modificat art. 224¹ alin. 2 și 3 din Codul de procedură penală, în sensul că se specifica exclusiv că investigatorul sub acoperire era lucrător operativ din cadrul poliției judiciare, fără a se mai face referire și la atribuțiile organelor de stat care desfășoară, potrivit legii, activități de informații pentru realizarea securității naționale, pe segmentul acestui subiect judiciar.

Trebuie menționat că instituția investigatorului sub acoperire era prevăzut să se desfășoare în faza actelor premergătoare, în sensul că prin utilizarea acestuia se strângeau datele necesare organelor de urmărire penală pentru începerea urmăririi penale.

II. Dispoziții legale actuale în materie

La data de 01.02.2014 a intrat în vigoare Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală⁴, conform art. 103 din Legea nr. 255/2013⁵, care reglementează instituția investigatorului sub acoperire, investigatorului cu identitate reală și a colaboratorului.

Legiuitorul român a reglementat și faptul că pot fi utilizați ca investigatori sub acoperire și lucrători operativi din cadrul organelor de stat care desfășoară, potrivit legii, activități de informații în vederea asigurării securității naționale, în scopul investigării infracțiunilor contra securității naționale și infracțiunilor de terorism.

În prezentul material vom face o analiză a instituției investigatorului sub acoperire ca lucrător operativ al Serviciului Român de Informații și rolul său în culegerea de date și informații cu privire la pregătirea sau săvârșirea unor infracțiuni de terorism, astfel cum

¹ Privind combaterea traficului și consumului ilicit de droguri, publicată în Monitorul Oficial nr. 362 din 3 august 2000, cu modificările și completările ulterioare, republicată în Monitorul Oficial al României nr. 163 din 6 martie 2014, modificată și completată prin art. I din Legea nr. 51 din 17 aprilie 2014, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 322 din 5 mai 2014

² Privind modificarea și completarea Codului de procedură penală și a unor legi speciale, publicată în Monitorul Oficial nr. 468 din 1 iulie 2003

³ Pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală, precum și pentru modificarea altor legi, publicată în Monitorul Oficial nr. 677 din 7 august 2006

⁴ Publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010

⁵ Pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 515 din 14 august 2013

acestea sunt normate de Legea nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului⁶, cu modificările și completările ulterioare.

În conformitate cu art. 1 din actul normativ invocat terorismul reprezintă ansamblul de acțiuni și/sau amenințări care sunt de natură să afecteze climatul de securitate națională⁷.

Aceste acțiuni și/sau amenințări trebuie să comporte o serie de caracteristici, respectiv: să fie săvârșite premeditat de entități teroriste, motivate de concepții și atitudini extremiste, ostile față de alte entități, împotriva cărora acționează prin modalități violente și/sau distructive; să aibă ca scop realizarea unor obiective specifice, de natură politică; să vizeze factorii umani și/sau factorii materiali din cadrul autorităților și instituțiilor publice, populației civile sau al oricărui alt segment aparținând acestora; să producă stări cu un puternic impact psihologic asupra populației, menit să atragă atenția asupra scopurilor urmărite⁸.

Potrivit art. 2 din Legea nr. 14/1992⁹, Serviciul Român de Informații organizează și execută activități pentru culegerea, verificarea și valorificarea informațiilor necesare cunoașterii, prevenirii și contracarării oricăror acțiuni care constituie, potrivit legii, amenințări la adresa securității naționale a României, inclusiv „actele teroriste, precum și inițierea sau sprijinirea în orice mod a oricăror activități al căror scop îl constituie săvârșirea de asemenea fapte”, reglementate de art. 3 lit. „i” din Legea nr. 51/1991 privind securitatea națională a României¹⁰, precum și infracțiunile de terorism prevăzute de Legea nr. 535/2004.

De asemenea, în conformitate cu art. 6 din Legea nr. 14/1992, Serviciul Român de Informații execută activități informative și tehnice de prevenire și combatere a terorismului.

Serviciul Român de Informații este, potrivit legii, instituția statului ce deține atributele esențiale de autoritate națională în domeniul prevenirii și combaterii terorismului – fenomen ale cărui manifestări sunt, prin excelență, disimulate, conspirative, îmbracă forme diverse și sunt dificil de previzionat și contracarat, fiind necesară instrumentarea lor pro-activă și prin intermediul instituției de drept procesual penal a investigatorului sub acoperire.

Serviciului Român de Informații i s-au atribuit responsabilități de autoritate națională în domeniul prevenirii și combaterii terorismului în baza unei decizii strategice adoptată la nivelul Consiliului Superior de Apărare a Țării – CSAT.

Responsabilitățile SRI în domeniul prevenirii și combaterii terorismului, au fost – ulterior – consacrate legislativ prin Legea nr. 535/2004, care prevede înființarea Sistemului Național de Prevenire și Combatere a Terorismului (SNPCT), precum și faptul că în cadrul Serviciului Român de Informații – ca autoritate națională în domeniu – se înființează Centrul de Coordonare Operativă Antiteroristă (CCOA), care asigură coordonarea tehnică a SNPCT.

Dispozițiile legale respective au creat cadrul necesar realizării de consultări inter-instituționale pentru realizarea în condiții adecvate a schimbului de informații și

⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 1161 din 8 decembrie 2004

⁷ Starea de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică necesară existenței și dezvoltării statului național român ca stat suveran, unitar, independent și indivizibil, menținerii ordinii de drept, precum și a climatului de exercitare neîngrădită a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, potrivit principiilor și normelor democratice statornicite prin Constituție

⁸ Art. 1 lit. a)-d) din Legea nr. 535/2004

⁹ Privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 33 din 3 martie 1992, cu modificările și completările ulterioare

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 163 din 7 august 1991, republicată în Monitorul Oficial al României nr. 190 din 18 martie 2014

analizelor integrate de risc pe domeniul de competență, asigurând controlul eficient al riscurilor de natură teroristă în plan național.

De asemenea, prin cooperarea între componentele acestui Sistem – coordonat de către SRI – se realizează implementarea și perfecționarea, la nivel național, a măsurilor prevăzute în cadrul Strategiei UE de combatere a terorismului¹¹.

Decizia de desemnare a SRI ca autoritate națională în domeniu a fost fundamentată pe necesitatea abordării unitare a prevenirii și combaterii fenomenului terorist, precum și a mutațiilor acestuia de natură să afecteze starea de stabilitate socială, politică și economică, elemente fundamentale în dezvoltarea unui stat de drept, având la bază și următoarele considerente:

a) faptul că legislația națională atribuie Serviciului competențe în contracararea amenințărilor la adresa securității naționale, în calitate de principal serviciu de informații pentru securitatea internă;

b) aportul informativ substanțial al SRI la fundamentarea deciziilor strategice la nivelul aparatului central de stat;

c) rolul esențial al activității de intelligence în prevenirea producerii unui atac terorist, săvârșirea unui atentat reprezentând, în mod evident, un eșec al structurilor abilitate;

d) potențialul operațional și, implicit, capacitatea instituțională a SRI de a contribui în mod decisiv și eficient la prevenirea și contracararea amenințărilor teroriste, bazate pe: capacitatea demonstrată a instituției de cooperare cu celelalte autorități și instituții publice având competențe pe linia prevenirii și combaterii fenomenului terorist; rezultatele deosebite în cooperarea cu structurile din alte state abilitate în domeniul de referință.

În esență, concepția strategică în domeniul prevenirii și combaterii terorismului s-a centrat pe faptul că în toate sistemele de securitate națională, principalul obiectiv al activității este prevenirea actelor de terorism.

Dat fiind caracterul anticipativ al unei astfel de intervenții, prevenirea poate fi realizată prin tehnicile speciale de documentare informativă ale structurilor de informații, care asigură monitorizarea entităților clandestine implicate în planificarea unui act terorist și identificarea intențiilor de comitere a unui atentat care pot fi îndeplinite și prin intermediul investigatorului sub acoperire ca persoană care culege date și informații despre o entitate teroristă care sprijină, în orice mod, promovează sau încurajează terorismul, se pregătește să comită, comite sau participă la acte teroriste.

În absența unei cunoașteri aprofundate a mediilor de risc – respectiv un fond de date și informații cuprinzător referitor la stările de fapt care pot determina sau facilita comiterea unui act terorist și o analiză specializată a acestuia furnizate de tehnicile speciale de investigare printre care și cea a investigatorului sub acoperire – nicio instituție sau autoritate publică nu poate lua măsuri eficiente și implicit nu se poate realiza funcția preventivă a securității naționale.

Potrivit art. 9 din Legea nr. 14/1992, cadre anume desemnate din Serviciul Român de Informații pot efectua, cu respectarea legii, verificări prin: solicitarea și obținerea de obiecte, înscrisuri sau relații oficiale de la autorități sau instituții publice, respectiv solicitarea de la persoane juridice de drept privat ori de la persoane fizice; consultarea de specialiști ori

¹¹ În decembrie 2005, Consiliul European a adoptat Strategia Uniunii Europene de combatere a terorismului, care a oferit cadrul pentru activitățile UE în acest domeniu¹. Angajamentul strategic al Uniunii este de a combate terorismul la nivel mondial, respectând totodată drepturile omului, și de a face Europa mai sigură, permițând cetățenilor acesteia să trăiască într-un spațiu de libertate, securitate și justiție. Strategia grupează toate acțiunile sub patru titluri – PREVENIREA, PROTECȚIA, URMĂRIREA, RĂSPUNSUL.

experți; primirea de sesizări sau note de relații; fixarea unor momente operative prin fotografiere, filmare ori prin alte mijloace tehnice sau constatări personale, cu privire la activități publice desfășurate în locuri publice, dacă nu este efectuată sistematic; obținerea datelor generate sau prelucrate de către furnizorii de rețele publice de comunicații electronice sau furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, altele decât conținutul acestora, și reținute de către aceștia potrivit legii.

De asemenea, SRI efectuează prin laboratoare de specialitate și specialiști proprii constatări dispuse sau solicitate în condițiile legii. SRI desfășoară activități specifice culegerii de informații care presupun restrângerea temporară a exercițiului unor drepturi sau libertăți fundamentale ale omului, efectuate potrivit procedurii prevăzute în Legea nr. 51/1991, dispoziții coroborate, în cazul amenințărilor la adresa securității naționale generate de infracțiunile de terorism, cu art. 20 din Legea nr. 535/2004, care se aplică în mod corespunzător¹².

Totodată, dacă din efectuarea, de către cadrele SRI anume desemnate, a activităților sus-menționate, inclusiv în calitate de investigatori sub acoperire, rezultă date și informații care indică pregătirea sau săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, în temeiul art. 11 alin. 1 lit. d din Legea nr. 51/1991, acestea sunt transmise organelor de urmărire penală, sub forma unui proces-verbal care constituie act de sesizare, condițiile fiind prevăzute de art. 61 din Codul de procedură penală.

Pentru operaționalizarea în plan procesual-penal a atributelor sus-menționate, în conformitate cu art. 12 alin. (2) din Legea nr. 14/1992, la solicitarea organelor judiciare competente, cadre anume desemnate din Serviciul Român de Informații pot acorda sprijin de specialitate la realizarea unor activități de cercetare penală pentru infracțiuni privind securitatea națională.

De asemenea, potrivit art. 12 din Legea nr. 14/1992 cadrele SRI, în cazul constatării unui atentat sau act terorist ori a unor tentative sau acte preparatorii la infracțiunile de terorism, pot reține pe făptuitor, predându-l de îndată organelor judiciare competente împreună cu actul de constatare și corpurile delictive.

Totodată, în cazul infracțiunilor flagrante, în conformitate cu art. 61 alin. 2 din Cpp., organele SRI au dreptul de a face percheziții corporale sau ale vehiculelor, de a-l prinde pe făptuitor și de a-l prezenta de îndată organelor de urmărire penală.

În cazul infracțiunii flagrante, organele SRI întocmesc un proces-verbal, în care consemnează toate aspectele constatate și activitățile desfășurate, pe care îl înaintează de îndată organului de urmărire penală.

Având în vedere aceste prevederi și modalitățile de punere în executare a obligațiilor legale ce revin Serviciului Român de Informații pe segmentul documentării prin tehnici speciale de investigare a infracțiunilor de terorism, una dintre acestea fiind și utilizarea investigatorului sub acoperire, instituția a creat, împreună cu Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism – DIICOT, mecanismele necesare pentru documentarea informativă și procesual penală a acestor infracțiuni, context în care acesteia, prin procurori specializați, îi revine competența legală exclusivă în urmărirea penală a infracțiunilor specifice fenomenului terorist, indiferent de calitatea persoanei¹³.

¹² Art. 10 din Legea nr. 14/1992

¹³ Art. 12 alin. 1 lit. b) pct. V și alin. 2 din Legea nr. 508/2004 privind înființarea, organizarea și funcționarea în cadrul Ministerului Public a Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 1089 din 23 noiembrie 2004, cu modificările și completările ulterioare.

În efectuarea investigațiilor preliminare în domeniul prevenirii și combaterii terorismului, DIICOT poate beneficia de sprijin tehnic și informativ de specialitate al SRI. Pe de altă parte, există posibilitatea legală ca lucrătorii operativi din SRI utilizați ca investigatori sub acoperire să depună mărturie și să beneficieze de protecție ca martori amenințați¹⁴, potrivit art. 125-129 din Codul de procedură penală.

Un alt aspect important este faptul că personalul SRI are calitatea de organ de constatare, calitate în care îi revine obligația să întocmească un proces-verbal cu privire la infracțiunile constatate în timpul exercitării atribuțiilor prevăzute de lege, inclusiv cele de terorism, atribuții prevăzute de art. 61 din Cpp.

III. Investigatorul sub acoperire

În plan doctrinar s-au elaborat o multitudine de studii cu privire la instituția procesual-penală a investigatorului sub acoperire începând încă din anul 2001, toate contribuind la îmbunătățirea aplicabilității practice a utilizării acestuia pentru investigarea infracțiunilor grave, dar și a legislației în materie prin propuneri de lege ferenda.

Prin articolul de față nu îmi propun să fac o prezentare exhaustivă a acestor studii caracterizate de un înalt profesionalism științific, ci doar să prezint într-o formă sintetică această instituție procesual penală și rolul ei pozitiv în investigarea infracțiunilor de o gravitate extremă cum sunt cele de terorism, precum și conferirea unui atribut de utilizare a investigatorilor sub acoperire organelor de stat care desfășoară, potrivit legii, activități de informații în vederea asigurării securității naționale și în particular în sarcina Serviciului Român de Informații.

În primul rând îmi propun să redau definiția investigatorului sub acoperire reglementată de art. 138 alin. 10 din Codul de procedură penală care prevede că investigatorul sub acoperire este o persoană cu o altă identitate decât cea reală aceasta fiind utilizată în scopul obținerii de date și informații cu privire la săvârșirea unei infracțiuni.

În actuala reglementare procesual-penală se statuează faptul că pot fi utilizați ca investigatori sub acoperire și lucrători operativi din cadrul organelor de stat care desfășoară, potrivit legii, activități de informații în vederea asigurării securității naționale, în speță și din cadrul Serviciului Român de Informații.

Scopul utilizării lucrătorilor operativi din cadrul Serviciului Român de Informații ca investigatori sub acoperire este acela de a obține date și informații cu privire la infracțiunile contra securității naționale, precum și a infracțiunilor de terorism.

Această instituție procesual-penală a investigatorului sub acoperire face parte din categoria mijloacelor speciale de cercetare, reglementate de Capitolul IV din Codul de procedură penală, fiind statuată expres în art. 148 din actul normativ invocat.

Disponerea de către normele procesual-penale în sarcina SRI a utilizării investigatorilor sub acoperire pentru obținerea de date și informații cu privire la săvârșirea infracțiunilor de terorism a avut în vedere caracteristicile de amenințare asimetrică a fenomenului terorist, Serviciul Român de Informații folosind metode și instrumente specializate de planificare a reacției la un atac terorist, în vederea asigurării unui management optim al crizei teroriste.

¹⁴ În cazul în care există o suspiciune rezonabilă că viața, integritatea corporală, libertatea, bunurile sau activitatea profesională a martorului ori a unui membru de familie al acestuia ar putea fi puse în pericol ca urmare a datelor pe care le furnizează organelor judiciare sau a declarațiilor sale, organul judiciar competent acordă acestuia statutul de martor amenințat și dispune una ori mai multe dintre măsurile de protecție

Legiuitorul a avut în vedere faptul că abordarea terorismului se realizează de către instituțiile competente și dobândește o dimensiune preponderent preventivă, implicând în mod direct serviciile de securitate și informații ce au ca atribuții culegerea, verificarea și valorificarea informațiilor necesare cunoașterii, prevenirii și contracarării amenințărilor la adresa securității naționale generate de terorism.

De altfel, fostul Înalt Reprezentant al UE pentru PESC, dl. Javier Solana, argumenta – cu prilejul elaborării Strategiei de Securitate a UE – că „abordarea terorismului poate necesita o mixtură de mijloace ale serviciilor de informații, poliției, organelor judiciare și structurilor militare” și că „primul obiectiv al activității de informații este de a-i găsi pe teroriști, de a-i opri înainte să lovească și de a-i localiza după atacuri”.

Cerințele esențiale pentru utilizarea investigatorilor sub acoperire de către SRI în vederea obținerii de date și informații cu privire la săvârșirea infracțiunilor de terorism sunt specificate de legiuitor, astfel această instituție procesuală poate fi utilizată dacă: a) există o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea infracțiunilor de terorism; b) există o suspiciune rezonabilă că o persoană este implicată în activități infracționale ce au legătură cu infracțiunile de terorism; c) măsura este necesară și proporțională cu restrângerea temporară a exercițiului unor drepturi și libertăți fundamentale¹⁵; d) probele sau localizarea și identificarea făptuitorului, suspectului ori inculpatului nu ar putea fi obținute în alt mod; e) obținerea probelor ar presupune dificultăți deosebite ce ar prejudicia ancheta; f) există un pericol pentru siguranța persoanelor sau a unor bunuri de valoare.

Utilizarea investigatorului sub acoperire de către Serviciul Român de Informații este condiționată de autorizarea emisă de procuror, din oficiu sau la cerere, prin ordonanță care trebuie să cuprindă: a) indicarea în concret a activităților pe care investigatorul sub acoperire este autorizat de procuror să le desfășoare pentru investigarea activităților de pregătire sau săvârșire a unei infracțiuni de terorism. În acest caz este necesar să se precizeze că investigatorul sub acoperire trebuie să respecte aceste mențiuni, care se substituie unui instructaj operațional; b) perioada pentru care s-a autorizat măsura. Durata totală a măsurii de utilizare a investigatorului sub acoperire este de un an, cu excepția situației în care sunt documentate infracțiuni de terorism; c) identitatea atribuită investigatorului sub acoperire. Identitatea reală a acestuia, în scop de protecție, nu poate fi dezvăluită. Trebuie însă precizat că prin excepție de la această prevedere, procurorul, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată are dreptul de a cunoaște adevărata identitate a investigatorului sub acoperire, cu respectarea secretului profesional¹⁶. În situația în care investigatorul sub acoperire sau membrii de familie ai acestuia fac obiectul amenințărilor, intimidărilor sau actelor de violență, aspecte care au legătură cu activitatea secretă desfășurată de investigatorul sub acoperire, fiind de natură să genereze efecte negative asupra vieții, integrității corporale sau sănătății acestora, pot beneficia de măsuri speciale de protecție a martorilor, conform Legii nr. 682/2002¹⁷.

Un element de noutate introdus de actuala reglementare este dat de faptul că în cazul în care procurorul apreciază că este necesar ca investigatorul sub acoperire să poată folosi dispozitive tehnice speciale pentru a obține fotografii sau înregistrări audio și video din mediul unde se derulează activitățile infracționale pe linie de terorism, sesizează

¹⁵ Date fiind particularitățile cauzei, importanța informațiilor sau a probelor ce urmează a fi obținute ori gravitatea infracțiunii.

¹⁶ Art. 149 alin. 2 din Codul de procedură penală

¹⁷ Privind protecția martorilor, republicată în Monitorul Oficial al României nr. 288 din 18 aprilie 2014

judecătorul de drepturi și libertăți în vederea emiterii mandatului de supraveghere tehnică, sens în care dispozițiile art. 140 și art. 141 din Cpp se aplică în mod corespunzător.

Pe aceleași considerente și strict privind situația în care investigatorul sub acoperire din cadrul SRI poate folosi dispozitive tehnice speciale pentru a obține fotografii sau înregistrări audio și video din mediul infracțional cu risc criminogen crescut, aspect care implică restrângerea temporară a exercițiului unor drepturi și libertăți fundamentale, SRI poate întreprinde demersuri prevăzute de art. 20 din Legea nr. 535/2004, cu respectarea procedurii stabilite de art. 14-20 din Legea nr. 51/1991, pentru activarea mandatului de securitate națională care să autorizeze diverse activități investigative ale lucrătorului operativ din cadrul SRI ce are calitatea de investigator sub acoperire.

De asemenea, în vederea investigării infracțiunilor de terorism prin intermediul investigatorului sub acoperire, organele judiciare pot folosi sau pune la dispoziția acestuia orice înscrisuri ori obiecte necesare pentru desfășurarea activității autorizate care are scop culegerea de date și informații despre infracțiunile de terorism. Trebuie precizat faptul că această activitate a persoanei care pune la dispoziție sau folosește înscrisurile ori obiectele nu constituie infracțiune.

În concluzie, activitatea propriu-zisă a investigatorului sub acoperire din cadrul SRI constă în culegerea de date și informații despre infracțiunile de terorism, pe care le pune, în totalitate, la dispoziția procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală, întocmind un proces-verbal de constatare a elementelor de care a luat la cunoștință în investigarea activităților ilegale.

IV. Concluzii

Măsura de utilizare a investigatorului sub acoperire de către Serviciul Român de Informații pentru obținerea de date și informații cu privire la infracțiunile de terorism, măsura supusă autorizării procurorului care efectuează urmărirea penală, este de natură să sprijine eforturile pe linia prevenirii și combaterii terorismului, fenomen prin excelență clandestin a cărui investigare reclamă tehnici speciale de documentare, inclusiv în sarcina organele de stat care desfășoară, potrivit legii, activități de informații pentru realizarea securității naționale.

Având în vedere amenințările strategice la adresa securității naționale generate de infracțiunile de terorism, măsura de utilizare de către SRI a investigatorilor sub acoperire pentru obținerea de date și informații despre infracțiunile de terorism necesare investigării procesual – penale a acestora, contribuie la îndeplinirea funcției de urmărire penală de către organele judiciare în a cărei exercitare acestea strâng probele necesare fundamentării deciziei procesuale de trimitere/netrimiterie în judecată, cu respectarea fermă a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului, luând în discuție justificarea existenței unor dispoziții legislative care acordă autorităților publice dreptul de a supraveghea acțiunile anumitor persoane, a admis¹⁸ că, deși tehnicile speciale de documentare, inclusiv utilizarea investigatorului sub acoperire, constituie ingerințe în exercițiul dreptului la viață privată, acestea, în anumite situații excepționale se pot dovedi necesare într-o societate democratică, dacă sunt destinate să apere securitatea națională sau să prevină săvârșirea unor fapte penale, în speța dată infracțiunile de terorism.

¹⁸ C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariul pe articole, vol. 1, Drepturi și libertăți*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 595

În sfera amenințărilor la adresa stării de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică ca elemente de reper ale securității naționale, intensificarea și perfecționarea tehnicilor speciale de investigare și apărarea drepturilor omului nu sunt două probleme care se exclud reciproc, ci dimpotrivă sunt elemente de politici statale și regionale care sunt interdependente. Astfel, organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale nu acordă o atenție excesivă prevenirii și combaterii terorismului ca amenințare strategică la adresa securității naționale în detrimentul respectării drepturilor cetățenilor săi și a normelor constituționale, context în care mecanismele statale de gestionare și contracarare respectă principiul proporționalității, în sensul creării, operaționalizării și consolidării unor măsuri care să fie apropiate de starea de fapt care le-a determinat.

Constituția stabilește cadrul general al instituției restrângerii drepturilor și libertăților fundamentale, enumerând principiile de bază, după cum urmează: restrângerea exercițiului drepturilor și libertăților se poate face numai prin lege – principiul se referă la faptul că atât temeiurile, cât și procedurile necesare trebuie să fie strict reglementate prin acte normative de nivelul legii; restrângerea exercițiului drepturilor și libertăților se realizează numai dacă se impune – în spiritul protecției juridice a drepturilor omului, Constituția consacră principiul potrivit căruia restrângerea exercițiului drepturilor și libertăților poate interveni în situația în care nu există alte mijloace de protejare a valorii sociale puse în pericol sau lezate; restrângerea este subsumată unor scopuri expres prevăzute în Constituție – potrivit acestui principiu, restrângerea nu poate interveni decât pentru realizarea anumitor deziderate de interes public, expres și limitativ prevăzute de Constituție; restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică, a cărei caracteristică dominantă este respectul față de aceste drepturi sau libertăți, consecința firească a acestei exigențe este aceea că măsurile care au asemenea implicații trebuie să aibă caracter de excepție; măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, respectiv cu starea de pericol la adresa securității naționale care justifică adoptarea lor; măsura trebuie aplicată în mod nediscriminatoriu, ceea ce înseamnă că restrângerea nu se poate baza pe criterii de naționalitate, sex, rasă, convingere religioasă etc., ci exclusiv pe considerentul faptei care pune în pericol sau lezează securitatea națională; măsura trebuie să nu aducă atingere existenței dreptului, în sensul că, pe perioada aplicării măsurii, individul păstrează dreptul, fiind supus restrângerii temporare și limitate numai exercițiul dreptului respectiv.

Prin măsurile inițiate de organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale pe linia mijloacelor speciale de investigare, respectiv cea a utilizării investigatorului sub acoperire se realizează în concret atributul de apărare a valorilor de securitate națională pe linia prevenirii și combaterii amenințărilor la adresa securității naționale generate de fenomenul terorist.

În lipsa utilizării de către organele de stat care desfășoară, potrivit legii, activități de informații în vederea asigurării securității naționale a investigatorului sub acoperire nu se poate realiza funcția preventivă a securității naționale. În toate sistemele de securitate națională, misiunea principală este de a preveni, raportată la eficiența structurilor de informații pe linia monitorizării entitățile teroriste clandestine care sprijină, în orice mod, promovează sau încurajează terorismul, se pregătesc să comită, comit sau participă la acte teroriste contrare securității naționale, în cooperare cu organele abilitate de aplicare a legii pe domeniul de competență.

INSTITUȚIA CAMEREI PRELIMINARE

Anca FICA*

Abstract:

By introducing the institution preliminary chamber it sought to meet the requirements of legality and fairness of the criminal trial expeditiously.

Pre-Trial Chamber is a new institution, innovative, which aims to create a modern legislative framework, to remove excessive length of proceedings in the trial phase.

By regulating preliminary chamber procedure seeks to address issues related to the legality of prosecuting the legality of evidence, ensuring the premises for prompt resolution of the case on the merits. In this way, they eliminated some of the deficiencies that led to the conviction of Romania by the European Court of Human Rights for violating the excessive length of the criminal proceedings.

This institution of criminal procedural law have direct effect, positive on speeding settling the criminal case and removes a shortcoming of the current provisions criminal procedure, the review of the legality of the indictment, the evidence adduced in the course of prosecution prevents indefinite start of the judicial inquiry. In this context, preliminary procedure room includes rules that eliminate the possibility of further restitution in the trial stage of the file to the prosecution, because the legality of the rules of evidence and prosecuting are resolved at this stage.

With the new procedural provisions, jurisdiction lies with preliminary chamber judge compliance verification tests administered during the prosecution guarantees the fairness of the proceedings. In this regard, the legality of evidence is closely and exclusively related to ensuring the fairness of the trial.

In this context, if the judge finds that requires removal of evidence, it caused harm because essential procedural rights of any party, he will exclude that evidence. So, the content of the provisions governing the preliminary chamber, through solutions that can be arranged, provided the criteria for determining whether the procedure during the prosecution had a fair character in order to proceed to judgment on the merits.

Keywords: preliminary chamber, institution of criminal procedural law, Judge

Rezumat:

Prin introducerea instituției camerei preliminare, legiuitorul a urmărit să răspundă exigențelor de legalitate, celeritate și echitate a procesului penal.

Camera preliminară este o instituție nouă, inovatoare, ce are ca scop crearea unui cadru legislativ modern, care să înlăture durata excesivă a procedurilor în faza de judecată.

Prin reglementarea procedurii camerei preliminare se urmărește rezolvarea chestiunilor ce țin de legalitatea trimiterii în judecată și de legalitatea administrării probelor, asigurându-se premisele pentru soluționarea cu celeritate a cauzei în fond. În acest mod, sunt eliminate unele dintre deficiențele, care au condus la condamnarea României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru încălcarea duratei excesive a procesului penal.

Această instituție de drept procesual penal produce un efect direct, pozitiv, asupra celerității soluționării unei cauze penale și înlătură o lacună a actualelor dispoziții procesuale

* Consilier juridic, e_mail: f.anca08@yahoo.com

penale, în care examinarea legalității rechizitoriului, a probelor administrate în cursul urmăririi penale împiedică pe durată nedeterminată începerea cercetării judecătorești. În acest context, procedura camerei preliminare cuprinde reguli care elimină posibilitatea restituirii ulterioare, în faza de judecată, a dosarului la parchet, datorită faptului că legalitatea probatoriului și a trimiterii în judecată sunt soluționate în această fază.

Prin noile dispoziții procedurale, revine judecătorului de cameră preliminară competența de verificare a conformității probelor administrate în cursul urmăririi penale cu garanțiile de echitabilitate a procedurii. Sub acest aspect, legalitatea administrării probelor este strâns și exclusiv legată de asigurarea caracterului echitabil al procesului penal.

În acest context, dacă judecătorul va constata că se impune înlăturarea mijlocului de probă, deoarece a produs o vătămare esențială drepturilor procesuale ale unei părți, va exclude acel mijloc de probă. Așadar, prin conținutul dispozițiilor care reglementează camera preliminară, prin soluțiile care pot fi dispuse, sunt prevăzute criteriile în cărora se stabilește dacă procedura în cursul urmăririi penale a avut un caracter echitabil pentru a se putea proceda la judecata pe fond.

Cuvinte-cheie: camera preliminară, instituție de drept procesual penal, judecător

1. Considerații generale privind camera preliminară

Legiuitorul, în expunerea de motive a proiectului de lege privind Codul de procedură penală, a evidențiat necesitatea adoptării procedurii de camera preliminară și a motivat că, având în considerare deficiențele cu care se confruntă sistemul procedural penal, s-a simțit nevoia ralierei la un sistem modern care să corespundă cu cerințele imperative de a se crea o justiție adaptată așteptării sociale, precum și creșterea calității acestui serviciu public¹.

Camera preliminară ar putea fi definită ca fiind o instituție nouă, inovatoare care are ca scop crearea unui cadru legislative modern, care să înlăture durata excesivă a procedurilor în faza de judecată. Prin reglementarea procedurii camerei preliminare se urmărește rezolvarea chestiunilor ce țin de legalitatea trimiterii în judecată și de legalitatea administrării probelor, asigurându-se premisele pentru soluționarea cu celeritate a cauzei în fond.

Obiectul procedurii în camera preliminară, conform articolului 342 NCPP îl constituie verificarea legalității sesizării instanței și verificarea legalității administrării probelor ori efectuării actelor de către organele de urmărire penală.

Durata procedurii în camera preliminară, potrivit articolului 343 NCPP este de cel mult 30 de zile de la data înregistrării cauzei la instanță, dar nu poate fi mai mică de 15 zile de la aceeași dată.

Măsurile premergătoare sunt reglementate de articolul 344, care prevede că după înregistrarea dosarului la instanța competentă, acesta se trimite în aceeași zi judecătorului de cameră preliminară.

Judecătorul de cameră preliminară stabilește, în funcție de complexitatea cauzei, data la care va soluționa cauza. Copia certificată a rechizitoriului și, după caz, traducerea autorizată a acestuia se comunică de îndată părților și persoanei vătămate, în plic sigilat, la locul de deținere sau prin agentul procedural al instanței sesizate, al instanței în circumscripția căreia locuiesc sau al instanței locului indicat de acestea pentru a fi citate.

¹ A se vedea Secțiunea a II-a, cu denumirea marginală – „Motivul emiterii actului normativ”, nr. 1 – „Descrierea situației actuale”, din Expunerea de motive a legii privind Codul de procedură penală, p. 1

Inculpatului i se aduce la cunoștință prin adresa de trimitere a rechizitoriului că până la data stabilită poate formula cereri și ridica excepții și că își poate angaja un avocat pentru a depune note scrise. În cazul în care inculpatul își angajează un avocat, acesta poate depune notele scrise judecătorului de cameră preliminară cu cel puțin 10 zile. În cazul în care asistența juridică este obligatorie, judecătorul de cameră preliminară desemnează în cauză un avocat din oficiu, care poate depune note scrise cu cel puțin 3 zile înainte de data soluționării cauzei. Cererile și excepțiile se comunică parchetului, care poate răspunde în scris până la termenul de soluționare stabilit de judecătorul de cameră preliminară.

În condițiile în care procedura în cameră preliminară este lipsită de oralitate, se desfășoară în formă scrisă, de publicitate și contradictorialitate, în doctrină s-a susținut că este de neconceput ca una dintre cele mai importante funcții în procesul penal, funcția de instrucție, să aibă un caracter specific metodelor investigative, care prin natura lor impun confidențialitatea (de exemplu, autorizarea efectuării de percheziții domiciliare sau de interceptare a convorbirilor ori alte tehnici speciale de supraveghere sau cercetare prevăzute în articolul 138 NCPP). O altă inechitate este dată și de dispozițiile articolului 344 alineatul (5) NCPP, care dau posibilitatea parchetului, căruia anterior i s-au comunicat cererile și excepțiile părților, de a răspunde în scris, răspuns care însă nu se comunică părților. S-a susținut că această prevedere contravine dreptului părților de a lua cunoștință despre toate cererile și excepțiile invocate de cealaltă parte, mai ales în condițiile în care poziția acuzării este exprimată prin rechizitoriu, iar orice observații suplimentare comunicate judecătorului de cameră preliminară potrivit articolului 344 alineatul (5) NCPP rămân necunoscute celorlalte părți. Analizându-se și durata și natura juridică a termenelor stabilite prin articolul 343 și articolul 344 NCPP, s-a criticat faptul că pentru judecătorul de cameră preliminară s-a stabilit un anumit termen de recomandare privind durata procedurii, dar corelativ pentru părți sunt fixate alte termene (termenul de 10 zile fixat pentru depunerea notelor scrise prin avocat ales, respectiv 3 zile prin avocat din oficiu). Instituirea unor termene diferite după cum partea este asistată de către un apărător ales sau numit din oficiu este criticabilă. Mai mult, din interpretarea alineatului (4) al articolului 344 NCPP rezultă că partea nu poate depune note scrise decât prin avocat, fapt care contravine articolului 6 paragraful 3 litera c) din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, care recunoaște dreptul fundamental al persoanei acuzate de a se apăra singur².

Dacă rechizitoriului îi lipsește vreuna dintre mențiunile obligatorii sau dacă nu au fost respectate condițiile prevăzute la articolul 329, judecătorul de cameră preliminară dispune acoperirea omisiunilor în cel mult 5 zile și sesizează în acest sens conducătorul parchetului care a emis rechizitoriul.

Procedura de judecată în camera preliminară este prevăzută de articolul 345 NCPP. Judecătorul de cameră preliminară hotărăște prin încheiere motivată, în camera de consiliu, fără participarea inculpatului și a procurorului.

La termenul stabilit pentru soluționarea cauzei, judecătorul de cameră preliminară verifică competența instanței sesizate și se pronunță asupra cererilor formulate și excepțiilor ridicate. Dacă apreciază că instanța sesizată nu este competentă, judecătorul de cameră preliminară va declina competența potrivit articolului 50 și 51, care se aplică în mod corespunzător. Probele administrate cu încălcarea prevederilor legale sunt excluse în

² A. Crișu, D. Pop, *Considerații referitoare la verificarea regularității actului de sesizare a instanței potrivit articolului 300 C. pr. pen.*, în *Dreptul* nr. 10/2012, p. 246

condițiile articolului 102 (excluderea probelor obținute în mod ilegal). Probele excluse nu pot fi avute în vedere la judecata în fond a cauzei.

Soluțiile ce se pot pronunța sunt prevăzute la articolul 346 NCPP și acestea sunt după cum urmează:

1. *Începerea judecății, prin încheiere.* În cazul în care constată că în cursul urmăririi penale probele au fost administrate în mod legal și sesizarea instanței este legală, judecătorul de cameră preliminară dispune începerea judecății. După începerea judecății, legalitatea sesizării poate fi contestată doar pentru motive noi, care nu au putut fi invocate în procedura camerei preliminare.

2. *Restituirea cauzei la parchet, prin încheiere, dacă:*

a) în urma sesizării conducătorului parchetului care a emis rechizitoriul, în condițiile articolului 344 alineatul (6), nu s-au luat măsuri pentru acoperirea omisiunilor; Potrivit articolului 334 alineatul (2), reluarea se dispune de către conducătorul parchetului ori procurorul ierarhic superior prevăzut de lege, numai atunci când constată că pentru completarea omisiunilor este necesară efectuarea unor acte de urmărire penală. Prin ordonanța de reluare a urmăririi penale se vor menționa și actele ce urmează a fi efectuate.

b) toate probele din cursul urmăririi penale au fost administrate cu încălcarea prevederilor legale. Potrivit articolului 334 alineatul (1), în acest caz urmărirea penală este reluată;

c) sesizarea instanței este nelegală.

În cazul în care rechizitoriul privește mai multe fapte sau persoane, dispoziția de începere a judecății se limitează numai la faptele și persoanele pentru care judecătorul de cameră preliminară a constatat îndeplinirea condițiilor prevăzute la alineatul (1).

În cazul în care judecătorul de cameră preliminară exclude una sau mai multe probe administrate cu încălcarea dispozițiilor legale, dispune informarea conducătorului parchetului care a emis rechizitoriul. În termen de 24 de ore de la informare, conducătorul parchetului comunică judecătorului de cameră preliminară dacă menține dispoziția de trimitere în judecată. În cazul în care conducătorul parchetului menține cererea de începere a judecății, judecătorul de cameră preliminară dispune prin încheiere începerea judecății. În cazul în care conducătorul parchetului nu răspunde în termenul prevăzut la alineatul (5) ori arată că nu menține cererea de începere a judecății, judecătorul de cameră preliminară dispune prin încheiere restituirea cauzei la parchet. Întocmirea minutei este obligatorie.

Contestația, care reprezintă calea de atac împotriva hotărârii, este prevăzută la articolul 347 NCPP. Împotriva încheierii pronunțate în temeiul articolului 346 procurorul și inculpatul pot face contestație în termen de 3 zile de la comunicare. Contestația se judecă de către judecătorul de cameră preliminară de la instanța ierarhic superioară celei sesizate. Când instanța sesizată este Înalta Curte de Casație și Justiție, contestația se judecă de către completul competent, potrivit legii.

2. Particularități

Instituția nu este nouă în peisajul juridic românesc, o instituție similară, denumită „ședința pregătitoare” a existat anterior, o scurtă perioadă de timp (intrată în vigoare prin modificarea Codului de Procedură penală în anul 1953, Decretul 506/1953, modificată în anul 1956 odată cu alte reglementări ale Codului de procedură penală, Legea nr. 3/1956 și abrogată ulterior prin Decretul 473/20 sept. 1957).

Prin Legea nr. 3/1956 s-au adus anumite modificări ședinței pregătitoare și anume, o primă modificare³ se referă la schimbarea denumirii unor termeni legali în așa fel încât să se pună de acord cu modificările din restul legii. Astfel, în loc de „actul de sesizare al instanței” vom întâlni peste tot „concluziile de învinuire”, schimbare explicabilă prin faptul că tocmai acest act îl reprezintă actul de sesizare al instanței. De asemenea, expresia „actul de învinuire” prevăzut în articolul 275 alineatul 3 Cod procedură penală a fost înlocuită cu „actul de inculpare”.

Prin schimbarea survenită s-au înlăturat eventualele erori care puteau apărea, în sensul confundării actului de învinuire cu concluziile de învinuire, cu ordonanța de punere sub învinuire sau alte ordonanțe proprii fazei de urmărire penală.

Tot o schimbare de terminologie există și în articolul 273 Cod procedură penală, unde atât președintele instanței, cât și procurorul fac un referat, în locul „expunerii președintelui” și al „raportului procurorului”. O a doua modificare referitoare la ședința pregătitoare o constituie adăugirea, la sfârșitul capitolului respectiv care clarifica situația care se putea crea după clasarea cauzei și încetarea procesului penal prin ședința pregătitoare. Până la aceste modificări se ridica în practica judiciară problema dacă după încheierile de clasare pronunțate în ședința pregătitoare, partea vătămată poate sau nu să intenteze acțiune penală directă. Problema a fost rezolvată prin introducerea articolului 280¹ care prevedea că instanța poate redeschide procesul penal după încetarea acestuia prin efectul clasării în ședința pregătitoare.

Redeschiderea se făcea numai la cererea procurorului și numai în baza temeiurilor prevăzute la revizuire, care se aplicau prin asemănare. În acest caz procurorul era obligat să alăture cererii sale lucrările privind împrejurările noi pe baza cărora își întemeia cererea. Ca urmare, procurorul întocmea și înainta instanței noi concluzii de învinuire pe baza întregului material probator existent. În urma redeschiderii procesului într-o asemenea situație procesul se relua cu faza trimiterii în judecată, urmând o nouă ședință pregătitoare care se desfășura în condițiile obișnuite.

3. Aspecte privitoare la neconstituționalitate constatate de Curtea Constituțională

Încălcarea dreptului părților la un proces echitabil în componentele sale privind contradictorialitatea, oralitatea și egalitatea armelor este principalul argument pentru care Curtea Constituțională a desființat o serie de dispoziții privind procedura camerei preliminare, prin două decizii publicate în Monitorul Oficial pe data de 5 decembrie 2014.

Prin Decizia Curții Constituționale nr. 599 din 21 Octombrie 2014 Curtea a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor articolului 341 alineatul (5) din Codul de procedură penală și a constatat că soluția legislativă potrivit căreia judecătorul de cameră preliminară se pronunță asupra plângerii „fără participarea petentului, a procurorului și a intimaților” este neconstituțională.

Prin Decizia nr. 641 din 11 noiembrie 2014 Curtea Constituțională a constatat că dispozițiile articolului 347 alineatul (3) din Codul de procedură penală raportate la cele ale articolului 344 alineatul (4), articolului 345 alineatul (1) și articolului 346 alineatul (1) din același cod sunt neconstituționale, întrucât aceste norme care reglementează procedura în camera preliminară omit citarea și, respectiv, comunicarea documentelor către toate părțile interesate, încălcând astfel dreptul la proces echitabil.

³ N. Volonciu, Modificările Codului de procedură penală al P. P. R., în Analele Universității București „C.I. Parhon”, Revista de Științe Sociale-Științe Juridice nr. 6/1956, p. 161-162

Din cuprinsul deciziilor recente ale Curții Constituționale, se poate observa și o tendință a judecătorilor de a se face sugestii de lege ferenda cu privire la textele legale ce le vor înlocui pe cele declarate neconstituționale. În contextul camerei preliminare, principalele sugestii de acest fel sunt:

1. *„legea trebuie să prevadă posibilitatea părților, subiecților procesuali principali și procurorului de a dezbate, în mod efectiv, observațiile depuse judecătorului de camera preliminară. Așa fiind, pentru realizarea acestor garanții este necesară citarea lor.”*

2. *„norma legală trebuie să permită comunicarea către toate părțile din procesul penal — inculpat, parte civilă, parte responsabilă civilmente — a documentelor care sunt de natură să influențeze decizia judecătorului și să prevadă posibilitatea tuturor acestor părți de a discuta în mod efectiv observațiile depuse instanței”.*

3. *„ din perspectiva exigențelor dreptului la un proces echitabil, este suficient să li se asigure părților posibilitatea participării în această etapă procesuală, judecătorul putând decide asupra finalizării procedurii în camera preliminară și fără participarea părților atâta timp cât acestea au fost legal citate”.*

➤ **Decizia Curții Constituționale nr. 599 din 21 Octombrie 2014 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor articolului 38 alineatul (1) lit. f) și articolului 341 alineatele (5)-(8) din Codul de procedură penală.**

Prin această decizie, Curtea a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor articolului 341 alineatul (5) din Codul de procedură penală și a constatat că soluția legislativă potrivit căreia judecătorul de cameră preliminară se pronunță asupra plângerii „fără participarea petentului, a procurorului și a intimaților” este neconstituțională. A respins însă, ca neîntemeiată, excepția de neconstituționalitate și constată că dispozițiile articolul 38 alineatul (1) lit. f) și articolul 341 alineatele (6)-(8) din Codul de procedură penală, constatând că acestea sunt constituționale în raport cu criticile formulate.

Obiectul excepției de neconstituționalitate admise

— *Articolul 341 alineatul (5) Judecătorul de cameră preliminară se pronunță asupra plângerii prin încheiere motivată, în camera de consiliu, fără participarea petentului, a procurorului și a intimaților.*

Procedura instituită de dispozițiile articolul 341 alineatul (5) din Codul de procedură penală are în vedere soluția de neurmărire sau netrimitere în judecată dispusă de procuror, soluție care, în urma analizei judecătorului de cameră preliminară, poate fi confirmată sau infirmată.

→ Dreptul la un proces echitabil trebuie impus și în procedurile ce nu țin de rezolvarea pe fond a cauzei

Curtea a reținut că deși dispozițiile în cauză normează în domeniul unor proceduri penale care nu țin de rezolvarea pe fond a cauzei, dreptul la un proces echitabil trebuie impus, întrucât există posibilitatea ca rezultatul procedurii referitoare la admisibilitatea plângerii să fie decisiv pentru stabilirea unei acuzații în materie penală. În acest context, al stabilirii incidenței dreptului la un proces echitabil în cadrul unei proceduri ce nu ține de rezolvarea pe fond a cauzei, Curtea a putut trece la analiza elementelor componente ale acestui drept, respectiv dacă sunt respectate exigențele de contradictorialitate și oralitate impuse de dispozițiile articolului 21 alineatul (3) din Constituție, în condițiile în care judecătorul de cameră preliminară se pronunță asupra plângerii prin încheiere motivată, în

camera de consiliu, fără participarea petentului, a procurorului și a intimaților, însa prin coroborare cu alte dispoziții ale codului de procedură penală rezultă că procurorul și părțile pot depune anumite note scrise.

→ *Procedura eminentemente scrisă este insuficientă pentru respectarea dreptului la un proces echitabil în toate componentele sale, contradictorialitatea și oralitatea*

În considerentele deciziei se arată că pentru ca părțile vătămate, părțile civile sau chiar părțile responsabile civilmente care au avut de suferit în urma unei fapte presupus penale să aibă plenitudinea exercitării drepturilor lor este necesar ca acestea să uzeze nu numai de o procedură eminentemente scrisă, ci și de contradictorialitate și oralitate, componente esențiale ale dreptului la un proces echitabil. Chiar dacă, în acord cu dispozițiile articolului 341 alineatul (2) din Codul de procedură penală, procurorul și părțile pot depune note scrise cu privire la admisibilitatea ori temeinicia plângerii, nicio parte nu are posibilitatea de a cunoaște conținutul acestora și de a produce contraargumente. Cu alte cuvinte, în sarcina instanței cade obligația de a efectua o examinare efectivă a motivelor invocate de petent, părți și procuror care trebuie înțeleasă ca o necesitate a examinării argumentelor decisive pentru soluționarea cauzei. Or, în cazul de față, instanța, examinând numai plângerea și notele scrise ale procurorului și ale părților, nu poate examina un eventual argument decisiv, tocmai pentru că el nu îi poate fi relevant.

→ *Contradictorialitatea presupune nu numai participarea procurorului și a părților procesului penal (inculpatul, partea civilă și partea responsabilă civilmente), dar și a celorlalți subiecți procesuali: persoana vătămată și suspectul*

Așa cum rezultă din articolul 341 alineatul (2) din Codul de procedură penală, un exemplar al plângerii formulate este comunicat procurorului și părților. Potrivit articolul 32 din Codul de procedură penală, părți în procesul penal sunt numai inculpatul, partea civilă și partea responsabilă civilmente. Din această perspectivă, Curtea constată că persoana vătămată și suspectul, în calitate de subiecți procesuali principali, nu au posibilitatea de a-și face apărarea cu privire la susținerile petentului, deoarece acestora nu li se comunică un exemplar al plângerii. Or, în situația în care nu a fost pusă în mișcare acțiunea penală, subiecții procesuali principali sunt privați de dreptul la un proces echitabil prin aceea că necunoscând conținutul plângerii nu pot întreprinde niciun fel de demersuri în apărarea intereselor lor legitime. Așa fiind, aceste neajunsuri pot fi acoperite în măsura în care judecătorul de camera preliminară se va pronunța asupra plângerii în cadrul unei proceduri contradictorii și orale.

→ *Egalitatea de arme nu poate exista în absența dezbaterilor contradictorii la care să participe părțile și ceilalți subiecți procesuali*

Curtea constată că un aspect fundamental al dreptului la un proces echitabil constă în faptul că urmărirea penală trebuie să aibă un caracter contradictoriu și să existe o egalitate a armelor între acuzare și apărare. Principiul egalității armelor — unul dintre elementele conceptului mai larg de proces echitabil — prevede ca fiecare parte să dispună de posibilitatea rezonabilă de a-și prezenta cauza în condiții care să nu o plaseze într-o situație dezavantajoasă față de adversarul său. Or, din această perspectivă, Curtea constată că prin absența dezbaterilor contradictorii petentul, partea civilă, partea responsabilă civilmente, suspectul sau persoana vătămată nu numai că nu poate, asemeni persoanei care a avut calitatea de inculpat, să formuleze cereri și să ridice excepții cu privire la legalitatea

administrării probelor ori a efectuării urmăririi penale, dar nu poate contesta în niciun fel aceste cereri sau excepții, cu atât mai mult cu cât, potrivit articolului 374 alineatul (7) teza întâi din Codul de procedură penală, probele administrate în cursul urmăririi penale și necontestate de părți nu se readministrează în cursul cercetării judecătorești. De aceea, în condițiile în care persoanele interesate ar fi citate ar avea posibilitatea să se prezinte la dezbateri și, prin urmare, ar putea beneficia de dreptul de a-și exprima opiniile și de a răspunde nu numai la aspectele relevate reciproc, dar și la eventualele întrebări ale judecătorului de cameră preliminară.

Totodată, Curtea mai constată că interesul persoanei care a avut calitatea de inculpat de a fi citată și de a dezbate în contradictoriu plângerea formulată este evident, deoarece, potrivit articolului 341 alineatul (7) punctul 2 litera c) din Codul de procedură penală, judecătorul de cameră preliminară poate dispune începerea judecății.

Concluzia Curții. În consecință, Curtea constată că dispozițiile articolului 341 alineatul (5) din Codul de procedură penală referitoare la judecarea plângerii „fără participarea petentului, a procurorului și a intimaților” contravin dreptului la un proces echitabil în componentele sale referitoare la contradictorialitate și oralitate, întrucât atât plângerea petentului, cât și notele scrise ale procurorului și ale intimaților sunt susceptibile de a influența soluția privind litigiul ce face obiectul acelei proceduri, determinantă cu privire la confirmarea/infirmarea stingerii acțiunii penale.

Soluția de lege ferenda a Curții: citarea părților și a subiecților procesuali principali. Din perspectiva contradictorialității și oralității, ca elemente esențiale ale egalității de arme și ale dreptului la un proces echitabil, Curtea constată că „*legea trebuie să prevadă posibilitatea părților, subiecților procesuali principali și procurorului de a dezbate, în mod efectiv, observațiile depuse judecătorului de camera preliminară. Așa fiind, pentru realizarea acestor garanții este necesară citarea lor.*”

➤ **DECIZIA nr. 641 din 11 noiembrie 2014 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor articolului 344 alineatul (4), articolului 345, articolului 346 alineatul (1) și articolului 347 din Codul de procedură penală.**

Prin această decizie, Curtea Constituțională a constatat că dispozițiile articolului 347 alineatul (3) din Codul de procedură penală raportate la cele ale articolului 344 alineatul (4), articolului 345 alineatul (1) și articolului 346 alineatul (1) din același cod sunt neconstituționale. A respins însă, ca neîntemeiată, excepția de neconstituționalitate ridicată de aceiași autori constatând că dispozițiile articolului 345 alineatele (2) și (3) și articolului 347 alineatele (1) și (2) din Codul de procedură penală sunt constituționale în raport cu criticile formulate.

Obiectul excepției de neconstituționalitate admise

Dispozițiile articolului 344 alineatul (4), articolului 345, alineatul (1), articolului 346 alineatul (1) și articolului 347 din Codul de procedură penală, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 486 din 15 iulie 2010, care au următorul conținut⁴:

— **Articolul 344 alineatul (4):** „La expirarea termenelor prevăzute la alineatul (2) și (3), judecătorul de camera preliminară comunică cererile și excepțiile formulate de către inculpat

⁴ Ion Neagu, Mircea Damaschin, Tratat de procedură penală. Partea specială. În lumina noului Cod de procedură penală, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 206

ori excepțiile ridicate din oficiu parchetului, care poate răspunde în scris, în termen de 10 zile de la comunicare.”;

— **Articolul 345: „(1) Dacă s-au formulat cereri și excepții ori a ridicat din oficiu excepții, judecătorul de cameră preliminară se pronunță asupra acestora, prin încheiere motivată, în camera de consiliu, fără participarea procurorului și a inculpatului, la expirarea termenului prevăzut la articolul 344 alineatul (4).**

— **Articolul 346 alineatul (1): „Judecătorul de cameră preliminară hotărăște prin încheiere motivată, în camera de consiliu, fără participarea procurorului și a inculpatului. Încheierea se comunică de îndată procurorului și inculpatului.”;**

— **Articolul 347, alineatul (3) Dispozițiile articolului 343—346 se aplică în mod corespunzător.” (și în ceea ce privește contestația cu privire la soluția pronunțată de judecătorul de cameră preliminară – n.n.)**

→ Noua instituție procesuală a camerei preliminare nu aparține nici urmăririi penale, nici judecății, fiind echivalentă unei noi faze a procesului penal

Ca și în cazul excepției soluționate prin Decizia 599 din 21 octombrie 2014, Curtea a pornit de la analiza incidenței dispozițiilor referitoare la dreptul fundamental la un proces echitabil, în toate componentele sale privind contradictorialitatea, oralitatea și egalitatea de arme, în contextual unei faze procesuale în cadrul căreia procedurile penale care nu țin de rezolvarea pe fond a cauzei. De data aceasta, Curtea aduce argumente în plus dar și o **clarificare foarte importantă**, aceea că noua instituție procesuală a camerei preliminare nu aparține nici urmăririi penale, nici judecății, fiind echivalentă unei noi faze a procesului penal. În argumentarea acestei opinii, Curtea face referire la atribuțiile procesuale încredințate judecătorului de cameră preliminară prevăzute la art 54 din Codul de procedură penală în contextul articolului 3 alineatul (1) din același cod, care se referă la funcțiile judiciare în diferitele faze ale procesului penal.

Potrivit dispozițiilor articolului 3 alineatul (1) din Codul de procedură penală, în procesul penal, se exercită următoarele funcții judiciare: funcția de urmărire penală; funcția de dispoziție asupra drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei în faza de urmărire penală; funcția de verificare a legalității trimiterii ori netrimiterii în judecată; funcția de judecată.

Însă, prin prisma atribuțiilor procesuale încredințate judecătorului de cameră preliminară (articolul 54 Cod procedură penală) și în contextul separării funcțiilor judiciare potrivit textului de lege menționat anterior, Curtea trage concluzia că acestuia îi revine funcția de verificare a legalității trimiterii ori netrimiterii în judecată și că, în concepția legiuitorului, această nouă instituție procesuală nu aparține nici urmăririi penale, nici judecății, fiind echivalentă unei noi faze a procesului penal. Procedura camerei preliminare a fost încredințată, potrivit articolului 54 din Codul de procedură penală, unui judecător — judecătorul de cameră preliminară — a cărui activitate se circumscrie aceleiași competențe materiale, personale și teritoriale, ale instanței din care face parte, conferindu-i acestei noi faze procesuale un caracter jurisdicțional.

→ Chiar dacă procedura în camera preliminară nu privește fondul cauzei, principiile invocate de autorii excepției sunt incidente și în această fază procesuală

Din reglementarea atribuțiilor pe care funcția exercitată de judecătorul de cameră preliminară le presupune, Curtea observă că activitatea acestuia nu privește fondul cauzei, actul procesual exercitat de către acesta neantamând și nedispunând, în sens pozitiv sau

negativ, cu privire la elementele esențiale ale raportului de conflict: faptă, persoană și vinovăție. Totodată, Curtea constată că judecătorul de cameră preliminară, potrivit articolului 342 din Codul de procedură penală, își va exercita atribuțiile după trimiterea în judecată a inculpatului, rechizitoriul constituind actul de sesizare a instanței de judecată.

Din această perspectivă, Curtea a apreciat că trebuie stabilit în ce măsură principiile invocate de autorii excepției sunt incidente în această fază procesuală.

Pentru a statua în acest sens, Curtea Constituțională s-a raportat la prevederile articolului 6 paragraful 1 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, referitoare la dreptul la un proces echitabil și a reținut argumentele Curții Europene a Drepturilor Omului potrivit cărora sintagma „acuzatie în materie penală” are o semnificație „autonomă”, independentă de clasificările utilizate de sistemele juridice naționale ale statelor membre, precum și faptul că procedurile penale sunt privite ca pe un întreg. Cu această viziune, și plecând de la constatarea incidenței prevederilor articolului 21 alineatul (3) din Legea fundamentală asupra tuturor Curtea a constatat că prevederile articolului 6 din Convenție trebuie respectate de legiuitor și atunci când reglementează în domeniul procedurilor penale care nu țin de rezolvarea cauzei pe fond, inclusiv în ceea ce privește procedura desfășurată în camera preliminară.

Totodată, Curtea observă că obiectul procedurii camerei preliminare îl constituie verificarea, după trimiterea în judecată, a competenței și a legalității sesizării instanței, precum și verificarea legalității administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală. De asemenea, Curtea observă că potrivit articolului 346 alineatul (5) din Codul de procedură penală, probele care au fost excluse de judecător în această fază nu pot fi avute în vedere la judecarea în fond a cauzei. De aceea, prin conținutul dispozițiilor care reglementează camera preliminară, prin soluțiile care pot fi dispuse, sunt prevăzute criteriile în baza cărora se stabilește dacă procedura în cursul urmăririi penale a avut caracter echitabil pentru a se putea proceda la judecata pe fond. Având în vedere aceste aspecte, Curtea constată că procedura desfășurată în camera preliminară este deosebit de importantă, având o influență directă asupra desfășurării și echității procedurii ulterioare, inclusiv asupra procesului propriu-zis.

Concluzii

Concluzionând asupra celor expuse mai sus, după părerea mea, era necesară introducerea unei etape preliminare judecătii, pentru întărirea justiției și acuratețea acesteia, pentru un control mai riguros, în primul rând un control asupra instituțiilor ce efectuează cercetarea înaintea judecătii și în al doilea rând, pentru a se evita situații neplăcute în cursul judecătii care ar duce la tărăgănarea procesului.

Cu toate neajunsurile și imperfecțiunile sale, camera preliminară constituie o inovație, un progress făcut de către legislația românească. Prin instituția camerei preliminare, legiuitorul a reglementat o procedură nouă, o etapă prealabilă judecătii. Funcția judecătorului de camera preliminară îi determină competența de a se pronunța cu privire la: verificarea legalității trimiterii în judecată dispuse de procuror, verificarea legalității administrării probelor și a efectuării actelor procesuale de către organele de urmărire penală, soluționarea plângerilor împotriva soluțiilor de urmărire sau de netrimiteră în judecată, soluționarea altor situații expres prevăzute de lege.

Scopul urmărit de legiuitor în ceea ce privește introducerea instituției de camera preliminară a fost să se răspundă la exigențele de legalitate, celeritate și echitate a procesului penal, crearea unui cadru legislative modern, care să înlăture durată excesivă a

procedurilor în faza de judecată, să asigure legalitatea trimiterii în judecată și legalitatea administrării probelor, eliminând unele dintre deficiențele care au condus la condamnarea României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru încălcarea duratei excesive a procesului penal.

Această instituție de drept procesual penal produce un efect direct, pozitiv asupra celerității soluționării unei cauze penale înlăturând o lacună a actualelor dispoziții procesual penale, în care examinarea legalității rechizitoriului, a probelor administrate în cursul urmăririi penale împiedică, pe durată nedeterminată, începerea cercetării judecătorești.

Bibliografie:

A. Legislație

- Legea nr. 135/2010 privind Noul Cod de Procedură Penală, publicată în Monitorul Oficial nr. 486 din 15 iulie 2010, în vigoare din 1 februarie 2014
- Expunerea de motive a legii privind Codul de procedură penală
- DECIZIA nr. 641 din 11 noiembrie 2014 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor articolului 344 alineatul (4), articolului 345, articolului 346 alineatul (1) și articolului 347 din Codul de procedură penală, publicată în Monitorul Oficial nr. 887 din 05.12.2014
- Decizia Curții Constituționale nr. 599 din 21 Octombrie 2014 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor articolului 38 alineatul (1) lit. f) și articolului 341 alineatul (5)-(8) din Codul de procedură penală, publicată în Monitorul Oficial nr. 0886 din 5.12.2014

B. Tratat, manuale, cursuri

- Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea specială. În lumina noului Cod de procedură penală*, Editura Universul Juridic, București, 2015

C. Reviste

- A. Crișu, D. Pop, *Considerații referitoare la verificarea regularității actului de sesizare a instanței potrivit articolului 300 C. pr. pen.*, în Dreptul nr. 10/2012
- N. Volonciu, *Modificările Codului de procedură penală al P. P. R.*, în Analele Universității București „C.I. Parhon”, Revista de Științe Sociale-Științe Juridice nr. 6/1956

DREPTURILE ȘI OBLIGAȚIILE INculpATULUI ÎN PROCESUL PENAL

Marian ALEXANDRU*

Abstract:

The New Criminal Procedure Code contains clear regulations regarding the defendant's rights and obligations, quite different during the development of the criminal trial. As defendant, he is part of a trial, a passive subject of the criminal action, with a wide range of rights and obligations during the criminal proceedings.

Keywords: *defendant, right, obligations, Criminal Procedure Code, criminal trial*

Rezumat:

Noul Cod de procedură penală reglementează reguli clare cu privire la drepturile și obligațiile inculpatului, care nu sunt uniforme pe întreaga desfășurare a procesului penal. Calitatea de inculpat îi conferă acestuia poziția de parte în proces, de subiect pasiv al exercițiului acțiunii penale, care lărgeste sfera drepturilor și obligațiilor procesual penale.

Cuvinte-cheie: *inculpat, drepturi, obligații, Cod de procedură penală, proces penal*

Această lucrare este dedicată analizei drepturilor și obligațiilor pe care inculpatul le are, în diferite faze ale procesului penal, așa cum sunt ele prevăzute prin instrumentele juridice naționale și internaționale. Inculpatului i se atribuie calitatea de parte în proces, având plenitudinea drepturilor procesuale ale părților. Acesta are cele mai numeroase drepturi procesuale, unele dintre ele având aplicabilitate obligatorie și fiind prevăzute sub sancțiunea nulității absolute.

Inculpatul reprezintă partea principală și, în același timp, indispensabilă în procesul penal, deoarece întreaga activitate judiciară se desfășoară în legătură cu tragerea sa la răspundere penală și civilă

Conform art. 32 alin. 1 din noul Cod de procedură penală părțile sunt subiecți procesuali care exercită sau împotriva cărora se exercită o acțiune judiciară.

Noul Cod de procedură penală stabilește că sunt părți în procesul penal inculpatul, partea civilă și partea responsabilă civilmente.

Părțile au drepturi și obligații, care izvorăsc în mod direct din exercitarea acțiunii penale și a acțiunii civile în procesul penal.

Inculpatul este persoana, fizică sau juridică, împotriva căreia s-a pus în mișcare acțiunea penală, care a comis o infracțiune, în formă consumată sau de tentativă, în calitate de autor, instigator sau complice, acțiunea penală având ca obiect tragerea la răspundere penală a acestuia.

Acele procesuale prin care se dobândește calitatea de inculpat sunt ordonanța procurorului, declarația orală a procurorului care participă la judecată ori hotărârea camerelor reunite ale Parlamentului, în ședință comună, de punere sub acuzare a Președintelui României pentru înaltă trădare.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „OVIDIUS” Constanța, marian.alexandru1961@yahoo.com

Atunci când vorbim despre drepturile inculpatului trebuie să pornim, în mod obligatoriu de la drepturile omului în general.

Drepturile omului sunt drepturi inerente tuturor ființelor umane, ele fiind exprimate în tratate și alte izvoare de drept la nivel național sau internațional.

Dintre instrumentele internaționale importante în materia drepturilor omului, enumerăm: Carta Națiunilor Unite, adoptată la Conferința de la San Francisco din 24 octombrie 1945, care proclamă necesitatea promovării drepturilor omului ca obiectiv principal al cooperării internaționale; Declarația universală a drepturilor omului; Pactul internațional privind drepturile civile și politice și Convenția europeană a drepturilor omului.

Declarația universală a drepturilor omului a fost proclamată prin Rezoluția Adunării Generale a ONU la data de 10 decembrie 1948, fiind primul document internațional cu vocație de universalitate în domeniu. S-a stabilit astfel că, drepturile și libertățile omului sunt fundamentate pe principiul egalizării tuturor indivizilor, în sensul că toate ființele se nasc libere și egale în demnitate și în drepturi.

Art. 10 din Declarația universală a drepturilor omului prevede regula cunoscută sub denumirea de proces echitabil, astfel că: „orice persoană are dreptul, în deplină legalitate, de a fi audiată în mod echitabil și public de către un tribunal independent și imparțial, care va hotărî fie asupra drepturilor și obligațiilor sale, fie asupra temeiniciei oricărei acuzaări în materie penală îndreptată împotriva sa”.

Așa cum vom observa, drepturile și obligațiile inculpatului, stabilite în noul Cod de procedură penală nu sunt uniforme pe întreaga desfășurare a procesului penal și, din acest motiv, s-a impus examinarea acestora pe faze procesuale.

În cursul urmăririi penale, ca subiect al acțiunii penale în procesul penal inculpatul are mai multe drepturi, dintre acestea urmând să ne referim la următoarele:

- Dreptul de a fi informat cu privire la fapta pentru care este cercetat și încadrarea juridică a acesteia.

Aducerea la cunoștință a acuzației nu presupune numai prezentarea formală a încadrării juridice și a situației de fapt. Prin aducerea la cunoștință a naturii și cauzei acuzației se presupune prezentarea, în detaliu, a acuzației.

- Dreptul de a nu da nicio declarație pe parcursul procesului penal, atrăgându-i-se atenția că dacă refuză să dea declarații nu va suferi nicio consecință defavorabilă, iar dacă va da declarații, acestea vor putea fi folosite ca mijloace de probă împotriva sa.

Acest drept, acordat inculpatului nu îi va dăuna acestuia în niciun mod în tot procesul penal.

- Dreptul de a consulta dosarul de urmărire penală, în condițiile art. 94 din noul Cod de procedură penală.

Potrivit noului Cod de procedură penală inculpatului, ca și suspectului, persoanei vătămate, părții civile ori părții responsabile civilmente i se asigură posibilitatea de a consulta dosarul de urmărire penală. Acest drept poate fi exercitat de către inculpat personal sau prin intermediul unui avocat.

În cursul urmăririi penale procurorul poate restricționa, motivat, consultarea dosarului, dacă prin aceasta s-ar putea aduce atingere bunei desfășurări a urmăririi penale¹.

¹ Art. 94 alin. 1 Cod de procedură penală

După punerea în mișcare a acțiunii penale limitarea acestui drept se poate face pe o perioadă ce nu depășește 10 zile. Vom observa astfel că legiuitorul a stabilit restricționarea dreptului de a consulta dosarul doar în cazul în care a fost pusă în mișcare acțiunea penală, deoarece în cursul urmăririi penale desfășurate fără punerea în mișcare a acțiunii penale, atât suspectului, cât și inculpatului, celorlalți subiecți procesuali, dar și apărătorilor acestora i se poate interzice accesul la dosar pe o perioadă nedeterminată.

- Dreptul la apărare, concretizat prin posibilitatea de a formula cereri cu privire la recuzarea organelor de urmărire penală, administrarea unor mijloace de probă, revocarea ori înlocuirea măsurilor preventive².

- Dreptul de a avea un avocat ales sau unul din oficiu.

Acest drept îi conferă inculpatului posibilitatea de a fi asistat de unul sau mai mulți avocați în tot cursul urmăririi penale., al procedurii de cameră preliminară și al judecății. Organele judiciare au obligația de a aduce la cunoștință inculpatului acest drept. Asistența juridică este asigurată chiar și atunci când cel puțin unul dintre avocați este prezent. În situația în care inculpatul este arestat, acesta are dreptul de a lua contact cu avocatul, asigurându-i-se confidențialitatea comunicărilor, cu respectarea măsurilor necesare de supraveghere vizuală, de pază și securitate, fără să fire interceptată sau înregistrată convorbirea dintre ei.

- Dreptul de a asista personal sau prin avocat la efectuarea actelor de urmărire penală.

- Dreptul de a beneficia de un interpret³ atunci când inculpatul nu înțelege sau nu se exprimă bine, ori nu poate comunica în limba română.

Acest drept se referă la situația în care inculpatul nu înțelege și nu vorbește limba română, situație în care va beneficia, gratuit, de posibilitatea de a lua cunoștință de piesele dosarului, dreptul de a vorbi, dar și dreptul de a pune concluzii prin interpret. Dreptul de a utiliza un interpret în procesul penal este asigurat în mod gratuit de către stat. Interpreții folosiți trebuie să fie autorizați, potrivit legii. Atunci când situația o cere și traducătorii autorizați pot fi utilizați în calitate de interpreți. Dacă audierea se face prin interpret, declarația va fi semnată și de acesta⁴. Dacă inculpatul este surd, mut sau surdo-mut audierea se va realiza prin intermediul unei persoane care are capacitatea de a comunica prin limbaj special cu acesta.

- Dreptul de a formula plângere împotriva actelor de urmărire penală.

Potrivit noilor prevederi procesual penale, în cursul urmăririi penale, actele de urmărire penală vor putea face obiectul unor plângeri ale persoanelor interesate. În acest context, inculpatul poate face plângere împotriva actelor de urmărire penală, dacă prin acestea s-a adus o vătămare a intereselor sale legitime. O astfel de plângere este adresată procurorului care supraveghează activitatea organelor de cercetare penală, care are obligația de a o soluționa în cel mult 20 de zile de la primire și de a înștiința persoana care a făcut plângerea despre modul în care a fost rezolvată.

- Dreptul de a da declarații cu privire la acuzația care i se aduce.

- Dreptul de a formula orice alte cereri, ce țin de soluționarea laturii penale și civile a cauzei⁵.

- Dreptul de a apela la un mediator, în cazurile permise de lege⁶.

² Udorîou M., *Procedură penală. Partea generală. Noul Cod de procedură penală*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 72

³ Art. 83 lit. f Cod de procedură penală

⁴ Art. 105 Cod de procedură penală

⁵ Art. 83 lit. e Cod de procedură penală

Dreptul de a apela la un mediator, este prevăzut, în mod expres, în noul Cod de procedură penală atât pentru suspect, cât și pentru inculpat, dar și pentru persoana vătămată, partea civilă ori partea responsabilă civilmente. Organul judiciar are obligația ca la începutul primei audieri să aducă la cunoștință acest drept suspectului sau inculpatului⁷.

În faza de urmărire penală la care ne-am referit mai sus, pe lângă drepturile prezentate, inculpatul are și obligații, iar din acestea enumerăm următoarele:

- Obligația de a se prezenta atunci când este chemat de către organele judiciare, atrăgându-i-se atenția că, în cazul neîndeplinirii acestei obligații se poate emite mandat de aducere împotriva sa, iar în cazul sustragerii judecătorul poate dispune arestarea sa preventivă.

- Obligația de a comunica, în scris, în termen de 3 zile, orice schimbare a adresei, atrăgându-i-se atenția că, în cazul neîndeplinirii acestei obligații, citațiile și orice acte comunicate la prima adresă rămân valabile și se consideră că le-a luat la cunoștință.

- Obligația de a se supune, măsurilor dispuse de către organele de urmărire penală sau de către judecătorul de drepturi și libertăți.

Din prezentarea acestor drepturi și obligații, stabilite de noul Cod de procedură penală în sarcina inculpatului, rezultă că, inculpatul, ca subiect pasiv al acțiunii penale, se apără împotriva unei activități publice ce se îndreaptă împotriva sa și de aceea a fost necesară investirea lui cu un puternic drept la apărare⁸.

În procedura de cameră preliminară, potrivit noului Cod de procedură penală inculpatul are următoarele drepturi procesuale:

- Dreptul de a primi comunicarea copiei certificate a rechizitoriului sau, după caz, a traducerii autorizate a acestuia.

- Dreptul de a fi informat cu privire la obiectul procedurii în cameră preliminară.

- Dreptul de a își angaja un avocat ales sau de a beneficia de un apărător din oficiu, în situația în care asistența juridică este obligatorie;

- Dreptul de a formula, în scris, în termenul stabilit de judecătorul de cameră preliminară, cereri și excepții cu privire la legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală.

În cursul judecății inculpatul beneficiază de o serie de drepturi, pe care legea i le acordă, în scopul realizării dreptului său la apărare.

- Principalul mijloc de apărare constă în participarea inculpatului la ședința de judecată, iar pentru aceasta are dreptul de a fi înștiințat prin citație. Participarea inculpatului la desfășurarea judecății este considerată esențială pentru soluționarea cauzei, inculpatul fiind chemat la judecată prin citație, iar dacă se află în stare de detenție, chiar și în altă cauză, el trebuie adus la judecată.

- Dreptul de a avea timpul și înlesnirile necesare pentru pregătirea unei apărări efective.

- Dreptul la tăcere, atrăgându-i-se atenția că dacă refuză să dea declarații nu va suferi nicio consecință, iar dimpotrivă, dacă va da declarații, acestea vor putea fi folosite ca mijloace de probă împotriva sa. Acest drept constituie o garanție, potrivit căreia organele judiciare nu pot obliga pe inculpat să dea declarații, fiind însoțit de procedura

⁶ Art. 83 lit. g Cod de procedură penală

⁷ Art. 108 alin. 2 Cod de procedură penală

⁸ Teodoru Gh., *Drept procesual penal – Partea generală*, Ed. Cugetarea, Iași, 1996, p. 183

avertismentului, în sensul de atenționare a inculpatului că ceea ce declară poate fi folosit împotriva sa.

- Dreptul de a da declarații, de a propune administrarea de probe, în condițiile prevăzute de lege, dreptul de a formula cereri, de a cere explicații sau de a pune concluzii.

- Dreptul de a avea un avocat ales, iar dacă nu își desemnează unul, atunci când asistența juridică este obligatorie, dreptul a i se desemna un avocat din oficiu. Potrivit noului Cod de procedură penală asistența juridică este obligatorie pentru inculpat în următoarele situații:

- când inculpatul este minor, internat într-un centru de detenție ori într-un centru educativ, când este reținut sau arestat. Chiar în altă cauză, când față de acesta a fost dispusă măsura de siguranță a internării medicale, chiar în altă cauză, precum, și alte cazuri prevăzute de lege;

- când organul judiciar apreciază că inculpatul nu și-ar putea face singur apărarea;

- în cursul judecății, în cauzele în care legea prevede pentru infracțiunea săvârșită pedeapsa închisorii mai mare de 5 ani.

Ca și în faza de urmărire penală și în cursul judecății inculpatul are dreptul de a formula orice alte cereri ce țin de soluționarea laturii penale și civile a cauzei, dreptul de a beneficia, atunci când situația o cere, de un interpret, dreptul de a lua cunoștință de actele dosarului, dreptul de a participa la audierea celorlalte părți sau a martorilor și dreptul de a apela la un mediator, în cazurile permise de lege.

Pe lângă aceste drepturi, pe care legea le conferă inculpatului, acesta are și obligații, astfel:

- obligația de a păstra ordinea și solemnitatea ședinței de judecată⁹;

- obligația de a exercita, cu bună credință, drepturile procesuale conferite de lege;

- obligațiile pe care inculpatul le are și în faza de urmărire penală de prezentare la chemările organelor judiciare și de comunicare în scris, în termen de 10 zile, despre orice schimbare a adresei de domiciliu;

- obligația de a răspunde pentru întreg prejudicial cauzat părții civile prin infracțiune.

Declarațiile inculpatului au un dublu rol în desfășurarea procesului penal, pe de o parte reprezintă o modalitate de cunoaștere a faptelor și împrejurărilor cu privire la săvârșirea infracțiunii, iar pe de altă parte reprezintă unul dintre cele mai importante mijloace de apărare ale inculpatului.

Procedura de obținere a declarației inculpatului reunește un complex de reguli de natură procesual penală și de natură tactică.

Ca și în cazul celorlalte părți ale procesului penal, procedura de ascultare a inculpatului presupune mai multe etape.

O primă etapă este aceea de chemare a inculpatului în fața organului judiciar pentru a fi audiat. Această chemare se realizează atât în faza de urmărire penală, cât și în faza de judecată. Chemarea este obligatorie după începerea urmăririi penale sau după punerea în mișcare a acțiunii penale în faza de urmărire și la termenul stabilit pentru judecare în faza de judecată.

Potrivit art. 107 din noul Cod de procedură penală inculpatului i se pun întrebări cu privire la: nume, prenume, poreclă, data și locul nașterii, codul numeric personal, numele și prenumele părinților, cetățenia, starea civilă, situația militară, studii, profesia, locul de

⁹ Art. 359 Cod de procedură penală

muncă, domiciliul adresa unde locuiește efectiv și adresa unde dorește să îi fie comunicate actele procedurale.

Noul Cod de procedură penală stabilește că inculpatul este întrebat și dacă este implicat într-un alt proces penal, ori dacă solicită un interpret, precum și cu privire la orice alte date pentru stabilirea situației sale personale.

Organul judiciar penal are obligația de a comunica inculpatului drepturile și obligațiile prevăzute de lege.

Aceste drepturi și obligații se comunică inculpatului, în scris, sub semnătură, iar în cazul în care acesta refuză să semneze sau se află în imposibilitatea de a semna se va încheia un nou proces-verbal.

Prin reglementarea detaliată a comunicării, inclusiv în scris, a drepturilor și obligațiilor procesuale, înaintea primei ascultări, noul Cod de procedură penală a transpus în dreptul nostru intern Directiva nr. 2012/13/UE din 22 mai 2012 privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale¹⁰. Aplicarea acestei directive garantează faptul că organele de poliție judiciară și de urmărire penală vor oferi persoanelor suspectate informații cu privire la drepturile lor. S-a stabilit astfel că aceste informații vor fi furnizate în scris de către autorități, sub forma unei note privind drepturile întocmită într-un limbaj simplu, uzual.

Potrivit art. 6 din această Directivă, inculpatului i se asigură primirea de informații cu privire la fapta penală de a cărei comitere este suspectat sau este acuzat.

Noul Cod de procedură penală introduce modificări față de vechiul Cod de procedură penală, pe care le vom regăsi în cele ce urmează, cu privire, spre exemplu, la dreptul la tăcere, la faptul că inculpatul nu mai poate să înceapă declarația cu cele declarate anterior în cauză ori cu privire la faptul că declarația inculpatului se consemnează în scris, împreună cu întrebările adresate pe parcursul ascultării, menționându-se cine le-a formulat și notându-se ora începerii și a încheierii ascultării.

În timpul audierii inculpatului i se respectă regulile care rezultă din Constituția României și Codul de procedură penală, acestea fiind prevăzute și în Convenția europeană pentru prevenirea torturii și a tratamentelor sau pedepselor inumane sau degradante la care țara noastră a aderat.

Noile reglementări procesual penale stabilesc în sarcina organelor judiciare obligația de a înregistra ora la care începe audierea și respectiv ora la care audierea se sfârșește și orice solicitare făcută de cel audiat în timpul interogării. Înregistrarea electronică a audierii prezintă o altă măsură utilă de siguranță împotriva relelor tratamente asupra persoanelor private de libertate. În cursul urmăririi penale ascultarea inculpatului se înregistrează cu mijloace tehnice audio sau audio-video, atunci când acestea există în dotarea organului judiciar. Această înregistrare diminuează posibilitatea inculpatului de a reveni asupra declarațiilor date în faza de urmărire penală, negând în mod fals cele declarate.

Un alt element de noutate, identificat în noul Cod de procedură penală, îl reprezintă obligația stabilită în sarcina organului judiciar de a aduce la cunoștință inculpatului posibilitatea încheierii, în cursul urmăririi penale, a unui acord de recunoaștere a vinovăției, iar în cursul judecății posibilitatea de a beneficia de reducerea pedepsei prevăzute de lege, ca urmare a recunoașterii învinuirii.

Ascultarea inculpatului se poate realiza și în condițiile prevăzute de Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor care, potrivit art. 2, stabilește că în noțiunea de martor intră și inculpații din alte cauze care, prin informații și date cu caracter determinant,

¹⁰ Udroiș M., *Procedură penală, Partea generală*, noul Cod de procedură penală, Ed. C.H. Beck, București, 214, p. 250

contribuie la aflarea adevărului în cauze privind infracțiuni grave sau la prevenirea producerii unor prejudicii deosebite, ce ar putea fi cauzate prin săvârșirea unor astfel de infracțiuni, astfel că inculpații pot fi introduși în programul de protecție al martorilor¹¹.

Utilizarea declarațiilor inculpatului obținute cu încălcarea drepturilor prevăzute de lege, în general și a garanțiilor fundamentale ale procesului penal, în special, produce consecințe în soluționarea cauzelor penale.

Astfel, utilizarea unor declarații obținute prin tortură sau tratamente inumane ori degradante determină calificarea întregului proces ca inechitabil. Această constatare se menține indiferent de valoarea probatorie a declarației și indiferent dacă a fost decisivă în condamnarea inculpatului¹².

Audierea inculpatului cu nerespectarea obligației organului judiciar de a aduce la cunoștința acestuia dreptul la tăcere și conținutul acestui drept poate fi invocată, potrivit art. 282 alin. 1 din noul Cod de procedură penală.

Vătămarea procesuală constă în acțiunea de a da declarație atunci când inculpatul avea posibilitatea să tacă, nefiind necesar ca acesta să dovedească că ar fi dorit să tacă, dacă i s-ar fi adus la cunoștință dreptul respectiv.

Așa cum am arătat, inculpatul are dreptul de a fi asistat de un avocat, iar împiedicarea nejustificată a participării avocatului la audiere, chiar și când asistența juridică nu este obligatorie, constituie o gravă încălcare a dreptului la apărare. Această declarație poate fi exclusă în condițiile nulității relative prev. de art. 282 alin. 1 din noul Cod de procedură penală, fiind necesar să fie invocată până la terminarea procedurii de cameră preliminară sau până la primul termen de judecată cu procedura legal îndeplinită, conform art. 282 alin. 4, lit. a și b din noul Cod de procedură penală sau până la următorul termen de judecată cu procedura completă, conform art. 282 alin. 4, lit. c din noul Cod de procedură penală.

¹¹ Udrioiu M., *Procedură penală – Partea generală, Noul Cod de procedură penală*, Ed. C. H. Beck, București, 2014, p. 253

¹² CEDO, *Cănele c. Letoniei*, hotărârea din 11 februarie 2014, par. 65-66

REDESCHIDEREA PROCESULUI PENAL ÎN CAZUL PERSOANELOR AUDIATE ÎN CURSUL URMĂRIIRII PENALE

Andrei-Viorel IUGAN*

Abstract:

The possibility for the defendant to be present in person at his trial is one of the most important elements of the right to a fair trial, because only being present, proposing evidence and fighting the accusation's arguments, he is able to organise a proper defence.

In this study we are going to analyze if this right is being breached if the defendant was informed about the accusation brought against him by the state and he chooses not to appear in court. In this case we believe that he doesn't have the right to reopening his case

Keywords: reopening a criminal case, defendant, right to a fair trial

Rezumat:

Posibilitatea inculpatului de a fi prezent în persoană la judecarea cauzei sale constituie unul dintre cele mai importante elemente ale dreptului la un proces echitabil, pentru că numai fiind prezent, propunând efectiv probe și combătând susținerile acuzării, acesta poate să exercite o apărare corespunzătoare.

Pe parcursul prezentei lucrări ne propunem să analizăm în ce măsură acest drept îi este încălcat persoanei care a fost audiată în cursul urmăririi penale în calitate de suspect (învinuit înainte de 1 februarie 2014) sau inculpat și care deși cunoștea acuzația care i se aduce, nu a fost prezentă la judecată, nemaibeneficiind astfel de redeschiderea procesului.

Cuvinte-cheie: redeschiderea procesului penal, inculpat, suspect, sustragere

1. Redeschiderea procesului penal. Scurte considerații

Noul Cod de Procedură Penală a introdus o nouă cale extraordinară de atac de retractare, în scopul înlăturării dificultăților create în practică de prevederile fostului art. 522¹ C. pr. pen. și în scopul asigurării compatibilității legislației române cu standardele impuse de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

În acest sens, art. 466 alin. (1) C. pr. pen. prevede posibilitatea persoanei condamnate definitiv, care a fost judecată în lipsă, de a solicita redeschiderea procesului penal în termen de o lună din ziua în care a luat la cunoștință, prin orice notificare oficială, că s-a desfășurat un proces penal împotriva sa.

În alineatul (2) al art. 466 C. pr. pen. se menționează că este considerată judecată în lipsă persoana condamnată care nu a fost citată la proces și nu a luat cunoștință în niciun alt mod oficial despre aceasta, respectiv, deși a avut cunoștință de proces, a lipsit în mod justificat de la judecarea cauzei și nu a putut încunoștința instanța. Nu se consideră judecată în lipsă persoana condamnată care și-a desemnat un apărător ales ori un mandatar, dacă aceștia s-au prezentat oricând în cursul procesului, și nici persoana care, după comunicarea, potrivit legii, a sentinței de condamnare, nu a declarat apel, a renunțat la declararea lui ori și-a retras apelul.

* Judecător, Jud. Sectorului 5 București, andyiugan@yahoo.com

Procedura redeschiderii procesului penal în cazul judecării în lipsa persoanei condamnate presupune o fază de verificare a admisibilității în principiu în care instanța examinează dacă cererea a fost formulată în termen și de către o persoană ce avea dreptul conferit de lege, dacă au fost invocate temeiuri legale pentru redeschiderea procesului penal, precum și dacă motivele în baza cărora este formulată cererea nu au fost prezentate într-o cerere anterioară de redeschidere a procesului penal, care a fost judecată definitiv.

Admiterea în principiu a cererii de redeschidere are ca efect desființarea hotărârii inițiale pronunțate, persoana condamnată redobândind calitatea de inculpat. În cazul admiterii în principiu a cererii, rejudecarea cauzei se face potrivit regulilor de procedură aplicabile etapei procesuale pentru care s-a dispus redeschiderea procesului penal.

2. Redeschiderea procesului penal în cazul persoanelor audiate în cursul urmăririi penale

Un aspect care a stârnit numeroase controverse este posibilitatea persoanei căreia i-a fost adusă la cunoștință învinuirea pe parcursul urmăririi penale, știind astfel, de existența unui proces penal început împotriva sa, de a solicita rejudecarea cauzei dacă nu s-a prezentat la niciun termen în faza de judecată și nici nu și-a desemnat un apărător ales.

Sub imperiul vechiului Cod de procedură penală, opiniile erau împărțite. Într-o opinie se arăta că dreptul la o nouă procedură de judecată este astfel deschis, atât celor care au ajuns pe teritoriul statului solicitat, necunoscând existența unei proceduri de judecată deschise împotriva lor, cât și acelor care, cunoscând existența unei asemenea proceduri, s-au sustras de la judecată. Convenția garantează, potrivit art. 6, dreptul persoanei de a se apăra ea însăși și de a întreba sau de a obține audierea martorilor, ceea ce presupune implicit prezența inculpatului în fața instanței¹.

În susținerea aceluiași punct de vedere, s-a apreciat și că dreptul de a cere rejudecarea cauzei este deschis tuturor persoanelor care au fost judecate și condamnate în lipsă. Nu are relevanță, sub acest aspect, dacă la judecata desfășurată în lipsa persoanei a fost sau nu respectată procedura de citare, dacă persoana a fost judecată în lipsă datorită faptului că s-a sustras de la judecată plecând în străinătate sau datorită faptului că a fost arestată în străinătate și acest fapt nu a fost cunoscut².

Cu toate acestea, practica majoritară îmbrățișa opinia contrară potrivit căreia nu poate fi considerată judecată în lipsă o persoană care, deși nu a fost prezentă la niciun termen în fața instanței de judecată, s-a sustras în cursul urmăririi penale.

Într-o decizie de speță din 2006, instanța supremă a arătat că rejudecarea cauzei de către instanța română nu este obligatorie, cererea de rejudecare formulată de condamnat putând fi respinsă dacă instanța constată că cel condamnat a avut cunoștință de procesul penal, întrucât a dat declarații în cursul urmăririi penale, însă s-a sustras de la judecată, părăsind țara, iar pe tot parcursul procesului penal a fost reprezentat de un apărător desemnat din oficiu³.

Într-o altă cauză, instanța a apreciat că rejudecarea nu poate fi dispusă în mod automat, ci este limitată, sub aspectul admisibilității, de o serie de condiții, și anume existența unei hotărâri definitive de condamnare, judecata a avut loc în lipsa condamnatului, condamnatul a fost extrădat. S-a constatat că, în speță, sunt îndeplinite condițiile referitoare la existența hotărârii definitive de condamnare, la judecata în lipsă și la extrădarea condamnatului. Cu

¹ V. Pașca, *Rejudecarea cauzei după extrădarea condamnatului*, în *Dreptul* nr. 2/2007, p. 169.

² M.L. Pamfil, *Judecata în lipsă. Aspecte teoretice și de practică judiciară*, în *RDP* nr. 4/2011, p. 157.

³ ICCJ, dec. nr. 4713 din 2 august 2006, pe www.scj.ro.

toate acestea, potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, dreptul persoanei extrădate sau predate în baza unui mandat european de arestare de a beneficia de rejudecarea cauzei poate fi restricționat, nu numai în situația în care persoana condamnată a fost prezentă la unul dintre termenele de judecată sau la pronunțarea hotărârilor judecătorești, ci și atunci când a avut cunoștință, în orice mod, despre desfășurarea procedurilor împotriva sa. Or, în această cauză, petentul-condamnat a avut cunoștință despre existența procedurilor penale împotriva sa, atâta timp cât, la data de 25 decembrie 2010, i s-au adus la cunoștință învinuirea adusă și drepturile sale procesuale, inclusiv obligația de a informa organele de poliție, în termen de 3 zile, cu privire la orice schimbare a domiciliului, și, de asemenea, a fost audiat în calitate de învinuit, având posibilitatea de a-și exercita dreptul la apărare. Instanța a apreciat că, în aceste condiții, absența petentului-condamnat de la judecarea cauzei este rezultatul exclusiv al culpei acestuia. Pornind de la principiul potrivit căruia nimeni nu se poate prevala de propria turpitudine, judecătorul cauzei a apreciat că admisibilitatea unei cereri de rejudecare după extrădare sau predare este condiționată de exercitarea cu bună-credință a acestui drept, or, în cauză, absența petentului-condamnat de la judecarea cauzei este, în exclusivitate, rezultatul culpei sale, astfel că cererea sa de rejudecare este inadmisibilă⁴.

Au existat însă și soluții, minoritare, ce-i drept, în care se arăta că împrejurarea sustragerii condamnatului de la executarea pedepsei închisorii (reținută de tribunal ca unic motiv al respingerii cererii acestuia) nu constituie un impediment legal pentru rejudecarea sa după extrădare, întrucât art. 522¹ C. pr. pen. 1968 nu conține nicio prevedere în acest sens, singura condiție impusă fiind aceea ca persoana extrădată să fi fost „judecată și condamnată în lipsă”, această condiție fiind îndeplinită în cazul condamnatului apelant, conform celor anterior menționate⁵.

Cu privire la redeschiderea procesului penal, în doctrina apărută după 1 februarie 2014 s-a arătat că această cerere este admisibilă atunci când inculpatul a lipsit de la judecata ordinară, însemnând lipsa lui de la toate termenele de judecată în prim grad și în apel, precum și de la pronunțarea sentinței în primă instanță. În acest sens, nu interesează dacă acea persoană a făcut sau nu declarații în fața autorităților judiciare în cursul urmăririi penale, întrucât, pe de o parte, textul art. 466 NCPP leagă condițiile redeschiderii procesului penal exclusiv de faza de judecată, pe de altă parte, de vreme ce art. 467 alin. (1) NCPP permite redeschiderea procedurilor în apel cu toate că persoana în cauză a fost prezentă în prim grad, cu atât mai mult legiuitorul autorizează redeschiderea procesului din etapa judecătii în primă instanță, când inculpatul a declarat în fața organelor de urmărire penală sau a judecătorului de drepturi și libertăți, dar a lipsit de la judecată⁶.

Deși textul legal folosește termenul de „proces”, arată un alt autor, în realitate este vorba doar de faza de judecată a acestuia, nu și de faza de urmărire, aspect ce rezultă și din expunerea de motive a noului Cod de procedură penală. Dacă cel condamnat a avut cunoștință de procesul penal, întrucât a dat declarații în cursul urmăririi penale, însă s-a sustras de la judecată, părăsind țara, iar pe tot parcursul procesului penal a fost reprezentat

⁴ C. Ap. București, dec. pen. nr. 65 din 10 februarie 2014 (nepublicată); în același sens, a se vedea C. Ap. București, dec. nr. 57 din 8 martie 2013, dec. nr. 765 din 19 aprilie 2013, dec. nr. 175 din 25 iunie 2013 și dec. nr. 1270 din 1 iulie 2013 (toate nepublicate).

⁵ C. Ap. București, dec. pen. nr. 32 din 31 ianuarie 2011 (nepublicată).

⁶ M. Vasiescu, *Rejudecarea cauzei după extrădare sau predare*, în RRDJ nr. 6/2012., p. 166.

de un apărător desemnat din oficiu, cererea sa va putea fi admisă, îndeplinind condiția de a fi judecat în lipsă⁷.

Jurisprudența a continuat însă să fie constantă în sensul inadmisibilității unei asemenea cereri. Într-o practică aproape constantă au fost respinse ca inadmisibile cererile de redeschidere a procesului penal în cazurile în care inculpatul s-a sustras pe parcursul fazei de urmărire penală⁸, avea cunoștință de existența procesului penal, fiind reținut 24 de ore, după care a fugit în Spania⁹, cunoștea acuzația care i se aduce, fiindu-i prezentat materialul de urmărire penală¹⁰, inculpatului i-a fost adusă la cunoștință învinuirea și drepturile procesuale, precum și obligația de a anunța în scris, în termen de 3 zile, orice schimbare a locuinței pe parcursul procesului penal, acesta fiind reținut și supus măsurii preventive a obligării de a nu părăsi țara, fiindu-i prezentat, totodată, materialul de urmărire penală¹¹, inculpatul și-a schimbat domiciliul fără a anunța, deși i se adusesese la cunoștință învinuirea și obligația de a aduce la cunoștința organelor judiciare orice modificare a domiciliului¹².

În motivarea soluțiilor de respingere ca inadmisibile a cererilor de redeschidere a procesului penal, instanțele au în vedere în primul rând faptul că nu i se poate permite persoanei condamnate să se prevaleze de propria culpă pentru a obține rejudicarea cauzei, aspect pe care îl considerăm întemeiat.

Într-o cauză s-a arătat, de exemplu, că, într-adevăr, persoana condamnată care a fost judecată în lipsă are dreptul la redeschiderea procesului penal (conform procedurii de la art. 466 și urm. NCPP), numai că redeschiderea nu operează automat, ci instanța trebuie să verifice care este cauza contumaciei. Un aspect important în cauza de față constă în aceea că lipsa condamnatului nu trebuie să fie imputabilă acestuia. Soluția decurge logic și din faptul că procedura prevăzută de art. 466 și urm. NCPP are drept scop îndreptarea eventualelor abuzuri săvârșite de stat. Dar, în măsura în care cel condamnat este singurul răspunzător pentru lipsa lui, atunci normele de drept invocate încetează a-l mai proteja¹³.

O altă instanță a arătat că, potrivit *dispozițiilor art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului*, o garanție implicită a desfășurării procedurii unui proces echitabil este dreptul celui trimis în judecată de a fi prezent în fața instanței. După cum a decis Curtea în mod constant în jurisprudența sa, posibilitatea pe care trebuie să o aibă acuzatul de a lua parte la ședința de judecată decurge din obiectul și scopul ansamblului dispozițiilor art. 6 din Convenție, deoarece lit. c), d) și e) ale par. 3 al aceluiași text recunosc „oricărui acuzat” dreptul „de a se apăra el însuși”, „de a interoga sau de a face să fie interogați martorii”, „de a fi asistat gratuit de un interpret, dacă nu înțelege sau nu vorbește limba utilizată în ședința de judecată”, toate acestea fiind de neconceput fără prezența sa. Prezența unui acuzat în instanță capătă o importanță capitală datorită atât dreptului său de a fi ascultat, cât și datorită necesității de a fi controlată exactitatea afirmațiilor sale, de a le confrunta cu cele ale eventualei victime ale cărei interese trebuie protejate, precum și cu declarațiile

⁷ V. Pușcașu, *Noile proceduri penale*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 613.

⁸ C. Ap. București, dec. pen. nr. 483 din 25 martie 2015 (nepublicată).

⁹ C. Ap. București, dec. pen. nr. 1060 din 25 octombrie 2014 (nepublicată).

¹⁰ C. Ap. București, dec. pen. nr. 1328 din 31 octombrie 2015 (nepublicată).

¹¹ Trib. București, sent. pen. nr. 480 din 27 martie 2015 (nepublicată).

¹² Jud. Sector 4 București, sent. pen. nr. 1672 din 13 mai 2014 (nepublicată); C. Ap. București, dec. pen. nr. 952 din 9 septembrie 2014 (nepublicată); Jud. Buftea, sent. pen. nr. 68 din 4 martie 2015 (nepublicată); C. Ap. București, dec. pen. nr. 345 din 3 martie 2015 (nepublicată); C. Ap. Timișoara, dec. pen. nr. 607 din 9 iulie 2014, dec. pen. nr. 617 din 23 iulie 2014 și dec. pen. nr. 625 din 30 iulie 2014 (nepublicate); C. Ap. Brașov, dec. pen. nr. 268 din 16 mai 2014 (nepublicată).

¹³ C. Ap. București, dec. pen. nr. 1183 din 9 octombrie 2014 (nepublicată).

martorilor. La data de 4 septembrie 2003, inculpatului i-a fost adusă la cunoștință învinuirea și i-a fost consemnată declarația în care se reține, pe de o parte, că acesta avea reședința la adresa indicată din Moreni, jud. Dâmbovița, iar, pe de altă parte, că este cunoscător al limbii române. La data de 18 septembrie 2003, inculpatului i s-a adus la cunoștință materialul de urmărire penală, iar la data de 15 martie 2004 s-a emis rechizitoriul în dosar.

În ceea ce privește prezența inculpatului la soluționarea cauzei, de la această regulă se admit excepții dacă inculpatul are o culpă în absența sa, așa cum s-a întâmplat în cauza de față, când inculpatul a ales să nu se prezinte la judecată și să nu anunțe schimbarea reședinței. Faptul ca petentul condamnat nu a luat cunoștință despre proces îi este imputabil și acesta nu se află într-o situație care să justifice reluarea judecății în cauza penală, în condițiile în care petentul a avut cunoștință de procesul penal, fiind audiat și prezentându-i-se dosarul de urmărire penală, și nu a anunțat vreo schimbare de domiciliu/reședință nici organelor de urmărire penală și nici Autorității pentru Străini. Într-adevăr, persoana condamnată care a fost judecată în lipsă are dreptul la redeschiderea procesului penal (conform procedurii de la art. 466 și urm. NCPP). Însă redeschiderea nu operează automat, ci instanța trebuie să verifice care este cauza contumaciei. Un aspect important în cauza de față constă în aceea că lipsa condamnatului nu trebuie să fie imputabilă acestuia. Soluția decurge logic și din faptul că procedura prevăzută de art. 466 și urm. NCPP are drept scop îndreptarea eventualelor abuzuri săvârșite de stat. Dar, în măsura în care cel condamnat este singurul răspunzător pentru lipsa lui, atunci normele de drept invocate încetează a-l mai proteja.

Față de cele expuse mai sus, instanța a reținut că petentul nu a fost judecat în lipsă, fiindu-i respectat dreptul la un proces echitabil prevăzut de art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului, motiv pentru care, în baza art. 469 alin. (4) NCPP, raportat la art. 466 alin. (2) NCPP, a respins ca inadmisibilă cererea de redeschidere a procesului penal în cazul judecății în lipsă¹⁴.

În același sens, s-a apreciat că dispozițiile Codului de procedură penală nu trebuie văzute și interpretate în mod izolat în peisajul dreptului penal și procesual penal românesc, ci, dimpotrivă, ea trebuie observată prin raportare la unele dintre principiile fundamentale ale dreptului. Este vorba despre principiul *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, care se traduce prin aceea că nimeni nu se poate prevala de propria culpă pentru a se apăra în proces. Acesta este principiul de drept căruia se impune a-i fi subsumate și prevederile art. 466-469 NCPP, deci și accesul condamnatului la rejudecarea cauzei după extrădare. În legătură cu incidența acestui principiu, s-a constatat că el nu este exclus nici în mod expres și nici în mod tacit de textul de lege interpretat, ci, dimpotrivă, din modul în care este formulată, sensul acestei norme juridice impune respectarea principiului sus-amintit. De altfel, s-a apreciat că ar fi illogic a accepta, în actuala ordine juridică, accesul unei persoane condamnate la rejudecarea cauzei după extrădare, în condițiile în care, pentru a obține această rejudecare, s-ar folosi de propria culpă procesuală. Astfel, s-a constatat că petentul a lipsit, într-adevăr, la judecata pricinii și la pronunțarea hotărârii, dar actele dosarului penal (implicit cele ale dosarului de urmărire penală component) pun în evidență circumstanțele în care s-a produs absența persoanei judecate. În acest sens, s-a constatat că petentul nu era străin de procedurile penale care se desfășurau împotriva sa în această cauză, întrucât a fost găsit de organele de cercetare penală în faza de urmărire penală și ascultat de către acestea

¹⁴ Jud. Buftea, sent. pen. nr. 68 din 4 martie 2015 (nepublicată).

în calitate de învinuit, declarație în care a arătat că are cunoștință de obligația de a anunța orice schimbare de domiciliu. S-a constatat că, în prealabil, i s-au pus în vedere drepturile și obligațiile procesuale, ulterior nu s-a mai prezentat, deși a fost citat la toate adresele pe care le-a indicat inclusiv prin afișare. Astfel, au fost emise mandate de aducere pe numele condamnatului, însă, astfel cum rezultă din demersurile efectuate de organele de poliție, condamnatul nu a putut fi găsit.

Cu toate acestea, deși a fost pe deplin încunoștințat de îndatoririle procesuale pe care le are, petentul nu și-a respectat această obligație și nu a anunțat organul de cercetare penală despre schimbarea de domiciliu, plecând în Italia și punând organele statului în imposibilitatea de a stabili locul unde se află. Cu alte cuvinte, culpa procesuală îi aparține petentului, iar invocarea acestei împrejurări culpabile pentru a obține un avantaj procesual (constând în rejudecarea cauzei după extrădare) încalcă în mod evident principiul *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Drept consecință, s-a reținut că ar fi illogic ca în acest moment să se accepte versiunea nesinceră, potrivit căreia petentul nu a cunoscut despre condamnare, și să i se acorde beneficiul rejudecării cauzei, când lipsa la judecată și la pronunțarea hotărârii îi este imputabilă în totalitate. Față de toate motivele de fapt și de drept arătate mai sus, instanța a apreciat că rejudecarea cauzei după extrădare, solicitată de către petent, nu îi poate fi acordată acestuia, întrucât împrejurarea că inițial a fost judecat și condamnat în lipsă i se datorează atitudinii sale culpabile, de sustragere de la judecată, plecarea în Italia fiind mai degrabă un pretext pentru a obține rezultatul pe care l-a căutat prin formularea prezentei cereri¹⁵.

Dreptul inculpatului la redeschiderea procedurii este recunoscut doar în condițiile în care acesta a lipsit de la judecarea cauzei din motive dincolo de voința sa, cauze de forță majoră sau alte motive întemeiate (în acest sens, a se vedea cauzele *Colozza c. Italiei*, *Demebeikov c. Bulgariei* etc.). În măsura în care se constată că persoana condamnată a avut cunoștință de faptul că este cercetată penal, întrucât a dat declarații în cursul urmăririi penale, însă nu s-a prezentat la judecată, părăsind țara, iar pe tot parcursul procesului penal a fost reprezentată de apărător, cererile sale privind încălcarea unui drept la apărare nu pot fi primite¹⁶.

Cu toate acestea, mai există și cazuri, rare însă, în care instanțele de judecată apreciază că este judecată în lipsă o persoană căreia i-a fost adusă la cunoștință învinuirea pe parcursul procesului penal și care ulterior nu s-a mai prezentat în fața instanței de judecată¹⁷.

3. Concluzii

În ceea ce ne privește, considerăm ca fiind corectă opinia îmbrățișată aproape unanim de jurisprudență, o persoană căreia i-a fost comunicată oficial acuzația neputând solicita, în cazul în care se sustrage și nu este prezentă în fața instanței de judecată, redeschiderea procesului penal¹⁸.

¹⁵ Jud. Zărnești, sent. pen. nr. 48 din 18 martie 2014 (nepublicată).

¹⁶ Jud. Timișoara, sent. pen. nr. 1877 din 30 aprilie 2014 (nepublicată).

¹⁷ Jud. Constanța, încheierea din 17 aprilie 2014, pronunțată în dosarul nr. 8362/212/2014.

¹⁸ În același sens, a se vedea: V.H.D. Constantinescu, în M. Udriou (coordonator), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 1166-1167; G. Tudor, în N. Volonciu, S.A. Uzlău (coordonatori), *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014., p. 1163.

O astfel de opinie este în concordanță cu jurisprudența Curții Europene în domeniu. Drepturile inculpatului de a participa la judecata propriei cauze, de a propune personal probe și de a pune întrebări martorilor acuzației sunt drepturi relative la care acesta poate renunța. Deși desfășurarea procedurii în absența inculpatului nu este în sine incompatibilă cu art. 6 din Convenție, persoanei ce a fost judecată în lipsă trebuie să i se asigure dreptul de a obține ulterior ca o instanță să statueze din nou asupra temeiniciei acuzației în fapt și în drept, cu excepția situației în care acesta a renunțat în mod neechivoc la dreptul său de a fi prezent în instanță (cauzele *Demebukov c. Bulgariei*, *Colozza c. Italiei*). Fuga inculpatului este un act prin care acesta renunță la prezența la proces, în acest caz nefiind obligatorie reluarea procedurii (cauza *Hermi c. Italiei*).

Posibilitatea soluționării cauzei în lipsa inculpatului este recunoscută și prin Rezoluția nr. 75 (11) a Consiliului Europei privind criteriile ce trebuie respectate în cazul în care o persoană este judecată în lipsă. Astfel, în criteriul nr. 9 se statuează că persoana condamnată în lipsă ar trebui să aibă dreptul de a fi judecată din nou dacă dovedește faptul că absența sa de la judecata inițială este datorată unor cauze independente de voința sa și că nu a avut posibilitatea de a înștiința instanța. Prin urmare, nici reglementările internaționale și nici cele interne nu impun *de plano* admiterea unei cereri de rejudecare în cazul unei persoane condamnate în lipsă, impunându-se verificarea faptului dacă aceasta s-a sustras sau nu de la judecată.

De altfel potrivit art. 108 NCPP, suspectului (și ulterior în momentul în care dobândește calitatea de inculpat) i se aduce la cunoștință calitatea în care este audiat, fapta de care este acuzat, încadrarea juridică, precum și obligația de a comunica în scris, în termen de 3 zile, orice schimbare a adresei, atrăgându-i-se atenția că, în cazul neîndeplinirii acestei obligații, citațiile și orice alte acte comunicate la prima adresă rămân valabile și se consideră că a luat cunoștință de acestea.

A interpreta că persoana căreia i s-a notificat formularea unei acuzații penale împotriva sa are dreptul de a obține rejudecarea cauzei în cazul în care se sustrage, modificându-și cu intenție domiciliul fără a aduce la cunoștința organelor judiciare acest aspect, înseamnă practic a lipsi de efecte prevederile art. 108 alin. (2) NCPP. Or, scopul acestei dispoziții legale este de a disciplina conduita procesuală a persoanei acuzate de comiterea unei infracțiuni, iar o interpretare contrară ar însemna recompensarea sustragerii de la soluționarea cauzei și acordarea posibilității condamnatului să se prevaleze de propria sa culpă, legitimând, astfel, un abuz de drept procesual.

Orice persoană de bună-credință căreia i s-a adus la cunoștință acuzația anunță organele judiciare la momentul schimbării domiciliului, în caz contrar această persoană fiind nevoită să-și asume, în opinia noastră, riscul desfășurării procedurii în lipsa sa.

O interpretare contrară ar permite o serie de abuzuri, orice persoană acuzată de comiterea unei infracțiuni fiind încurajată să se sustragă. O astfel de sustragere nu ar avea nicio consecință negativă asupra autorului infracțiunii, deoarece, în cazul în care nu este prins, va scăpa nepedepsit, iar în cazul în care este prins, oricum va obține rejudecarea cauzei. Practic, în acest caz s-ar ajunge la lipsirea de efecte a tuturor activităților desfășurate de instanța de judecată în lipsa inculpatului, fiind clar *ab initio* că toate actele și toate probele administrate vor trebui refăcute la un anumit moment. În opinia noastră, nu i se poate acorda persoanei acuzate de comiterea unei infracțiuni posibilitatea ca prin simpla sa manifestare de voință (anume prin sustragerea sa) să poată influența bunul mers al procesului penal. În ceea ce privește argumentele invocate de susținătorii tezei contrare, potrivit cărora prin rejudecarea cauzei în acest caz i se asigură posibilitatea celui judecat în

lipsă să-și exercite dreptul la apărare în toată plenitudinea lui și i se permite să beneficieze de un proces penal în care să fie respectat principiul contradictorialității în adevăratul sens al cuvântului, arătăm că inculpatul a avut toate aceste posibilități, însă a preferat să renunțe la aceste lucruri sustrăgându-se procesului. Statul nu poate fi obligat să redeschidă procedurile într-o cauză penală și să cheltuiască alte resurse materiale doar pentru că inculpatul, cu bună știință, s-a sustras în procesul inițial.

REGIMUL NULITĂȚILOR ÎN PROCESUL PENAL

Mihai MAREȘ*

Abstract:

This article proposes to analyze the juridical regime of nullity for procedural or processual acts, institution which occupies an important place in the sphere of the guarantees to ensure the effectiveness of the principle of legality, being able to provide solutions imposed in the event of non-compliance with the legal provision with the occasion of the disposition of a processual act or to comply with the provision of a procedural act.

The new Criminal procedure code has reformed the nullities by reducing the cases of absolute nullity (art. 280-282 NCPP) and supplement the conditions to be fulfilled in order to be able to invoke the relative nullities.

In the new vision, the legislator restricted the nullities role in ensuring the legality of the conduct of a criminal trial, thus limiting the scope of their incidence and creating a much more permissive framework in carrying out the processual and procedural acts, within the meaning of their validation, for the case the legal provisions were violated or disregarded.

Keywords: nullities, legal regime, principle of legality, new criminal procedure code, sanctions

Rezumat:

Acest articol își propune să analizeze regimul juridic al nulităților actelor procesuale și procedurale, instituție care ocupă un loc important în sfera garanțiilor ce asigură efectivitatea principiului legalității, fiind în măsură a oferi soluții impuse în cazul nerespectării prevederilor legale cu ocazia dispunerii unui act procesual sau a aducerii la îndeplinire a unui act procedural.

Noul Cod de procedură penală a reformat materia nulităților reducând cazurile de nulitate absolută (art. 280-282 NCPP) și suplimentând condițiile ce se impun a fi îndeplinite pentru a se putea invoca nulitățile relative.

În noua viziune, legiuitorul a restrâns rolul nulităților în asigurarea desfășurării în legalitate a procesului penal, limitând astfel sfera de incidență a acestora și creând un cadru mult mai permisiv în efectuarea actelor procesuale și procedurale, în sensul de validare a acestora, în împrejurarea în care dispozițiile legale au fost încălcate sau nesocotite.

Cuvinte-cheie: nulități, regim juridic, principiul legalității, noul cod de procedură penală, sancțiuni

1. Considerații generale

Odată cu adoptarea noului Cod de procedură penală, au fost reglementarea în mod expres, principiile fundamentale ale procesului penal, a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității actelor efectuate cu încălcarea acestora.

* Avocat coordonator, „Mareș/Danilescu/Mareș”, drd. în drept procesual penal, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

Astfel cum a fost dezvoltat și în Expunerea de motive¹ a noului Cod de procedură penală: „*premise majoră avută în vedere la construcția noului cod a fost aceea că un proces penal echitabil, desfășurat într-un termen rezonabil, nu poate fi asigurat fără așezarea acestuia pe pilonii unor noi principii care, alături de cele clasice, să oblige organele judiciare la înfăptuirea unei justiții penale independente și imparțiale, în măsură să instaureze în opinia publică respectul și încrederea în actul de justiție.*”

Definite² ca sancțiuni procedurale care lovesc actele procedurale existente, care au luat însă ființă prin nerespectarea dispozițiilor legale, prin omisiunea sau violarea formelor prescrise de lege, nulitățile ocupă un loc important în sfera garanțiilor care asigură atât efectivitatea principiului legalității, cât și a principiului aflării adevărului, actele procesuale și procedurale efectuate cu încălcarea legii de procedură producând îndoială asupra veridicității probelor administrate abuziv și asupra corectitudinii soluțiilor adoptate față de prevederile legii penale și a celei civile.³

Codul de procedură penală din 1936 a constituit un prim pas în sistematizarea materiei sancțiunilor procedural penale în cadrul căreia un loc important îl ocupau nulitățile, iar Codul de procedură penală din 1948 a introdus principiul potrivit căruia nulitățile se pronunță de către instanță numai în cazul în care s-a adus părții care invoca nulitatea, o vătămare ce nu poate fi înlăturată decât prin anularea acesteia.

Nulitățile relative exprese specifice urmăririi penale au fost însă înlăturate de legiuitor prin Legea nr. 3 din 1956, prin care s-au adus modificări Codului de procedură penală din 1948, iar Codul de procedură din 1968 nu a mai consacrat nulitățile relative exprese în nicio fază a procesului penal, înfăptuind o reglementare mult simplificată a întregului sistem de sancțiuni procedural penale.

Codul de procedură penală din 1968, ca și Codul anterior, a combinat concepția cea mai formalistă, potrivit căreia orice încălcare a legii de procedură penală trebuie să atragă nulitatea și refacerea actului în condițiile legii, cu concepția opusă care admite nulitatea numai în cazul acelor încălcări ale legii de procedură penală pentru care se prevede în mod expres că acestea atrag nulitatea actului, consacrand reglementarea potrivit căreia se pot prevedea anumite dispoziții a căror încălcare este sancționată de lege în mod expres cu nulitatea (nulitățile exprese), dar sancțiunea nulității poate fi aplicabilă și în cazul încălcării celorlalte dispoziții ale legii dacă sunt întrunite anumite condiții (nulitățile virtuale)⁴.

Noul Cod de procedură penală („NCPP”) a reformat materia nulităților, aducând modificări în conținutul dispozițiilor ce reglementează regimului acestora, precum⁵:

- stabilirea expresă a principiului că actele ulterioare celui declarat nul, care au o legătură directă cu acestea, sunt la rândul lor lovite de nulitate;

- scoaterea din categoria nulităților absolute a nerespectării dispozițiilor privind sesizarea instanței, efectuarea anchetei pentru minori, competența materială și după calitatea persoanei a organului de urmărire penală, competența materială și după calitatea persoanei a instanței ierarhic superior celei legal competente;

¹ Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Codului de procedură penală a fost publicată în Monitorul Oficial 515 din 14 august 2013.

² I. Ionescu-Dolj, *Curs de procedură penală română*, Ed. Socec, București, 1937, p. 190

³ N. Giurgiu, *Cauzele de nulitate în procesul penal*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1974, p. 78-79

⁴ Grigore Gr. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 498

⁵ Teodor-Viorel Gheorghe, *Noul Cod de procedură penală comentat* (N. Volonciu), Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 663

- instituirea unor nulități absolute care pot fi invocate până la un anumit termen procesual, și nu în orice stadiu al procesului;

- eliminarea dreptului instanței de a invoca din oficiu nulitățile relative (cu unele excepții) și de a le lua în considerare în orice stadiu procesual.

Așa cum a fost subliniat și în doctrină⁶, existența nulităților în dreptul procesual penal român este strâns legată de existența unei vătămări procesuale, vătămare care trebuie să se fi produs prin efectuarea unui act în condiții nelegale. Relevantă în acest context, este definiția dată „vătămării” de către prof. Grigore Theodoru⁷, respectiv „atingerea adusă principiilor fundamentale ale procesului penal din care rezultă posibilitatea de a nu se realiza scopul acestuia”.

În acest sens, în art. 282 alin. (1) se arată că încălcarea oricăror dispoziții legale în afara celor prevăzute la art. 281 determină nulitatea actului atunci când prin nerespectarea cerinței legale s-a adus o vătămare drepturilor părților ori ale subiecților procesuali principali, care nu poate fi în laturată altfel, decât prin desființarea actului.

2. Clasificarea nulităților

Nulitățile se pot clasifica⁸, în principal, după doua criterii: (i) modul de exprimare în norma juridică, și (ii) modul de aplicare și efectele pe care le pot produce.

(i) După modul de exprimare în norma juridică, nulitățile pot fi:

- *nulități exprese* – care se aplică în cazul nerespectării unor anumite norme procesuale individualizate în lege (ex. în cazul încălcării normelor prevăzute în art. 281 alin. (1) NCPP); în lege se arată în mod expres că sunt prevăzute sub sancțiunea nulității, între altele, dispozițiile referitoare la competența după materie sau după calitatea persoanei, la compunerea completului de judecată, la publicitatea ședinței de judecată etc.;

- *nulități virtuale* – care rezultă din reglementarea generală privind respectarea legii în desfășurarea procesului penal; baza legală a nulităților virtuale constituind-o art. 2 și art. 282 NCPP.

(ii) După modul de aplicare și efectele pe care le produc, nulitățile pot fi:

- *nulități absolute* – care intervin în cazurile expres prevăzute de lege și care se constată din oficiu sau la cerere, putând fi invocate, în principiu în orice stare a procesului penal, cu excepțiile prevăzute de lege;

- *nulități relative* – care sunt, de regulă, cele virtuale și sunt incidente, în cazul încălcării oricărei alte dispoziții legale decât cele prevăzute în art. 281 NCPP.

3. Condițiile legale pentru a opera nulitatea

Pentru a opera nulitatea unui act procesual sau procedural, se impun a fi întrunite următoarele condiții:

a) încălcarea dispozițiilor legale care reglementează desfășurarea procesului penal, fie prin acțiunea, fie prin inacțiunea organului judiciar;

În noțiunea de „dispoziții care reglementează desfășurarea procesului penal”, formularea care nu prevede nicio limitare, înseamnă că atrag nulitatea atât dispozițiile care reglementează urmărirea penală, cât și a celor care reglementează judecata în primă instanță, în căile de atac ordinare sau extraordinare, precum și la executarea pedepselor. Nu

⁶ I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 719

⁷ Grigore Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 501

⁸ I. Neagu, *Drept procesual penal. Partea generală. Tratat*, Ed. Global Lex, București, 2004, p. 471

vor intra în sfera acestei noțiuni dispozițiile procesuale care, deși își au aplicația în procesul penal, nu îndeplinesc funcția de a contribui la reglementarea desfășurării acestuia⁹.

Nulitatea operează atunci când se încalcă dispozițiile care reglementează efectuarea actelor procesuale, dar și atunci când încălcarea se referă la efectuarea actelor procedurale. Încălcarea legii se poate referi la condiții esențiale pentru existența actului (caz în care încălcarea va atrage întotdeauna nulitatea actului) sau la condiții neesențiale (caz în care încălcarea nu va atrage, de regulă, nulitatea actului decât în situația în care s-ar dovedi vătămarea cauzată)¹⁰.

Când actul procedural aduce la îndeplinire un act sau o măsură procesuală, existând autonomia actului procedural, nulitatea acestuia nu atrage și nulitatea actului procesual (ex. nulitate actului procedural al comunicării extrasului după dispozitivului hotărârii penale nu atrage și nulitatea actului procesual al soluției adoptate)¹¹.

Pentru a se reține îndeplinirea acestei condiții, se poate așadar vorbi fie de o violarea a legii (ex. când instanța pronunță condamnarea inculpatului pentru o faptă pentru care nu a fost trimis în judecată), fie prin omisiunea organului judiciar (ex. atunci când instanța a pronunțat condamnarea inculpatului fără să se precizeze în hotărâre infracțiunea cu privire la care a stabilit această soluție).

b) producerea unei vătămări procesuale

Conținutul noțiunii de „vătămare”, nu este definit în NCPP, revenind doctrinei această sarcină, iar jurisprundenței să o consacre în cazurile concrete. Astfel, pe lângă definiția dată de către prof. Theodoru, mai sus citată, vătămarea a mai fost definită¹² ca fiind acea consecință negativă a încălcărilor dispozițiilor ce reglementează desfășurarea procesului penal care constă în crearea posibilității unei soluționări greșite a cauzei fie prin neasigurarea exercitării drepturilor părților, fie prin încălcarea altor valori procesuale.

Vătămarea procesuală este prezumată de lege în cazul nulităților absolute (atunci când încălcarea unei dispoziții procedurale aduce atingere garanțiilor fundamentale ale justiției, care apără societatea de infracțiuni, dar în anumite condiții și forme procesuale, legea consideră întotdeauna vătămare ce nu poate fi înlăturată în niciun mod)¹³ și, în principiu, trebuie dovedită de către cel care o invocă în cazul nulităților relative.

Potrivit art. 280 alin. (1) NCPP, „încălcarea dispozițiilor legale care reglementează desfășurarea procesului penal atrage nulitatea actului *în condițiile prevăzute expres de prezentul cod*”. Așadar, dacă organul judiciar a încălcat o regulă importantă a procesului – ce nu constituie o nulitate absolută –, dar această încălcare nu prejudiciază, bunăoară, interesele legitime ale inculpatului, ci dimpotrivă, nu s-ar putea reține nulitatea actului efectuat astfel¹⁴.

Așa fiind însă, deși legea dă dreptul procurorului¹⁵ de a invoca nulitatea relativă, aceasta pare a fi admisibilă numai când încălcarea legalității procesului penal constituie, în

⁹ N. Giurgiu, *op. cit.*, p. 84

¹⁰ N. Giurgiu, *op. cit.*, p. 82

¹¹ Grigore Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 499

¹² N. Giurgiu, *op. cit.*, p. 93

¹³ Grigore Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 500

¹⁴ Teodor-Viorel Gheorghe, *op. cit.*, p. 664

¹⁵ Potrivit art. 282 NCPP, „nulitatea relativă poate fi invocată și de procuror atunci când există un interes procesual propriu al acestuia în respectarea dispozițiilor legale încălcate”; interesul legitim „propriu” al procurorului fiind precizat de către art. 131 alin. (1) din Constituție, „în activitatea judiciară,

același timp, și vătămarea drepturilor părților ori ale subiecților procesuali principali; instituția nulității deosebindu-se astfel de vechea reglementare, care nu restrângea vătămarea numai la cea produsă părților în proces, ci avea în vedere, în mod just și interesele societății.

c) vătămarea produsă să nu poată fi înlăturată decât prin anularea actului

Anularea actului procesual sau procedural viciat, chiar și în prezența unei vătămări, este nejustificată în cazul în care există posibilitatea acoperirii neregularității actului și păstrării efectelor produse de acesta. Spre exemplu, în cazul vătămării prin împiedicarea părții de a-și exercita un drept procesual, anularea actului poate fi evitată prin exercitarea altui drept procesual care să conducă la același rezultat¹⁶.

Nulitatea nu produce efecte *ope legis*; invocată de către subiecți procesuali principali sau din oficiu în cursul procesului penal, trebuie constatată de organul de urmărire penală, judecătorul de drepturi și libertăți sau de cameră preliminară sau de instanță.

Cel care invocă nulitatea trebuie să dovedească existența vătămării, nu și imposibilitatea de a fi înlăturată pe altă cale decât anularea actului, această constatare fiind atributul organelor judiciare. Cel care se opune anulării poate face proba contrară, că nu există vătămare¹⁷. În cazul în care se invocă acoperirea nulității, proba acesteia revine celui care care o invocă.

În cazul nulităților absolute, anularea actului este imperativă, așa încât această condiție este prezumată de legiuitor. În această situație, numai legiuitorul poate – pe cale de excepție – să considere că actul lovit de nulitate absolută poate fi totuși păstrat ca fiind necesar pentru o soluționare corectă a cauzei, așa cum este situația menținerii probelor administrate și a actelor îndeplinite de instanța inferioară ierarhic necompetentă material, ce și-a declinat competența (ex. art. 50 alin. (2) NCPP)¹⁸.

4. Nulitățile absolute și nulitățile relative

4.1. Trăsăturile nulităților absolute și cazurile prevăzute de art. 281 NCPP

Actualul cod de procedură penală a prevăzut în dispozițiile art. 281 alin. (1), nulitățile absolute, care sunt în același timp și nulități exprese și care intervin în cazul încălcării unor dispoziții legale care au o importanță deosebită în desfășurarea procesului penal¹⁹.

Nulitățile absolute se caracterizează prin:

- *vătămarea pe care o produc este întotdeauna considerată ca existentă (prezumție juris et de jure)*, care nu suferă proba contrarie. Cel care invocă nulitatea nu trebuie să facă dovada existenței vătămării, fiind suficientă dovada încălcării normei juridice prevăzute sub sancțiunea nulității absolute;

- *pot fi invocate în condiții de timp diferite față de nulitățile relative, în majoritatea lor acestea putând fi aduse în discuție în orice stare a procesului;*

Ministerul Public reprezintă interesele generale ale societății și apără ordinea de drept, precum și drepturile și libertățile cetățenilor”.

¹⁶ Grigore Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 501

¹⁷ V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *Explicațiile teoretice ale codului de procedură penală român. Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei române, București, 1975, p. 410

¹⁸ Teodor-Viorel Gheorghe, *op. cit.*, p. 665

¹⁹ I. Neagu, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 721

- *pot fi invocate de procuror, subiecții procesuali principali și orice parte din proces, indiferent de existența sau inexistența unui interes procesual propriu, și se iau în considerare chiar din oficiu.*

Prevăzute de către art. 281 NCPP, cazurile de nulitate absolută, cunosc o reducere a ipotezelor în care nulitatea absolută devine incidentă, iar vicii de procedură precum (i) sesizarea instanței (avute în vedere cu ocazia evaluării rechizitoriului de către judecătorul de cameră preliminară), (ii) efectuarea referatului de evaluare în cauzele cu infractorii minori în cursul judecării, când acesta nu a fost efectuat în cursul urmăririi penale; nu mai sunt calificate drept ipoteze care atrag nulitatea absolută.

Cazurile de nulitatea absolută, prevăzute în actualul cod de procedură penală sunt:

- *încălcarea dispozițiilor privind compunerea completului de judecată* (are în vedere prevederile referitoare la numărul de judecători din complet, cazurile de incompatibilitate sau cele referitoare la asigurarea continuității completului care deliberază asupra cauzei penale; nu se referă și la completele specializate);

- *competența materială și competența personală a instanțelor judecătorești, atunci când judecata a fost efectuată de o instanță inferioară celei legal competente* (față de reglementarea anterioară, necompetența organelor de urmărire penală nu mai are această însușire; nu va exista un caz de nulitate absolută în ipoteza în care judecata este efectuată de o instanță ierarhic superioară celei competente material sau personal să judece cauza; este însă incidentă în cazul încălcării competenței funcționale a instanței superioare, deoarece aceasta, fiind o modalitate de organizare a competenței după materie sau după calitatea persoanei, se include, după caz, în una dintre cele două forme de competență, urmând regimul juridic corespunzător acestora²⁰);

- *publicitatea ședinței de judecată* (încălcarea prevederilor legale referitoare la soluționarea unor cauze în camera de consiliu, ședință secretă ori nepublică poate atrage numai sancțiunea nulității relative dacă sunt îndeplinite și celelalte condiții prevăzute de lege);

- *participarea procurorului, atunci când participarea sa este obligatorie potrivit legii* (potrivit art. 363 alin. (1) participarea procurorului la judecată este obligatorie, indiferent că judecata se desfășoară în primă instanță, în apel sau în cadrul căilor de atac extraordinare);

- *prezența suspectului sau inculpatului, atunci când participarea sa este obligatorie potrivit legii* (este obligatorie prezența la judecată în primă instanță sau în căile de atac a inculpatului aflat în stare de deținere – arestat preventiv în cauză sau în altă cauză, sau aflat în executarea unei pedepse; prezența celui deținut este obligatorie la judecarea contestației în anulare, după admiterea în principiu, sau a contestației la executare formulată de acesta);

- *asistarea de către avocat a suspectului sau a inculpatului, precum și a celorlalte părți, atunci când asistența este obligatorie* (de ex. în cazurile prevăzute de art. 90 NCPP, respectiv art. 93 alin. (4) și (5) NCPP; încălcarea dispozițiilor referitoare la asistarea de către avocat a persoanei vătămate atunci când asistența este obligatorie, nu atrage incidența sancțiunii nulității absolute, putând fi reținută nulitatea relativă în cazul în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 282 NCPP).

²⁰ N. Giurgiu, *op. cit.*, p. 195

4.2. Trăsăturile nulităților relative și cazurile prevăzute de art. 2 și art. 282 NCPP

Definită de către doctrină²¹, ca acea nulitate, alta decât cea prevăzută expres ca nulitate absolută, rezultată din încălcarea dispozițiilor ce reglementează desfășurarea procesului penal, care poate fi invocată de participanții procesuali ce au un interes procesual propriu în respectarea dispoziției legale încălcate sau de instanță din oficiu în cazurile anume prevăzute, în termenul limitativ stabilit de lege, nulitatea relativă se caracterizează prin:

- *intervine atunci când prin încălcarea dispozițiilor legale s-a adus o vătămare drepturilor părților ori ale subiecților procesuali principali;*

- *trebuie invocată într-o anumită stare a procesului (de regulă în cursul judecății sau imediat după efectuarea actului);*

- *se acoperă atunci când persoana interesată nu a invocat-o în termenul prevăzut de lege.*

Nefiind prestabilite de lege, ci derivând din principiul fundamental al legalității, nulitățile relative sunt atașate fiecărei dispoziții preceptive²², așa încât o examinare exhaustivă a lor ar echivala cu analiza fiecărei dispoziții a NCPP.

5. Declararea nulității actelor procesuale și procedurale penale

Nulitatea unui act procesual sau procedural nu operează din oficiu (*ope legis*), prin simpla încălcare a legii, ci trebuie invocată în fața organului judiciar de către partea interesată sau din oficiu, constatată și apoi declarată de organul judiciar competent, indiferent dacă sunt nulități relative sau absolute.

Nulitatea poate fi invocată de către părți și subiecți procesuali principali în faza de urmărire penală pe calea unei cereri exprese sau a plângerii (art. 336 și art. 339 NCPP), iar în faza de judecată pe cale de excepție.

Potrivit dispozițiilor art. 351 alin. (2) NCPP, nulitatea relevată din oficiu de către procuror în cursul urmăririi penale nu este obligatoriu să fie pusă în discuția părților, în timp ce, de principiu, nulitățile observate de judecător/instanță trebuie puse în discuție contradictorie.

Nulitatea absolută se constată din oficiu sau la cerere spre deosebire de vechiul cod, NCPP nu mai stipulează că toate cazurile de nulitate absolută pot fi invocate oricând, astfel numai cazurile de nulitate absolută prevăzute de art. 281 alin. (1) lit. a)-d) pot fi invocate în orice stare a procesului.

În schimb, cazurile de nulitate absolută prevăzute de art. 281 alin. (1) lit. e) și f) trebuie invocate:

- până la încheierea procedurii în camera preliminară, dacă încălcarea a intervenit în cursul urmăririi penale sau în procedura camerei preliminare;

- în orice stare a procesului, dacă încălcarea a intervenit în cursul judecății;

- în orice stare a procesului, indiferent de momentul la care a intervenit încălcarea, când instanța a fost sesizată cu un acord de recunoaștere a vinovăției.

6. Efectele nulităților

Declararea nulității unui act procesual sau procedural atrage lipsa acestuia de efecte juridice. Actul este considerat nul din momentul în care a fost efectuat cu încălcarea legii (*ex tunc*) și nu din momentul în care s-a declarat nulitatea lui (*ex nunc*).²³

²¹Teodor-Viorel Gheorghe, *op. cit.*, p. 685

²² N. Giurgiu, *op. cit.*, p. 44

²³ Grigore Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 507

Actul se consideră inexistent numai din punct de vedere al efectelor pe care ar fi trebuit să le producă dacă ar fi fost valabil, nu însă și sub raportul consecințelor sale (cheltuieli judiciare, amendă judiciară, împlinirea prescripției, decăderi etc)²⁴.

În unele cazuri este posibil ca, datorită naturii încălcării legii și a structurii actului, acesta să fie afectat numai în parte de nevalabilitate (*nulitate parțială*)²⁵.

Actele anulate se refac de către organul judiciar care le-a întocmit initial și rareori de către un alt organ judiciar (de ex. cazul în care potrivit art. 421 pct. 2 lit. b) instanța de apel admite apelul, desființează sentința primei instanțe și dispune rejudecarea de către o altă instanță de judecată decât aceea a cărei hotărâre a fost desființată); astfel, potrivit art. 280 alin. (3), atunci când constată nulitatea unui act, organul judiciar dispune, când este necesar și dacă este posibil, refacerea acelui act cu respectarea dispozițiilor legale.

NCPP reglementează explicit extinderea (iradierea) efectelor nulităților, prevăzând ca sunt nule și actele concomitente cu actul nul sau subsecvente acestuia, dacă există o legătură direct cu actul nul (de pildă, existența încă de la primul termen a unui caz de incompatibilitate a judecătorului atrage nulitatea actelor efectuate la fiecare termen) ca excepție, nulitatea unui act poate atrage și nulitatea actelor anterioare acestuia (de exemplu, neîntocmirea minutei atrage și nulitatea actelor anterioare, instanța de control judiciar trebuind să dispună trimiterea cauzei spre rejudecare)²⁶.

7. Concluzii

Examinarea critică a prevederilor art. 280, 281 și 282 NCPP (texte de lege care reglementează instituția de drept procesual penal a nulităților) permite observația că, în noua viziune, legiuitorul a restrâns rolul nulităților în asigurarea desfășurării în legalitate a procesului penal, limitând astfel sfera de incidență a acestora și creând un cadru mult mai permisiv în efectuarea actelor procesuale și procedurale, în sensul de validare a acestora, în împrejurarea în care dispozițiile legale au fost încălcate sau nesocotite.

²⁴ V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *op. cit.*, p. 412

²⁵ Teodor-Viorel Gheorghe, *op. cit.*, p. 667

²⁶ M. Udrioiu, *Procedură penală. Partea generală. Noul cod de procedură penală*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 650

CONSIDERENTE DE ORDIN ȘTIINȚIFIC ȘI TEHNIC REFERITOARE LA EXPERTIZELE AUDIO-VIDEO

Valentin TRIF*

Abstract:

Criminal Procedure Code provides as special surveillance methods, among other things, the video, audio, photo, and film surveillance, according to the conditions stipulated by the law. These provisions raise some debate from the evidence handling perspective, especially regarding the ordering and the performing of the criminal appraisalment.

I pointed out that with the entry into force of the new Code of Criminal Procedure, it was given the possibility to the parties, to the prosecutor or to the court (ex officio) to expertise not only technically the audio or video recordings, but also from the psychological point of view, in order to analyse, the mimic, voice tone, discussion rhythm, or the attitudes of the concerned parties with the aim to decode the message that is sent. This change opens the way to performing all kind of criminal expert appraisements and not only of the technical ones, being an innovation in the field of the evidence checking. Apart from technical expertise, the records conversations between subjects investigated can be analyzed from the psychological semantic language, mimic, gestures, point of view where video recordings.

In the present context, it is required to understand an update of the understanding of the legislation on human rights, with the aim to reflect modern surveillance technologies and techniques

Keywords: *evidence interceptions, expertise, authenticity*

Rezumat:

Codul de procedură penală prevede ca metode speciale de supraveghere, între altele, supravegherea video, audio sau prin fotografiere ori filmare, în condițiile stipulate de prevederile legale. Aceste prevederi legale suscită anumite discuții din perspectiva administrării acestor probe și referitoare la dispunerea și efectuarea expertizelor, ce se pot efectua cu privire la acestea.

Am reliefat faptul că odată cu intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală, a fost lăsată posibilitatea părților, procurorului sau instanței, din oficiu, să expertizeze nu numai din punct de vedere tehnic înregistrările audio sau video, ci și din punct de vedere psihologic, în vederea analizei gesticii, mimicii, tonului vocii, a ritmului discuției, a poziției părților implicate în scopul decodificării mesajului transmis. Această modificare a lăsat deschisă calea efectuării oricărui tip de expertiză, nu doar a celei tehnice, reprezentând o noutate în materia verificării acestor mijloace de probă, astfel că în afară de o expertiză tehnică criminalistică, înregistrările convorbirilor dintre subiecții anchetați pot fi analizate și din punct de vedere psihologic, semantic, din perspectiva limbajului, a mimicii, a gesticii, în situația înregistrărilor video.

* Drd., Institutul de Cercetări Juridice, Procuror, Direcția de Investigare a Infraacțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism; e-mail: trif_valentin@yahoo.com

În contextul actual, este necesară o actualizare a modului în care înțelegem legislația privind drepturile omului, astfel încât să reflecte tehnologiile și tehnicile moderne de supraveghere

Cuvinte-cheie: *mijloace de probă, interceptări, expertiză, autenticitate*

Procesul de comunicare presupune existența unui *emitent* și a unui *receptor*, conținutul convorbirii este *mesajul* pe care aceștia îl transmit, prin mijloace tehnice specifice (telefon, mobil sau fix, computer în sistem „PC 2 PC calls” sau „PC 2 phone calls” etc.). Informațiile care se pot intercepta și – eventual – stoca, privesc pe de o parte emitentul sau receptorul (numărul de telefon folosit, identitatea acestora, tipul telefonului folosit și elementele de identificare a telefonului – ex. seria IMEI –, locația din care s-a efectuat convorbirea) și, pe de altă parte, convorbirea în sine și conținutul acesteia (data și ora efectuării convorbirii, durata acesteia, conținutul propriu-zis al convorbirii – mesajul transmis).

Interceptarea presupune folosirea unor mijloace tehnice prin intermediul cărora se poate afla conținutul unor convorbiri între două sau mai multe persoane, iar înregistrarea acestora presupune stocarea informațiilor obținute în urma interceptării pe un suport (magnetic, digital etc.), în așa fel încât să fie accesibile ulterior, să poată fi reascultate, modificate sau retransmise.

Noul Cod de Procedură prevede ca metode speciale de supraveghere, între altele, supravegherea video, audio sau prin fotografiere ori filmare, în condițiile stipulate de prevederile legale. Prevederile Codului de procedură penală privind înregistrările audio, fotografiile și înregistrările video (imaginile), adică probele multimedia prin care se înțeleg, în general, înregistrări audio, fotografii, înregistrări video, precum și alte probe digitale, ce conțin informații de interes și de expertizat, analogice sau digitale¹, suscită anumite discuții din perspectiva administrării acestor probe și referitoare la dispunerea și efectuarea constatărilor tehnico-științifice și expertizelor, ce se pot efectua cu privire la acestea.

Traseul parcurs de o comunicație sau orice tip de comunicare interceptată și înregistrată, potrivit prevederilor legale, se desfășoară după cum urmează: persoana supravegheată tehnic; organul care deține echipamentul de interceptare și înregistrare; locul și persoana autorizată care realizează supravegherea tehnică; suportul pe care se imprimă inițial comunicația sau orice tip de comunicare (proba digitală originală); persoana care transmite comunicația sau orice tip de comunicare de pe echipamentul de interceptare și înregistrare pe suportul de memorie externă (proba digitală duplicat, clonă); persoana care primește comunicația sau orice tip de comunicare transmisă (organele de urmărire penală); persoana care efectuează copii ale suportului de memorie externă (proba digitală copie); proba digitală (duplicat sau copie, după caz) depusă la dosarul cauzei și care este atașată procesului-verbal de redare a înregistrării comunicațiilor sau orice tip de comunicare; proba digitală copie care urmează dosarul cauzei la instanța de judecată; inculpat, respectiv emițătorul comunicației; specialistul sau expertul judiciar.

În doctrină s-a considerat că înregistrarea inițială, originală digitală se află stocată pe memoria internă a echipamentului cu care a fost captat evenimentul acustic interceptat și

¹ Adrian Petre, Cătălin Grigoraș, *Înregistrările audio și audio-video, mijloace de probă în procesul penal. Expertiza judiciară*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 183 și urm.

apoi înregistrat. S-a apreciat că acest echipament reprezintă, conform prevederilor art. 97 alin. 2 lit. 3 combinat cu art. 197 alin. 1 C. pr. pen., mijloc material de probă².

Teoretic și practic există posibilități ipotetice de alterări, distorsionări, modificări, înserări de voci computerizat, intercalări de cuvinte, fraze sau alte elemente de contrafacere, adăugiri, ștersături, pe suportul de memorie externă, de către persoanele care intră în contact cu suportul ce stochează comunicările ori imaginile interceptate și înregistrate. Vulnerabilitatea esențială și primordială în legătură cu proba digitală este cantonată la echipamentul informatic și de comunicații care captează evenimentele acustice interceptate și înregistrate, constând, în principal, în acuratețea și integritatea cu care se realizează extragerea înregistrării complete și efective, prin operațiunile de accesare/transferare/descărcare/copiere pe primul suport de memorie externă, respectiv acela ce practic trebuie să fie duplicatul probei digitale.

Situații faptice concrete, existente în cauzele penale aflate fie pe rolul instanțelor de judecată, fie în faza de urmărire penală, care sunt de natură să inducă suspiciuni referitoare la autenticitatea înregistrărilor audio-video, ambientale sau de imagini se pot datora următorilor factori: erori existente în activitatea de redare a conținutului convorbirilor telefonice interceptate și înregistrate; durata de timp scursă între momentul când a avut loc efectiv convorbirea telefonică interceptată și înregistrată și momentul când aceasta apare ca fiind stocată pe suportul de memorie externă; selectarea doar a anumitor convorbiri telefonice sau imagini, de către organele de urmărire penală din ansamblul convorbirilor telefonice și imaginilor interceptate și înregistrate; existența ipotetică a posibilității de modificare/alterare – intenționată sau din neglijență – a acurateței și integrității înregistrărilor; utilizarea unor metode și mijloace tehnice de interceptare și înregistrare care au un caracter clasificat, ceea ce nu permite examinarea și verificarea acestora de către experții introduși legal în cauzele penale care nu au autorizare sau certificat corespunzător ORNISS.

Prin prevederile noului Cod de procedură penal, s-a instituit posibilitatea oricărei persoane autorizate, care realizează copii ale unui suport de stocare a datelor informatice ce conține rezultatul activităților de supraveghere tehnică, de a verifica integritatea datelor incluse în suportul original și, după efectuarea copiei, să semneze datele incluse în aceasta, utilizând o semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat și care permite identificarea neambiguă a persoanei autorizate, aceasta asumându-și astfel responsabilitatea în ceea ce privește integritatea datelor³.

Referitor la semnătura electronică aceasta este reglementată de Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică, respectiv normele de aplicare a acesteia (H.G. nr. 1259/2001). Legea distinge între *semnătura electronică* și *semnătura electronică extinsă*.

Prima desemnează o colecție de date atașate sau conținute de un înscris în formă electronică, date care servesc ca metodă de identificare, fără a fi precizate cerințe asupra siguranței acestei metode de identificare. De pildă, pentru a identifica la prima vedere originea unui mesaj email se poate folosi atât numele autorului, plasat de obicei la sfârșitul mesajului, cât mai ales *adresa de email* a expeditorului; în mod similar, pentru a identifica la prima vedere originea unui mesaj SMS se poate folosi numărul de telefon al expeditorului.

² Doru Ioan Cristescu și Victor Cătălin Enescu, *Puncte de vedere privind administrarea și expertizarea probelor multimedia*, www.dreptulpenal.ro

³ Art. 142 alin. 21 C. pr. pen.

Semnătura electronică extinsă adaugă cerințe pentru a fi asigurat un nivel de încredere mai ridicat al metodei de identificare. Asemeni unei semnături „clasice”, pe hârtie, semnătura electronică extinsă trebuie (1) să fie legată în mod unic de semnatar, (2) să asigure identificarea semnatarului, (3) să fie creată prin mijloace controlate exclusiv de semnatar și (4) să fie legată de datele la care se raportează în așa fel încât să permită detectarea modificărilor ulterioare semnării. Ultima cerință este specifică înscrisurilor în formă electronică și derivă din posibilitatea tehnică de a controla automat integritatea unui înscris. *Mutatis mutandis*, acestui procedeu îi corespunde în domeniul înscrisurilor „clasice” semnarea tuturor paginilor unui document, menționarea numărului de pagini și eventual bararea spațiilor libere, pentru a preveni adăugirile ulterioare semnării.

În literatura de specialitate s-a arătat că înregistrarea originală este mediul sau suportul fizic pe care au fost înregistrate evenimentele acustice originale.⁴

În vederea stabilirii adevărului, se pot efectua expertize criminalistice a înregistrărilor comunicărilor telefonice sau audio-video interceptate și înregistrate în baza mandatului de supraveghere emis de către judecător sau a ordonanței procurorului, confirmată de către judecătorul de drepturi și libertăți.

Necesitatea verificării mijloacelor de probă de către instanța de judecată prin intermediul expertizei este o exigență care derivă din principiul egalității de arme și a dreptului la apărare și se prezintă sub forma unei garanții a priori.⁵

La examinarea înregistrărilor audio și audio-video în vederea verificării autenticității, sarcina expertului criminalist constă așadar în descoperirea unor eventuale elemente de copiere sau modificare a înregistrării prin verificarea integrității fizice a acesteia, precum și a formelor de undă și a spectrogramelor semnatelor înregistrate.

Este de precizat însă că, în analizele criminalistice audio, obiective de gen forensic audio sau automatic speaker recognition (recunoașterea automată a vorbitorului) se utilizează probabilități și metode statistice, iar expertul exprimă o opinie științifică bazată pe interpretarea și eventual conversia valorilor numerice ale indicatorilor de probabilitate în nivele aparținând unor scale verbale, similar celor din analizele ADN.

Deși Codul de procedură penală nu prevede în mod expres efectuarea unei expertize a mijloacelor de stocare a comunicărilor, apreciez că o astfel de probă poate fi solicitată folosind ca argument de text art. 172 alin. 7 C. pr. pen. potrivit căruia „în domenii strict specializate, dacă pentru strângerea probelor sunt necesare cunoștințe specifice sau alte asemenea cunoștințe, instanța sau organul de urmărire penală poate solicita opinia unor specialiști care funcționează în cadrul organelor judiciare sau în afara acestora”.

În vechiul Cod de procedură penală⁶, a fost reglementată posibilitatea ca mijloacele de probă să poată fi supuse expertizei tehnice la cererea procurorului, a părților sau din oficiu.

La cererea procurorului, a instanței de judecată sau a părților, expertul trebuie să se pronunțe dacă înregistrările audio-video ale comunicărilor telefonice sau ambientale, în litigiu, administrate ca probă, sunt autentice ori copii sau dacă prezintă dovezi de contrafacere.

⁴ Thomas Owen, *Voice Identification&Forensics Audio&VideoAnalysis, The Forensics Examiner*, vol. 12, Number 9&10, september/octomber 2003

⁵ Sandra Grădinaru, *Supravegherea tehnică în Noul Cod de procedură penală*, Ed. CH Beck, București, 2014, p. 147

⁶ Art. 91⁶, *Codul de procedură penală al României*, „Mijloacele de probă prevăzute în prezenta secțiune pot fi supuse expertizei la cererea procurorului, a părților sau din oficiu”

Cu privire la acest aspect s-a apreciat în doctrină că, fără o asemenea certitudine, formulată ca urmare a examinării științifice a înregistrării, aceasta nu poate fi acceptată ca probă.⁷

Obiectul expertizei înregistrărilor audio-video este acela de a stabili autenticitatea acestora, precum și dacă au fost șterse sau adăugate sunete sau imagini, cuvinte, propoziții sau fraze de către aceeași persoană.

Este de observat că spre deosebire de vechea reglementare care se referea la „original”, noul Cod de procedură penală, reglementează expertiza mijlocului de probă (CD/DVD) și nu a mijlocului prin care s-a obținut proba (echipamentele).

În practică⁸ se discută în continuare de expertiza mijlocului prin care s-a obținut proba (echipamentele) care reprezintă o teorie științifică fundamentată pe standardele AES27-1996 și AES43-2000 (Audio Engineering System). Aceste standarde se referă la înregistrările audio-video analogice (pe bandă magnetică sau suport magnetic) și definesc noțiunea de „autentic” ca fiind simultaneitatea înregistrării, cu desfășurarea evenimentelor audio-video înregistrate, simultaneitate care apare doar în cazul casetelor cu benzi.

În cazul înregistrărilor de tip digital simultaneitatea nu există și nu este relevantă, întrucât fișierul audio-video se descarcă ulterior din memoria aparatului pe suport optic – tip CD/DVD, fișierul fiind identic cu cel înregistrat în memoria aparatului.

Argumentul juridic potrivit căruia datele aflate pe suportul optic sunt identice cu cele aflate în memoria aparatului folosit pentru a efectua înregistrări, îl constituie art. 56 alin. 1 și 2 din Legea nr. 161/2003, suptorii optici (CD, DVD) nefiind decât niște copii ale hard-urilor sau altor suporturi de stocare a datelor informatice, cu conținut absolut identic.

Pe cale de consecință, în cazul înregistrărilor de tip digital expertiza echipamentului care a înregistrat în format digital nu se justifică. Tot datorită acestor argumente definiția noțiunii de autentic/original este valabilă doar în cazul benzilor magnetice. În materie digitală termenele de original și copie au un sens pur literar, întrucât din punct de vedere al folderelor/fișierelor astfel create nu există nicio diferență între ele (exemplu copy – paste);

Apreciez prin prisma celor anterior menționate că aceleași standarde se referă la înregistrările efectuate de către părți, fără intervenția organului judiciar.

În condițiile în care înregistrările audio-video s-au efectuat cu echipamente al căror soft este de tip „proprietary” și generează imagini în format „proprietary” (ex. site-ul Monitorului Oficial al României, Portalul instanțelor de judecată etc.) asupra cărora nu se poate interveni decât cu rezultatul alterării vizibile sau distrugerii complete, expertiza ar trebui să constate acest lucru.

În practica judiciară⁹ s-a reținut că verificarea cerinței privind simultaneitatea efectuării unei înregistrări cu evenimentele pe care le conține se face numai în scopul evidențierii înregistrărilor originale, a copiilor și a transferărilor. O înregistrare audio sau audio-video digitală, prezentată spre examinare sub formă de copie sau transferare realizată cu acuratețe, deși este evident că nu poate fi originală, are exact același conținut ca și înregistrarea originală, constituindu-se în acest caz într-o dovadă că evenimentele conținute au avut loc în realitate.

⁷ Ion Angheliescu, *Expertiza criminalistică a vocii și vorbirii*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1978, p. 56-57

⁸ C. Ap. Iași, S. pen., dosar 8370/99/2007

⁹ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția Penală, sent. pen. nr. 732/2012, <http://legeaz.net/spete-penal-iccj-2012/sentinta-733-2012>

Probabilitatea ca înregistrările digitale copiate să aibă același conținut cu cele originale este augmentată de faptul că la copierea fișierelor cu sisteme informatice se folosesc algoritmi informatici care împiedică apariția de diferențe între fișierul-copie și fișierul original.

În practică ridică probleme efectuarea expertizelor vocii și vorbirii dat fiind lipsa de experți în domeniu¹⁰. Datorită acestui motiv Curtea Europeană a Drepturilor Omului subliniază că instanțele interne nu numai că și-au întemeiat decizia pe înregistrări cu o autenticitate îndoielnică, dar acestea nici nu au răspuns la argumentele reclamantului conform cărora nu i s-au prezentat transcrierile și, prin urmare, nu le cunoștea conținutul. În plus, instanțele interne nici nu au ascultat casetele audio la ședințe, în prezența inculpaților, și nici nu au răspuns la repetatele plângeri ale reclamantului privind nelegalitatea înregistrărilor împrejurare în care s-a constatat că procedura, în ansamblul său, a fost contrară cerințelor unui proces echitabil arătând că a fost încălcat art. 6 § 1 din Convenție.¹¹

Într-o speță¹² aflată pe rolul Înaltei Curți de Casație și Justiție, fiind admisă cererea de expertizare criminalistică având a înregistrărilor de convorbiri telefonice ale inculpatului, s-a dispus ca aceasta să efectuată de către Institutul Național de Expertize Criminalistice București, instituție care a comunicat că nu mai efectuează acest gen de expertize criminalistice arătând că solicitările dispuse de instanță se circumscriu dispozițiilor art. 91⁶ VCPP și pot fi supuse expertizei tehnice, fiind făcută recomandarea de a se cere efectuarea expertizei de către Institutul pentru tehnologii avansate din structura Serviciului Român de Informații sau Institutul de Criminalistică din cadrul Inspectoratului General al Poliției Române, ori de către experți tehnici judiciari.

Ulterior, Institutul Național de Expertize Criminalistice a revenit și a informat că „în prezent la INEC există personal de specialitate criminalistică, competent pe domeniile expertiză criminalistică a vocii și vorbirii, respectiv expertiza fotografiilor și a imaginilor video, pe care îi poate desemna experți criminaliști oficiali, în vederea efectuării unor expertize criminalistice” fiind făcute următoarele precizări: obiectivul expertizei vocii și vorbirii efectuate în INEC constă în stabilirea probabilității ca două eșantioane de voce și vorbire să provină de la același vorbitor (s-a menționat că în prezent nu există metode standardizate sau validate științific pentru identificarea certă a persoanelor după voce și vorbire); cu privire la o fotografie sau imagine video, obiectivele expertizei criminalistice efectuate la INEC constau în îmbunătățirea calității imaginilor (în vederea ameliorării clarității acesteia); analiza persoanelor și a altor detalii (compararea persoanelor din imaginile în litigiu cu fotografii/imagini ale suspectilor puse la dispoziție de organele judiciare sau efectuate de către experți cu posibilitatea de a se analiza și detalii sau obiecte din imagini în vederea calculării dimensiunilor unor persoane, detalii sau obiecte din imagini se aplică tehnici de fotogrametrie, respectiv de aplicare a formulelor din geometria în plan sau spațiu), posibilitatea stabilirii locației și datei unei imagini (examinarea elementelor surprinse într-o imagine poate să permită identificarea locației și a datei când a fost realizată). S-a mai precizat că nu reprezintă obiect al expertizei criminalistice stabilirea faptului dacă imaginile au fost sau nu prelucrate prin intermediul unui procesor, fiind făcută diferența între expertizele criminalistice și expertizele tehnice care constituie două genuri

¹⁰ <http://old.just.ro/MinisterulJustitiei/Listapersoanelorautorizate/Experticriminalisti/tabid/184/Default.aspx> consultat la data de 24.02.2016

¹¹ Cauza *Botea c. României*, www.echr.coe.int

¹² Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția penală, dosar nr. 3318/1/2008

distincte în cadrul expertizelor judiciare, arătându-se că interceptările și înregistrările audio sau video pot fi verificate sub aspectul autenticității prin supunerea lor expertizei tehnice

În lipsa experților tehnici judiciari din specialitatea cerută, expertizele tehnice judiciare pot fi efectuate și de către alți specialiști care nu au calitatea de expert tehnic judiciar, dacă îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 10 alin. 1 lit. a-f din O.G. nr. 2/2000, astfel că organele judiciare pot apela, în condițiile legii, la cadre didactice sau persoane recunoscute cu înaltă specializare în domeniul de interes.

S-a apreciat că și în situația în care inculpații își recunosc vocile de pe banda magnetică, instanța nu va considera relevantă proba, constând într-o înregistrare audio care nu este autentică, câtă vreme o astfel de înregistrare nu îndeplinește următoarele condiții: să fie realizată simultan cu evenimentele acustice conținute pe aceasta și să nu reprezinte o copie, să nu conțină eventuale intervenții (ștersături, inserări, intercalări de cuvinte, fraze sau alte elemente de contrafacere), să fi fost realizată cu echipamentul tehnic prezentat de partea ce a prezentat înregistrarea.¹³

Discuții ar putea apărea în practică în situația în care se solicită de către părți efectuarea unei expertize a înregistrărilor, iar unul dintre obiective este acela ca expertul să se pronunțe cu privire la concordanța dintre cele consemnate în procesul-verbal de redare și convorbirea interceptată.

Întrucât persoanele interceptate au dreptul în cursul urmăririi penale de a lua la cunoștință nemijlocit de conținutul convorbirilor, comunicărilor sau conversațiilor ori vizionarea imaginilor rezultate din activitatea de supraveghere tehnică, cu atât mai mult, în faza de judecată vor putea fi efectuate aceste activități avându-se în vedere principiul nemijlocirii care guvernează faza de judecată, situație în care înregistrările vor putea fi ascultate în sesiunea de judecată.

Unele instanțe de judecată au găsit o altă modalitate de a satisface cererile în probațiune formulate de către inculpați astfel că au eliberat acestora copii ale suporturilor optice pe care se găseau înregistrarea comunicărilor telefonice¹⁴.

Apreciez că în condițiile actualului de Cod de procedură penală, este posibilă eliberarea de copii după suportii optici care conțin înregistrările comunicărilor telefonice și ambientale, deoarece potrivit art. 145 din Codul de procedură penală, persoana supravegheată are dreptul de a lua la cunoștință de conținutul proceselor-verbale de redare ori chiar să asculte sau să vizioneze înregistrările comunicărilor telefonice sau ambientale. Întrucât art. 94 din Codul de procedură penală reglementează posibilitatea părților de a lua la cunoștință de actele dosarului în faza de urmărire penală, cu atât mai mult se pot elibera aceste copii dat fiind dreptul acestora de a cunoaște toate actele care stau la baza acuzației penale.

Totuși acest lucru ar trebui restrâns doar la comunicările care privesc doar persoana supravegheată deoarece în caz contrar ar fi încălcat dreptul la corespondență ale terțelor persoane.

De altfel Curtea Europeană a Drepturilor Omului a mai stabilit că înregistrarea conversațiilor constituie o încălcare a dreptului la corespondență prevăzută de art. 8 din Convenție chiar dacă unul dintre participanții la conversație a fost de acord cu înregistrarea, deoarece nu își pierde caracterul privat.¹⁵

¹³ Trib. București, Secția I penală, sentința nr. 373 din 29 martie 2006, nepublicată

¹⁴ C. Ap. Târgu-Mureș, S. pen., dos. nr. 99/57/2011

¹⁵ A c. Franței, www.echr.coe.int

O altă problemă care se poate ridica în practică, care până la acest moment a fost rar întâlnită în materia expertizei înregistrărilor, este aceea a interogatoriului expertului, cu privire la care Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat în repetate rânduri.

Art. 6 par. 3 lit. d) din Convenția europeană stabilește că acuzatul în procesul penal are dreptul să audieze martorii folosind următoarea formulare: *„Orice acuzat are, în special dreptul ... să audieze sau să solicite audierea martorilor acuzării și să obțină citarea și audierea martorilor apărării în aceleași condiții ca și martorii acuzării”*.

Astfel, CEDO recunoaște că deși acest text legal se referă la martori și nu la experți, aceste drepturi intră în atributele de bază ale unui proces echitabil, drept stabilit prin art. 6 par. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului¹⁶.

Ținând seama de această circumstanță, Curtea Europeană a Drepturilor Omului aplică pentru interogatoriul experților aceleași criterii ca și pentru interogatoriul martorilor. Deci dacă suspectului, în timpul anchetei preventive sau în timpul procesului nu i se permite să pună întrebări expertului pentru a verifica veridicitatea lor sau pentru a pune la îndoială concluziile lui, acest fapt poate fi calificat ca fiind o încălcare al art. 6 par. 1 din Convenția europeană.¹⁷

Avându-se în vedere că pentru identificarea unor persoane care comit fapte penale și probarea activității infracționale uneori este necesară supravegherea tehnică a comunicărilor acestora, dat fiind că procesul-verbal în care sunt redată activitățile tehnice, constituie mijloc de probă consider că se impune reglementarea mai riguroasă a expertizei criminalistice cu scopul de a putea verifica dacă înregistrările prezintă urme de alterare, adăugire etc.

Pe de altă parte este imperios necesar a se utiliza semnătura electronică cu scopul de a înlătura dubiile care ar putea plana asupra autenticității înregistrărilor, întrucât alterarea datelor nu ar mai putea fi pusă în discuție, iar expertul chemat să răspundă cu privire la certificarea înregistrărilor prin simpla verificare a semnăturii electronice ar putea concluziona dacă au existat intervenții ulterioare asupra mediului de stocare.

Având în vedere specificul unor infracțiuni de corupție, în care uneori cel care primește folosul material își exprimă acceptul de a fi remis prin utilizarea unor gesturi consider că este necesar ca expertizarea să fie efectuată nu numai din punct de vedere tehnic, ci și din punct de vedere psihologic, în vederea analizei gesticii, mimicii, tonului vocii, a ritmului discuției, a poziției părților implicate în scopul decodificării mesajului transmis.

Această modificare ar lăsa deschisă calea efectuării oricărui tip de expertiză, nu doar a celei tehnice, reprezentând o noutate în materia verificării acestor mijloace de probă, astfel că în afară de o expertiză tehnică criminalistică, înregistrările convorbirilor dintre persoanele anchetate ar putea fi analizate și din punct de vedere psihologic, semantic, din perspectiva limbajului, a mimicii, a gesticii, în situația înregistrărilor video.

¹⁶ D.N. c. Elveției, www.jurisprudentacedo.com/elvetia.html

¹⁷ Cauza Balsyte-Lideilieni c. Lituaniei, www.jurisprudentacedo.com

UNELE ASPECTE RELEVATE DE PRACTICA JUDICIARĂ ÎN APLICAREA ACTUALELOR DISPOZIȚII ALE CODURILOR PENAL ȘI DE PROCEDURĂ PENALĂ

Andrei CONSTANTIN*

Abstract:

The Romanian new criminal codes presents a particular importance in the area of criminal legislation. From the viewpoint of opportunity, of its structures and systematization, from the viewpoint of contents of many provisions of both codes, the author expresses several doubts. Also, from the terminology point of view, the author finds there are many confused or ambiguity – stricken provisions.

Keywords: opportunity, studies of impact, structure, systematization, structure, contents, terminology

I. Aprecieri de ordin general pe marginea dispozițiilor acestor coduri

În primul rând se cuvine a sublinia faptul că aceste coduri¹ au provocat multiple opinii și păreri contradictorii, atât în perioada premergătoare intrării lor în vigoare cât și ulterior, după punerea în aplicare. Pe de altă parte, interesul suscitât de noile dispoziții ale acestor coduri îl considerăm a fi pe deplin justificat, dat fiind faptul că, aceste reglementări se înscriu în aria de interes a tuturor juriștilor (fie ei teoreticieni sau practicieni ai dreptului), cât și a cetățenilor, având în vedere implicațiile și efectele ce le generează la nivelul întregii societăți, inclusiv în cadrul sistemului judiciar în ansamblul său. Din aceste considerente, se poate spune că noile dispoziții ale celor două coduri marchează un moment important în cadrul măsurilor de reformă în materie penală.

În privința oportunității și conținutului acestor reglementări, părerile sunt împărțite. Au fost exprimate opinii potrivit cărora, codurile anterioare puteau fi doar modificate, completate și actualizate, motivat de faptul că, acestea și-au dovedit în decursul timpului viabilitatea, previzibilitatea și stabilitatea. În plus, era deja un nou Cod penal², adoptat, dar care a fost abandonat, nemaintrând în vigoare.

Pe de altă parte, actualele dispoziții ce au intrat în vigoare începând cu 1 februarie 2014 – atât ale Codului penal cât și de procedură penală, sunt considerate de mulți specialiști a fi mai puțin riguros formulate decât cele anterioare, sub multiple aspecte: structură, sistematizare, conținut, formulări și sensuri terminologice deficitare, ambiguități de natură a crea confuzii în aplicarea acestora, contradicții și interpretări diferite, cât și o practică judiciară neunitară.

* Cercetător științific gr. III la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: andrei.constantin.avocat@gmail.com

¹ Codul penal – adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of. nr.510/24 iulie 2009 și pus în aplicare prin Legea nr. 187/2012, publicată în M. Of. nr.757 din 12 noiembrie 2012.

- Codul de procedură penală – adoptat prin Legea nr. 135/2010, publicată în M. Of. nr.486/15 iulie 2010 și pus în aplicare prin Legea nr. 255/2013, publicată în M. Of. nr.515 din 14 august 2013.

² Adoptat prin Legea nr. 301/2004, publicată în M. Of. nr.575 din 29 iunie 2004

Referitor la aceste aspecte, pot fi evidențiate multiple cauze – mai vechi sau mai noi, petrecute în cadrul multiplelor programe și măsuri de „reformă”, atât în plan legislativ cât și din punct de vedere al organizării și eficientizării activității aparatului judiciar în ansamblul său.

➤ În primul rând, nu a existat o voință reală din partea decidenților pentru eficientizarea activității în acest domeniu. Sub pretextul necesității reformelor – justificată de altfel în fapt în toate domeniile, din varii motive și interese, doar s-a mimat acest lucru – și prin urmare, efectele „reformărilor” nu au condus la rezultatele așteptate³.

➤ Potrivit CSM – „studiile au fost greșite, iar concluziile și recomandările necorespunzătoare realității” (!!...)

➤ Am adăuga și faptul că, la elaborarea codurilor a lucrat un grup restrâns de persoane, că nu a existat o dezbatere și o transparență corespunzătoare, o conlucrare și o consultare între toate instituțiile abilitate.

➤ Relevante sunt în acest sens și Deciziile Curții Constituționale, care într-un timp relativ scurt, după înțrarea în vigoare a codurilor, a constatat neconstituționalitatea multor dispoziții (!!...)

Față de aceste realități, în mod justificat îți poți pune întrebarea (atât ca practician sau teoretician al dreptului), dar și ca simplu cetățean – care sunt motivele unei astfel de situații?

- lipsa de voință, interese oculte, rea credință, dezinteres, incompetență, superficialitate, calitatea resurselor umane

Evident că este greu de dat un răspuns tranșant în această privință. Înclinăm să credem că nu putem vorbi doar de un singur motiv, ci de mai multe dintre cele menționate și între care – interesul este primordial. În susținerea acestei păreri, evidențiem doar câteva exemple:

✓ Primul – referitor la revizuirea Constituției din 2004, prin care s-au modificat și adoptat texte punctual ariei de interes și nicidecum nevizându-se îmbunătățirea tuturor reglementărilor existente. Preocupările nu s-au centrat în direcția unor clarificări, ori a acoperi legislativ situații care nu au fost prevăzute anterior, ori sau dovedit ambigui și insuficiente.

Aceste preocupări, din păcate au vizat doar aspecte precum: durata mandatelor, cine pe cine poate demite, că bogățiile solului și subsolului pot fi concesionate, dreptul de regres al statului pentru recuperarea prejudiciilor – și nicidecum că acesta în mod imperativ să fie obligat la acest lucru. Menționăm faptul că acestea sunt doar câteva aspecte privind modul cum s-a făcut revizuirea Constituției.

✓ Al doilea exemplu: să ne amintim faptul că, una dintre primele măsuri ce au dat „startul” în procesul de reformă în domeniul penal, a constat în abrogarea fostului Art. 200 C. pen.⁴(?!...)

Ne-am putea întreba de câtă coerență și prioritizare a putut fi vorba în cadrul măsurilor de reformă inițiate la scurt timp după evenimentele din decembrie 1989 (!!...).

³ Este edificator în acest sens punctul de vedere exprimat în raportul întocmit de Consiliul Superior al Magistraturii (CSM) pe marginea dispozițiilor celor două coduri, în sensul că: „nu au avut un impact social benefic”

⁴ Fostul Art. 200 C. pen., mai sus menționat, reglementa și pedepsea „relațiile sexuale între persoanele de același sex”.

✓ Departe de a epuiza șirul exemplurilor, am mai aminti unele abrogări privind săvârșirea infracțiunii de subminare a economiei naționale, bancruta sa.

Din păcate aceste infracțiuni și multe altele, nu și-au găsit nici măcar un corespondent – o reglementare în noile texte, în sensul actualizării lor. Pe de altă parte, au fost adoptate numeroase legi, dispoziții etc. pentru „destinatari țintă” și care, la scurt timp, după atingerea scopului au fost abrogate ori faptele dezincriminate.

II. Câteva exemplificări privind dispozițiile celor două Coduri și efectele ce le-au generat

1. În privința conținutului și modului de reglementare, să luăm un alt exemplu, din Codul de procedură penală, respectiv dispozițiile Art. 221 alin. (10) privind „Conținutul măsurii arestului la domiciliu”⁵. Această nouă măsură introdusă, potrivit alin. (10) mai sus menționat, prevede faptul că: „... organul de poliție poate pătrunde în imobilul unde se execută măsura, fără învoirea inculpatului sau a persoanelor care locuiesc împreună cu acesta”. Considerăm că, acest lucru este de natură a lăsa loc la abuzuri, dar în primul rând sunt lezate drepturi fundamentale privind viața intimă, familială și privată⁶, inviolabilitatea domiciliului⁷, în condițiile în care în mod indirect sunt afectate și alte persoane. Considerăm că mijloacele și modalitățile de control (absolut justificate), puteau fi însă altele, pentru a se evita acest lucru.

Pot exista multiple situații în care inculpații față de care s-a dispus această măsură, care de asemenea este de salutat, să nu aibă locuință proprie, să locuiască la părinți, rude sau terți – persoane care nu merită să „beneficieze” de acest „deranj”!

Credem că în astfel de situații, în mod imperativ s-ar impune alte modalități și mijloace de control, respectiv aplicarea dispozițiilor Art. 221 alin. (3) referitor la purtarea obligatorie permanentă a unui sistem electronic de supraveghere⁸.

2. În privința structurării și sistematizării deficitare a actualului Cod penal putem lua un alt exemplu: Capitolul II intitulat „Infracțiuni de război” din Titlul XII – „Infracțiuni de genocid, contra umanității și de război”, mai precis dispozițiile Art. 440 „infracțiuni de război contra persoanelor”, unde observăm la lit g) pct. 1, 2, 3 și lit h) că sunt prevăzute fapte ce se înscriu în aria celorlalte infracțiuni contra persoanei, neavând vreo conotație particulară cu denumirea capitolului, ori cu vreo activitate infracțională specifică stării de război.

3. Legat de aspectele de ordin terminologic și al formulării – sunt relevante a fi exemplificate dispozițiile Art. 165 din Codul de procedură penală (ce se regăsesc în Secțiunea a II-a „Alte forme de percheziție”. În alin. (1) al articolului mai sus amintit – intitulat „Cazurile și condițiile în care se efectuează percheziția corporală” se prevede:

⁵ Art. 221 C. pr. pen. – Conținutul măsurii arestului la domiciliu alin. (10): „Pentru supravegherea respectării măsurii arestului la domiciliu sau a obligațiilor impuse inculpatului pe durata acesteia, organul de poliție poate pătrunde în imobilul unde se execută măsura, fără învoirea inculpatului sau a persoanelor care locuiesc împreună cu acesta”.

⁶ Art. 26 din Constituția României

⁷ Art. 27 din Constituția României

⁸ Această posibilitate tehnică, deși reglementată, se pare că până în prezent lipsește cu desăvârșire – fapt ce vine în susținerea unei insuficiențe logistice. La fel stau lucrurile și în privința sancțiunii „munca în folosul comunității” – reglementată în Art 85 C. pen. – măsură a cărei aplicabilitate concretă este îndoielnică.

„Percheziția corporală presupune examinarea corporală externă a unei persoane, a cavității bucale, a nasului, a urechilor, a părului, a îmbrăcăminte, a obiectelor pe care o persoană le are asupra sa sau sub controlul său, la momentul efectuării percheziției”.

Ce constatăm? Că după o formulare generică (examinare corporală externă), urmează o înșiruire limitativă a altor părți ale corpului și care este contradictorie cu prima ... (?)

Ne întrebăm dacă n-ar fi fost mai potrivit a formula simplu „examinarea corporală a persoanei, îmbrăcăminte etc.” – pentru a evita confunzia între „extern” și „intern”. Desigur se poate spune că, formularea în cauză este o chestiune de formă și nu de fond, însă sunt destule astfel de formulări nepermise, ce sunt de natură a crea confuzii prin neclaritate ori contradictorialitate.

Relevant în acest sens este și faptul că, în Titlul X din actualul Cod penal intitulat „Înțelesul unor termeni sau expresii în legea penală”, nu sunt explicați decât 16 termeni⁹ – fapt ce-l considerăm total insuficient, dat fiind introducerea altor infracțiuni și instituții ori utilizarea unor termeni noi, reclamau acest lucru.

Tot în această privință, exemplificăm utilizarea frecventă a sintagmelor „termen rezonabil”, „suspiciune rezonabilă” – fără nicio altă explicație/semnificație, a ce înseamnă „rezonabil” în legislația penală. În această privință au fost multiple controverse din care a rezultat faptul că, mult mai adecvat pentru eliminarea oricăror interpretări subiective, ar fi fost folosirea sintagmei „indicii temeinice” și desigur „probe concrete”.

4. O altă critică se referă la reglementarea deficitară privind „acordul de recunoaștere a vinovăției”. În multe situații, dat fiind faptul că instanța nu a recunoscut acest acord, a condus la refacerea urmăririi penale.

5. Referitor la cuantumul pedepselor, în multe cazuri acestea sunt disproporționate în raport cu gravitatea faptei¹⁰. Această situație nu va putea descuraja în mod real săvârșirea unor infracțiuni. Pentru unele fapte, pedepsele sunt fie prea mari ori prea mici.

Este bine cunoscut faptul că, în atingerea scopului și efectului pedepsei, dincolo de această proporționalitate stă celeritatea soluționării cauzei, aplicarea unor pedepse complementare, o protecție reală a victimelor, înlăturarea pericolului și recuperarea prejudiciilor.

6. O altă problemă controversată este cea privind reducerea nejustificată a termenelor de prescripție pentru unele infracțiuni cât și cea vizând mijloacele tehnice de interceptare dispuse de procuror.

Din argumentele și exemplificările punctuale prezentate (lista acestora fiind mult mai mare), se poate concluziona că, multe dintre dispozițiile actualului Cod penal și de procedură penală trebuiesc regândite/reformulate și că, se impun cu celeritate corecții și corelări adecvate – fără de care nu se poate vorbi de o reformă reală și nici de o eficientizare a actului de justiție.

⁹ A se vedea dispozițiile Art. 172-187 C. pen.

¹⁰ A se vedea Art. 244 C. pen. infracțiunea de înșelăciune, pentru care pedeapsa a fost redusă la 5 ani, neținându-se cont de consecințe și împrejurările în care fapta a fost comisă.

CONSIDERAȚII PRIVIND PUNEREA ÎN EXECUTARE A PEDEPSELOR ȘI A MĂSURILOR EDUCATIVE PRIVATIVE DE LIBERTATE

Gabriela-Nicoleta CHIHAIA*

Abstract:

The enforcement of criminal judgments represents a distinct stage of criminal proceedings regulated separately in Title V of the Special Part of the Criminal Procedure Code, enforcement of criminal judgments not being the same with their effective enforcement. The judge in charge of execution is the only way to enforce the judgments and solve all the incidents occurred on this occasion, but in reaching this goal it cooperates with other state institutions: the police, prosecutors etc.

This study aims to present aspects of enforcement of sentences and educational measures involving deprivation of freedom, as they are governed by the Criminal Procedure Code, which managed to solve some problems in practicality that existed during the old legislation, as regards to the enforcement of custodial sentences. Also, in conjunction with the new Criminal Code relating to the sanctioning of those who committed crimes during their minority, they were introduced in the Criminal Procedure Code distinctly as provisions on the enforcement of the two educational measures that are custodial: internment in a educational center and confinement in a detention center.

The paper seeks to identify certain lack of correlations existing in the new legislation, while trying to provide some solutions for removing them by propositions for new laws, given the importance of this phase of the criminal process.

Keywords: enforcement, punishment, educational measure, deprivation of freedom, warrant

Rezumat:

Punerea în executare a hotărârilor penale reprezintă o etapă distinctă a procesului penal, reglementată distinct în titlul V al Părții speciale a Codului de procedură penală, activitatea de punere în executare a hotărârilor penale neidentificându-se cu aceea de executare efectivă a acestora. Instanța de judecată, prin judecătorul delegat cu executarea, este singura în măsură să pună în executare hotărârile judecătorești și să rezolve toate incidentele apărute cu această ocazie, însă în atingerea acestui deziderat ea colaborează cu alte instituții ale statului: organele de poliție, parchete etc.

Prezentul studiu își dorește să prezinte aspectele legate de punerea în executare a pedepselor și a măsurilor educative privative de libertate, astfel cum sunt acestea reglementate de dispozițiile Codului de procedură penală, care a reușit să rezolve unele probleme apărute în parctica judiciară sub imperiul vechii legislații, în ceea ce privește punerea în executare a pedepselor privative de libertate. De asemenea, în corelație cu dispozițiile noului Cod penal referitoare la regimul sancționator al celor care săvârșesc infracțiuni în timpul minorității, au fost introduse în Codul de procedură penală prevederi

* Drd., Școlă Doctorale a Universității „Nicolae Titulescu” București; judecător, Jud. Ploiești, s. pen.; e-mail: gabriela.nicoleta.chihaia@gmail.com

distincte privind punerea în executare a celor două măsurilor educative privative de libertate: internarea într-un centru educativ și internarea într-un centru de detenție.

Lucrarea urmărește și să identifice anumite necorelații existente în noua legislație, încercând totodată să ofere anumite soluții pentru eliminarea acestora, de lege ferenda, având în vedere importanța acestei faze a procesului penal.

Cuvinte-cheie: *punere în executare, pedeapsă, măsură educativă, privativă de libertate, mandat de executare*

1. Considerații privind etapa distinctă a procesului penal privind punerea în executare a hotărârilor penale

Scopul procesului penal, tragerea la răspundere penală a celor care au săvârșit infracțiuni astfel încât nicio persoană care a încălcat normele legale să nu rămână nepedepsită, nu este atins decât atunci când demersul penal se finalizează cu sancționarea celui vinovat, prin aplicarea unei pedepse sau a unei măsuri educative. În doctrină s-a arătat că în vederea finalizării activității procesul-penal, este necesară punerea în executare a hotărârilor penale, fiindcă numai așa procesul penal se înfățișează ca un complex de activități prin care se traduce în fapt scopul legii penale¹.

În opinia majoritară exprimată în doctrină, s-a arătat că parte a procesului penal nu este întreaga etapă a executării sancțiunilor penale, ci doar punerea acestora în executare, aceasta pornind chiar de la subiecții procesuali care iau parte la raportul juridic. Astfel, subiectul prezent în orice raport juridic de punere în executare specific acestei faze a procesului penal este instanța de executare, prin judecătorul delegat cu executarea, în timp ce în raportul juridic de executare, distinct de raportul juridic de punere în executare, subiect procesual este instanța de judecată, însă doar în măsura în care rezolvă unele incidente privind executarea sancțiunilor penale, prin intermediul altui organ judiciar, respectiv judecătorul de supraveghere a privării de libertate².

Rezultă așadar că activitatea de punere în executare a hotărârilor penale nu se identifică cu aceea de executare efectivă, întrucât biroul de executări penale al instanței de executare procedează doar la întocmirea actelor procedurale pe baza cărora se va trece la executare, această din urmă activitate căzând în sarcina altor organe. În mod întemeiat s-a reținut în doctrină că executarea propriu-zisă nu aparține dreptului penal, ci dreptului execuțional penal.

În acord cu literatura juridică de specialitate, împărtășim opinia conform căreia din faza punerii în executare fac parte numai unele dintre activitățile de executare, respectiv acelea care declanșează executarea, nu și cele care privesc executarea propriu-zisă a sancțiunilor penale. În prima categorie se regăsesc dispozițiile privind punerea în executare, spre exemplu emiterea mandatului de executare și punerea acestuia în executare. În cea de-a doua categorie intră normele privind executarea efectivă a sancțiunilor penale, norme ce aparțin dreptului penal substanțial, cuprinse pe de o parte în dispozițiile Codului penal³, iar pe de altă parte în legile privind executarea: Legea nr. 253/2013 privind executarea pedepselor, a măsurilor educative și a altor măsuri neprivative de libertate dispuse de

¹ Neagu I., Damaschin M., *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 582.

² Neagu I., Damaschin M., op. cit., p. 584.

³ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul Oficial nr. 510 din 24 iulie 2009.

organele judiciare în cursul procesului penal⁴ și Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor educative privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal⁵.

Deși însuși legiuitorul reglementează punerea în executare a hotărârilor penale ca o fază distinctă în procesul penal, prin titlul V al Părții speciale a Codului de procedură penală, în care activitatea este desfășurată de către instanța de executare, prin judecătorul delegat la biroul de executări penale, se remarcă o necorelare cu dispozițiile privind exercitarea funcțiilor judiciare în procesul penal. Astfel, în art. 3 Cod procedură penală, care stabilește funcțiile judiciare specifice fiecărei faze a procesului penal, nu este reglementată, pe lângă celelalte funcții: de urmărire penală, de dispoziție asupra drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei în faza de urmărire penală, de verificare a legalității trimiterii ori netrimiterii în judecată și de judecată, și funcția judiciară a punerii în executare a hotărârilor judecătorești penale, constând în ansamblul de atribuții având drept scop punerea în executare a dispozițiilor hotărârii penale⁶. Apreciem că este necesar ca legiuitorul să reglementeze și această funcție judiciară, diferită de cele existente în prezent și menționate expres în Codul de procedură penală.

Singura în măsură să pună în executare hotărârile judecătorești și să rezolve toate incidentele apărute cu această ocazie, potrivit Codului de procedură penală, este instanța de judecată, prin judecătorul delegat cu executarea, care însă, în atingerea acestui deziderat, colaborează cu alte instituții ale statului: organele de poliție, parchetele etc.

Astfel, art. 553 alin. 1 Cod procedură penală prevede că hotărârea instanței penale, rămasă definitivă la prima instanță de judecată sau la instanța ierarhic superioară ori la instanța de apel, se pune în executare de către prima instanță de judecată. Rezultă așadar că, în sistemul nostru de drept penal, oricare dintre instanțele judecătorești poate fi instanță de executare, întrucât toate au competența funcțională de a judeca în primă instanță. Codul de procedură penală prevede însă și o excepție, în alin. 2 al art. 553, cu referire la situația în care Înalta Curte de Casație și Justiție a pronunțat hotărârea în primă instanță, caz în care aceasta se pune în executare, după caz, de Tribunalul București sau de tribunalul militar. Dacă hotărârea a rămas definitivă în fața instanței ierarhic superioare sau a instanței de apel, acestea trimit instanței de executare un extras din hotărâre cuprinzând datele necesare punerii în executare, în ziua pronunțării hotărârii.

Din textul de lege menționat rezultă că întotdeauna instanța de executare este prima instanță, indiferent dacă soluția a fost pronunțată de prima instanță sau de instanța de apel ori de instanța ierarhic superioară, care au modificat hotărârea primei instanțe. În situația în care după rămânerea definitivă a hotărârii s-a modificat prin lege competența de judecată în prima instanță, instanța de executare este instanța competentă să judece cauza în primă instanță, potrivit legii noi, chiar dacă nu aceasta a pronunțat hotărârea.

S-a arătat în doctrină că prima instanță este cea mai în măsură să asigure punerea în executare a hotărârilor penale cu maximă celeritate, întrucât aceasta deține toate datele necesare în acest scop⁷.

⁴ Publicată în Monitorul Oficial nr. 513 din 14 august 2013.

⁵ Publicată în Monitorul Oficial nr. 514 din 14 august 2013, completată prin O.U.G. nr. 3/2014, publicată în Monitorul Oficial nr. 98 din 7 februarie 2015.

⁶ Neagu I., Damaschin M., op. cit., p. 19.

⁷ Volonciu N., Moroșanu R., *Codul de procedură penală comentat. Art. 415-464. Executarea hotărârilor penale*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 16.

O reglementare specială o regăsim însă în materia hotărârilor penale nedefinitive, dar executorii, spre exemplu cele privind măsurile preventive, care se pun în executare de judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța care le-a dispus. O altă categorie de hotărâri executorii, deși nu sunt definitive, o reprezintă sentințele prin care s-a dispus amânarea executării pedepsei, dispozițiile art. 589 alin. 1 lit. a) și b) Cod procedură prevăzând că amânarea este executorie de la data pronunțării.

Pentru a fi pusă în executare, s-a arătat în doctrină⁸, o hotărâre trebuie să conțină dispoziții susceptibile de a fi puse în executare. Spre exemplu, încheierile premergătoare fondului pot fi executate, dar numai cu privire la anumite chestiuni privind starea de libertate, sechestrul, ori amenziile judiciare, în timp ce hotărârile de achitare sau de încetare a procesului penal prin care nu s-au dispus măsuri de siguranță, nu a fost admisă acțiunea civilă sau nu a fost obligată vreo persoană la plata cheltuielilor judiciare către stat, nu sunt susceptibile de a fi puse în executare întrucât nu conțin dispoziții executorii.

Nu este necesar ca titularul acțiunii penale să ceară punerea în executare a hotărârii, instanța de executare fiind obligată, în virtutea principiului oficialității, să treacă la punerea în executare a acesteia. Este reliefat astfel efectul pozitiv, imediat și aplicabil în toate cazurile, al autorității de lucru judecat al hotărârii penale, care creează astfel o eficiență executorie nestânjenită de vreun obstacol al acesteia⁹.

2. Punerea în executare a pedepselor privative de libertate

Deși în limbajul obișnuit, pedeapsa închisorii se confundă cu pedeapsa privativă de libertate, în legislația noastră, pedeapsa privativă de libertate prezintă două forme: detențiunea pe viață și închisoarea. Detențiunea pe viață este pedeapsa cea mai severă prevăzută de legislația penală română, ce constă în privarea de libertate a condamnatului pentru tot restul vieții sale, având astfel un caracter perpetuu. Aceasta se execută în penitenciare anume stabilite sau în secții speciale ale celorlalte penitenciare, în regim de maximă siguranță.

Închisoarea este pedeapsa principală privativă de libertate ce constă în privarea condamnatului de libertate, prin plasarea lui într-un mediu închis, unde este supus unui regim de viață și de muncă impus¹⁰. Aceasta are un caracter temporar, iar conținutul său constă în izolarea condamnatului de cadrul familial, de societate, cu consecința supunerii sale unui regim de viață în detenție ordonat după criterii administrative și normative clare, mult mai formal și mai sever, în scopul declarat de a determina o schimbare în conștiința și atitudinea persoanei condamnate față de valorile sociale și față de ideea de asigurare a celor necesare existenței prin mijloace licite.

Punerea în executare a pedepselor privative de libertate – închisoarea și detențiunea pe viață – revine în exclusivitate judecătorului delegat de la instanța de executare, prin emiterea mandatului de executare și, eventual, a ordinului prin care se interzice condamnatului să părăsească țara, în situația condamnatului aflat în stare de libertate și prin trimiterea mandatului de executare în vederea executării. În acest sens, potrivit art. 554 alin. 1 Cod procedură penală, instanța de executare delegă unul sau mai mulți dintre judecătorii săi pentru efectuarea punerii în executare.

⁸ Volonciu N. (coord. Științific), Uzlău A.S. (coord.) ș.a., *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 1312.

⁹ Volonciu N., Moroșanu R., op. cit., p. 3.

¹⁰ Mitrache C-tin., Mitrache C., *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 231.

Mandatul de executare se emite de judecătorul delegat cu executarea, fie în ziua în care a rămas definitivă hotărârea la instanța de fond, fie în ziua primirii extrasului din hotărâre, atunci când hotărârea a rămas definitivă în fața instanței de apel sau a celei ierarhic superioare. Art. 151 alin. 2 din H.G. nr. 1375 din 17 decembrie 2015 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești prevede că mandatele de executare se întocmesc potrivit prevederilor Codului de procedură penală, acestea se tehnoredactează și se expediază în aceeași zi organului de executare.

Rezultă astfel că emiterea formelor de executare este guvernată de maximă celeritate, pentru a se evita situațiile în care persoana condamnată la pedeapsa închisorii sau a detențiunii pe viață s-ar putea sustrage de la executare prin părăsirea teritoriului țării mai înainte de emiterea mandatului¹¹.

Potrivit art. 555 alin. 1 Cod procedură penală, mandatul de executare a pedepsei închisorii sau a detențiunii pe viață se întocmește de judecătorul delegat cu executarea în 3 exemplare și trebuie să cuprindă: denumirea instanței de executare, data emiterii, datele privitoare la persoana condamnatului, numărul și data hotărârii care se execută, denumirea instanței care a pronunțat-o, pedeapsa pronunțată și textul de lege aplicat, pedeapsa accesorie aplicată, timpul reținerii și arestării preventive ori al arestului la domiciliu, care s-a dedus din durata pedepsei, mențiunea dacă cel condamnat este recidivist, precum și, după caz, mențiunea prevăzută la art. 404 alin. 6 (referitoare la solicitarea persoanei vătămate de a fi înștiințată cu privire la eliberarea în orice mod a condamnatului), ordinul de arestare și de deținere, semnătura judecătorului delegat, precum și ștampila instanței de executare.

Noul Cod de procedură penală a rezolvat situațiile reglementate sub imperiul vechii legislații pe cale jurisprudențială, care însă au generat practică neunitară, stipulând în mod expres că în situația în care mandatul de executare conține erori materiale, însă permite identificarea persoanei în vederea punerii în executare, în raport cu datele existente în evidența organelor de poliție și hotărârea instanței de judecată, organul de poliție execută mandatul solicitând totodată instanței de judecată îndreptarea erorilor materiale observate.

În practică, punerea în executare a mandatului de executare a pedepsei închisorii se realizează în două moduri, având în vedere starea de libertate sau de arest preventiv, la momentul emiterii acestuia, a persoanei condamnate.

În prima situație, respectiv atunci când condamnatul se află în stare de libertate, pentru aducerea la îndeplinire a mandatului de executare, două exemplare ale acestuia se transmit organului de poliție de la domiciliul sau reședința condamnatului, ori, în cazul în care condamnatul nu are domiciliul sau reședința în România, organului de poliție în a cărei rază teritorială se află instanța de executare.

Primind mandatul de executare, organul de poliție procedează la arestarea celui condamnat, căruia îi înmânează un exemplar al mandatului de executare, după care îl conduce la cel mai apropiat loc de deținere (în fapt în cel mai apropiat Centru de Reținere și Arestare Preventivă), unde predă cel de-al doilea exemplar al mandatului de executare.

Pentru punerea în executare a mandatului de executare, organul de poliție poate pătrunde în domiciliul sau reședința unei persoane fără consimțământul acesteia, precum și în sediul unei persoane juridice fără învoirea reprezentantului legal al acesteia.

Dacă condamnatul nu este găsit de către organul de poliție însărcinat cu executarea mandatului de executare, acesta din urmă constată imposibilitatea punerii în executare a

¹¹ Volonciu N., Moroșanu R., op. cit., p. 25.

mandatului într-un proces-verbal și ia măsuri pentru darea în urmărire și darea în consemn la punctele de trecere a frontierei, trimițând un exemplar al procesului-verbal însoțit de un exemplar al mandatului de executare instanței de executare.

Atunci când condamnatul la pedeapsa închisorii sau a detențiunii pe viață se află în stare de libertate, odată cu emiterea mandatului de executare, judecătorul delegat cu executarea emite și un ordin prin care interzice condamnatului să părăsească țara. Acesta de întocmește tot în trei exemplare și cuprinde: denumirea instanței de executare, data emiterii, datele privitoare la persoana condamnatului, pedeapsa pronunțată împotriva acestuia, numărul și data hotărârii de condamnare, denumirea instanței care a pronunțat-o, numărul mandatului de executare a pedepsei emis pe numele condamnatului, dispoziția de interzicere a părăsirii țării, semnătura judecătorului delegat, precum și ștampila instanței de executare.

Ordinul de interzicere a părăsirii țării se pune în executare prin transmiterea câte unui exemplar Inspectoratului General al Poliției de Frontieră și Direcției Generale de Pașapoarte.

Potrivit art. 556 alin. 3 Cod procedură penală, în cazul în care cel condamnat se află în stare de libertate, organele de poliție, Inspectoratul General al Poliției de Frontieră și Direcția Generală de Pașapoarte au obligația de a lua măsurile prevăzute de lege în vederea punerii în executare a mandatului de executare a pedepsei și a ordinului de interzicere a părăsirii țării, în ziua primirii acestora. Astfel, Inspectoratul General al Poliției de Frontieră va lua măsuri pentru darea în consemn la punctele de trecere a frontierei a condamnatului în timp ce Direcția Generală de Pașapoarte va refuza condamnatului eliberarea pașaportului sau, după caz, va proceda la ridicarea acestui document.

Dacă există date din care rezultă că persoana condamnată a părăsit deja teritoriul României, instanța de executare poate emite, în baza Legii nr. 302/2004 privind cooperarea privind cooperarea judiciară în materie penală¹², un mandat european de arestare.

Cea de-a doua situație posibilă este în care condamnatul se află deja în stare de deținere (arestat preventiv sau în executarea unei alte pedepse). În această situație, două exemplare de pe mandatul de executare se transmit comandantului locului de deținere, care înmânează condamnatului un exemplar al mandatului de executare și consemnează într-un proces-verbal data de la care condamnatul a început executarea pedepsei închisorii sau a detențiunii pe viață și data la care pedeapsa va lua sfârșit, o copie a acestuia transmițând-o instanței de executare. Procesul-verbal va fi înregistrat în registrul de punere în executare a hotărârilor penale. Potrivit art. 121 alin. 1 din Regulamentul de ordine interioară a instanțelor judecătorești, copia procesului-verbal privind data începerii executării reprezintă „dovada de încarcerare” a persoanei condamnate.

Noul Cod de procedură penală prevede (cu aspect de noutate în legislația română) dreptul persoanei condamnate de a încunoștința personal sau de a solicita administrației locului de deținere să încunoștințeze un membru de familie sau o altă persoană desemnată de aceasta despre arestare și locul unde este deținut. Dacă persoana condamnată nu este cetățean român, aceasta are și dreptul de a încunoștința sau de a solicita încunoștințarea misiunii diplomatice sau oficiului consular al statului al cărui cetățean este sau, după caz, a unei organizații internaționale umanitare.

¹² Republicată în M. Of. nr. 377 din 31 mai 2011.

3. Punerea în executare a măsurilor educative privative de libertate

În ceea ce-i privește pe cei care au săvârșit infracțiuni în timpul minorității și răspund penal (respectiv au vârsta între 14 și 18 ani), chiar dacă la momentul derulării judecății și pronunțării hotărârii penale au devenit majori (împlinind vârsta de 18 ani), noul Cod penal a renunțat la aplicarea de pedepse, prevăzând că acestora li se aplică, în exclusivitate, măsuri educative, regula fiind aplicarea unor măsuri neprivative de libertate, iar excepția, aplicarea unor măsuri educative privative de libertate. Astfel, art. 115 Cod penal reglementează cadrul juridic general al măsurilor educative care pot fi luate față de minorii care săvârșesc infracțiuni (cu mențiunea că răspund penal doar minorii care au vârsta cuprinsă între 14 ani și 18 ani, potrivit art. 114 alin. 1 Cod penal), prevăzând că sunt măsuri educative neprivative de libertate, în ordinea crescătoare a gravității lor: stagiul de formare civică, supravegherea, consemnarea la sfârșit de săptămână și asistarea zilnică, iar măsuri educative privative de libertate: internarea într-un centru educativ și internarea într-un centru de detenție.

În doctrină¹³, s-a arătat că executarea măsurilor privative în instituții specializate, oferă premisele obținerii unor rezultate optime în activitatea educativă și de reintegrare socială a acestora. Existența unor instituții specializate permite încadrarea centrului cu personal cu pregătire corespunzătoare în munca cu minorii, organizarea unor programe educative și de formare profesională adecvate vârstei acestora, evitând contactul cu infractorii majori în timpul executării.

Punerea în executare a celor două măsuri educative privative de libertate, internarea într-un centru educativ și internarea într-un centru de detenție, este reglementată de dispozițiile Codului de procedură penală – art. 514 și art. 515, fiind cuprinse în capitolul III – „Procedura în cauzele cu infractori minori” al titlului II intitulat „Proceduri speciale”. Aceste dispoziții se completează însă cu prevederile Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal.

Punerea în executare a măsurii privative a internării într-un centru educativ, este reglementată de art. 514 Cod procedură penală și se realizează prin trimiterea unei copii de pe hotărâre organului de poliție de la locul unde se află minorul, după rămânerea definitivă a hotărârii acesta luând măsuri pentru internarea minorului.

Punerea în executare a măsurii privative a internării într-un centru de detenție, reglementată de art. 515 Cod procedură penală, este asemănătoare și se realizează prin trimiterea unei copii a hotărârii definitive prin care s-a luat măsura, organului de poliție de la locul unde se află minorul, în situația în care acesta se află liber, ori comandantului locului de deținere, când acesta se află arestat preventiv.

Se poate observa că în cazul punerii în aplicare a măsurii internării într-un centru de detenție, legiuitorul a înțeles să reglementeze în mod diferit punerea în executare în raport de starea de libertate sau de detenție a minorului la momentul comunicării hotărârii definitive, asemănător situației de condamnare a unui inculpat major la o pedeapsă cu închisoarea în modalitatea executării efective.

Apreciem că și în situația punerii în executare a măsurii privative de libertate a internării într-un centru educativ se impunea o reglementare identică, fiind posibil ca minorul să se afle arestat preventiv într-un loc de deținere și să i se aplice această măsură.

¹³ Păun C. în Pascu I. ș.a., *Noul Cod penal comentat*, vol. I, *Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 660.

La momentul rămânerii definitive a hotărârii prin care s-a aplicat una dintre cele două măsuri educative privative de libertate, minorul nu se poate afla arestat preventiv decât într-o altă cauză, fie într-unul din Centrele de Reținere și Arestare Preventivă din cadrul Inspectoratului General de Poliție, fie într-un centru de detenție (unde există secții de arestare preventivă pentru minorii arestați în curs de judecată, înființate prin decizia directorului general al administrației Naționale a Penitenciarelor, potrivit art. 139 alin. 4 din Legea nr. 254/2013). Aceasta întrucât potrivit dispozițiilor art. 399 alin. 3 Cod procedură penală, atunci când pronunță o măsură educativă, indiferent dacă este privativă sau neprivativă de libertate, instanța este obligată să dispună punerea de îndată în libertate a inculpatului arestat preventiv¹⁴. Ca urmare, la momentul pronunțării hotărârii de către prima instanță, minorul arestat preventiv și căruia i se aplică chiar o măsură educativă privativă de libertate este pus de îndată în libertate, astfel încât la momentul rămânerii definitive a hotărârii, prin neapelare sau prin soluționarea căii de atac a apelului, minorul nu se poate afla decât în libertate, cu excepția situației în care este arestat preventiv într-o altă cauză sau în executarea unei alte măsuri educative privative de libertate.

Pentru niciuna dintre măsurile educative privative de libertate nu se emite mandat de executare (acesta fiind destinat, așa cum denotă și denumirea sa, executării pedepselor – MEPI – mandat de executare a pedepsei închisorii).

La fel ca și la punerea în executare a pedepselor privative de libertate aplicate infractorilor majori, în vederea punerii în executare a măsurilor educative privative de libertate, în situația în care condamnatul minor se află în stare de libertate la momentul pronunțării hotărârii, organul de poliție poate pătrunde în domiciliul sau reședința unei persoane fără consimțământul acesteia, indiferent dacă este vorba despre domiciliul sau reședința minorului față de care s-a luat măsura, ori în reședința sau domiciliul unei alte persoane unde se bănuiește că minorul s-ar afla, sau în sediul unei persoane juridice, fără învoirea reprezentantului legal al acesteia, și fără a fi nevoie de un mandat de percheziție sau de vreo încuviințare specială din partea judecătorului delegat. Legea nu prevede, ca în cazul percheziției domiciliare, un interval orar în care organele de poliție pot pătrunde în domiciliul sau reședința persoanei fizice, respectiv în sediul persoanei juridice, aceasta putându-se realiza oricând, nu doar în intervalul orar 6⁰⁰-20⁰⁰.¹⁵

Dacă s-a dispus măsura internării într-un centru de detenție, iar minorul este liber, judecătorul delegat va emite un ordin prin care interzice minorului să părăsească țara, acesta nefiind emis atunci când se dispune măsura internării într-un centru educativ.

În situația în care minorul este găsit de organul de poliție însărcinat cu punerea în executare a măsurii, el este condus la centrul educativ sau la centrul de detenție în care se face internarea. Conform art. 139 alin. 5 din Legea nr. 254/2013, persoana internată execută măsura, de regulă, în cel mai apropiat centru de localitatea de domiciliu, potrivit arondării stabilite de către directorul general al Administrației Naționale a Penitenciarelor. O copie de pe hotărârea de condamnare se predă centrului educativ sau de detenție în care se internează minorul. Comandantul acestuia comunică de îndată instanței care a dispus măsura despre efectuarea internării.

Dacă minorul nu este găsit, organul de poliție constată aceasta printr-un proces-verbal și sesizează de îndată organele competente pentru darea în urmărire precum și pentru

¹⁴ A se vedea în acest sens decizia nr. 7/2015 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, pronunțată în complet de recurs în interesul legii, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 234 din 06 aprilie 2015.

¹⁵ Udroi M., *Procedură penală. Partea specială. Noul cod de procedură penală*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 434.

darea în consemn la punctele de trecere a frontierei, un exemplar al procesului-verbal înaintându-l centrului educativ sau centrului de detenție în care se va face internarea.

Se observă o nouă neconcordanță în dispozițiile legale, întrucât, deși atunci când se dispune măsura educativă privativă de libertate a internării într-un centru educativ, judecătorul delegat nu emite și ordin prin care interzice minorului să părăsească țara, ca în cazul măsurii educative privative a internării într-un centru de detenție, totuși, organul de poliție însărcinat cu executarea, în situația în care nu-l găsește pe minor, îl va da pe acesta în consemn la punctele de trecere a frontierei.

Raportat la aceste dispoziții legale, apreciem că și în această din urmă situație s-ar impune emiterea unui ordin de interzicere a părăsirii țării, având în vedere că și internarea într-un centru educativ constituie o măsură educativă privativă de libertate și nu se justifică o reglementare diferită față de internarea într-un centru de detenție, diferențele dintre cele două măsuri educative privative de libertate regăsindu-se doar în scopul și modul de executare a acestora.

În situația în care există date din care rezultă că minorul a părăsit teritoriul României, instanța de executare poate emite un mandat european de arestare, potrivit procedurii reglementate de Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară în materie penală¹⁶.

Așa cum am arătat, apreciem că în situația în care minorul se află arestat preventiv fiind într-un loc de deținere, o copie a hotărârii prin care i s-a aplicat măsura internării într-un centru de detenție (potrivit art. 515 alin. 1 Cod procedură penală) sau măsura internării într-un centru educativ (pentru identitate de tratament) se trimite comandatului locului de deținere.

Deși în cazul minorilor față de care s-a luat una dintre măsurile educative privative de libertate nu s-a prevăzut în Codul de procedură penală (la fel ca în situația majorilor condamnați la pedeapsa închisorii sau a detențiunii pe viață) dreptul acestora de a încunoștința personal sau de a solicita administrației locului de deținere să încunoștințeze un membru de familie sau o altă persoană desemnată de aceștia despre arestare și locul unde sunt deținuți, o complinire, în parte, a lipsei acestor dispoziții s-a realizat prin Legea nr. 254/2013 care, în art. 156, prevede că în termen de 3 zile de la primirea persoanei internate în centru, fie el educativ sau de detenție, directorul centrului ia măsuri pentru informarea în scris a familiei sau a reprezentantului legal, cu privire la posibilitățile vizitării și la modalitățile de sprijinire a procesului de reintegrare socială desfășurat în centru.

Se observă însă că, dacă în ceea ce-i privește pe condamnații majori, aceștia au posibilitatea ca de îndată cum au ajuns într-un loc de deținere să încunoștințeze despre aceasta, în cazul minorilor înștiințarea se realizează de directorul centrului, în scris, în termen de 3 zile de la primirea minorului.

Apreciem că pentru identitate de tratament cu persoanele majore condamnate la pedeapsa închisorii, în regim privativ de libertate, și în cazul minorilor cărora li se aplicat o măsură educativă privativă de libertate, ar trebuie să se prevadă în Codul de procedură penală că, de îndată ce ajung într-un centru educativ sau de detenție, să aibă dreptul să încunoștințeze personal sau să solicite directorului centrului să încunoștințeze reprezentantul legal, un alt membru de familie major sau o altă persoană majoră desemnată de aceștia, despre punerea în executare a măsurii și despre locul unde se află.

¹⁶ Republicată în M. Of. nr. 377 din 31 mai 2011.

Referințe bibliografice:

- Neagu Ion, Damaschin Mircea, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Universul Juridic, București, 2015.
- Volonciu Nicolae, Moroșanu Raluca, *Codul de procedură penală comentat. Art. 415-464. Executarea hotărârilor penale*, Editura Hamangiu, București, 2007.
- Volonciu Nicolae (coord. Științific), Uzlău Andreea Simona (coord.) ș.a., *Noul Cod de procedură penală comentat*, Editura Hamangiu, București, 2014.
- Mitrache C-tin, Mitrache Cristian, *Drept penal român. Partea generală*, Editura Universul juridic, București, 2014.
- Păun Costică în Pascu Ilie ș.a., *Noul Cod penal comentat. Vol. I, Partea generală*, Editura Universul juridic, București, 2012.
- Udroiș Mihail, *Procedură penală. Partea specială. Noul cod de procedură penală*, Editura C.H. Beck, București, 2014.

INFRAȚIUNILE CONTRA SIGURANȚEI CIRCULAȚIEI PE CALEA FERATĂ ÎN NOUL COD PENAL

Vasile STOICA*

Abstract:

This paper highlights progress in matters of criminal law offenses against rail traffic safety, embodied by criminalizing new penal code. It also shows the work and importance of unifying European legislation on offenses against traffic safety on the railways.

Keywords: offense, railway safety, the new penal code, European legislation, evolution

Circulația feroviară și mai cu seamă siguranța acesteia a reprezentat încă de la înființarea primului tronson de cale ferată o importantă valoare socială pe care dreptul penal a apărut-o începând cu primele incriminări ale codului penal. Chiar de atunci s-a avut în vedere incriminarea unor fapte ce aduc atingere acestui sistem de transport, cunoscând de-a lungul timpului o amplă dezvoltare și o continuă adaptare la noile realități economice și sociale.

Codurile penale ce au funcționat până acum au ținut cont de noile realități socio-economice ale vremurilor și au prevăzut în conținutul lor și faptele ce aduceau atingere siguranței circulației pe calea ferată, fiecare în parte aducându-și astfel aportul la reformarea și dezvoltarea legislației penale în materie.

Urmând tradiția, Noul Cod penal¹ acordă o importanță cuvenită valorii sociale reprezentate de siguranța circulației pe calea ferată, incriminând faptele ce aduc atingere acestei valori într-un capitol separat ca și predecesoarele sale.

Astfel, Titlul VII intitulat „Infrațiuni contra siguranței publice”, în Capitolul 1, incriminează toate acele fapte ce aduc atingere siguranței circulației pe calea ferată după cum urmează:

- neîndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă (art. 329);
- neîndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă din culpă (art. 330);
- părăsirea postului și prezența la serviciu sub influența alcoolului sau a altor substanțe (art. 331);
- distrugerea sau semnalizarea falsă (art. 332);

Vom detalia mai jos conținutul acestor prevederi în vederea analizării și evaluării critice.

Articolul 329 intitulat „neîndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă”, constă în:

„(1) Neîndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă de către angajații care gestionează infrastructura feroviară ori ai operatorilor de transport, intervenție sau manevră, dacă prin aceasta se pune în pericol siguranța circulației mijloacelor

* Consilier juridic dr. – CNCF „CFR” SA – SRCF Galați.

¹ Noul Cod penal adoptat prin Legea nr. 286-2009, publicată în Monitorul oficial nr.510 din 24.07.2009

de transport, intervenție sau manevră pe calea ferată, se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani.

(2) Dacă fapta a avut ca urmare un accident de cale ferată, pedeapsa este închisoarea de la 3 la 10 ani”.

Articolul 330 intitulat „neîndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă din culpă” are următorul conținut:

„(1) Neîndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă, din culpă, de către angajații care gestionează infrastructura feroviară ori ai operatorilor de transport, intervenție sau manevră, dacă prin aceasta se pune în pericol siguranța mijloacelor de transport, intervenție sau manevră pe calea ferată, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă.

(2) Când fapta a avut ca urmare un accident de cale ferată, pedeapsa este închisoarea de la unu la 5 ani”.

Articolul 331 intitulat: „părăsirea postului și prezența la serviciu sub influența alcoolului sau a altor substanțe”, constă în:

„(1) Părăsirea postului, în orice mod și sub orice formă, de angajații cu atribuții privind siguranța circulației mijloacelor de transport, intervenție sau manevră pe calea ferată, dacă prin aceasta se pune în pericol siguranța circulației acestor mijloace, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani.

(2) Cu aceeași pedeapsă se sancționează îndeplinirea îndatoririlor de serviciu de către un angajat având atribuții privind siguranța circulației mijloacelor de transport, intervenție sau manevră pe calea ferată, care are o îmbibație alcoolică de peste 0,80 g/l alcool pur în sânge ori se află sub influența unor substanțe psiho-active.

(3) Când faptele prevăzute în alin. (1) și alin. (2) au avut ca urmare un accident de cale ferată, pedeapsa este închisoarea de la 3 la 10 ani și interzicerea unor drepturi”.

Ultimul grup de infracțiuni este incriminat de art. 332, denumit sugestiv „distrugerea sau semnalizarea falsă”, care prevede următoarele:

„(1) Distrugerea, degradarea ori aducerea în stare de neîntrebuințare a liniei de cale ferată, a materialului rulant, a instalațiilor de cale ferată ori a celor de comunicații feroviare, precum și a oricăror altor bunuri sau dotări aferente infrastructurii feroviare ori așezarea de obstacole pe linia ferată, dacă prin aceasta se pune în pericol siguranța mijloacelor de transport, manevră sau intervenție pe calea ferată, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

(2) Cu aceeași pedeapsă se sancționează săvârșirea de acte de semnalizare falsă sau săvârșirea oricăror acte care pot induce în eroare personalul care asigură circulația mijloacelor de transport, manevră sau intervenție pe calea ferată în timpul executării serviciului, dacă prin aceste fapte se creează un pericol de accident de cale ferată.

(3) Dacă faptele prevăzute în alin. (1) și alin. (2) au avut ca urmare un accident de cale ferată, pedeapsa este închisoarea de la 3 la 10 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

(4) Când faptele prevăzute în alin. (1)-(3) sunt săvârșite din culpă, limitele speciale ale pedepsei se reduc la jumătate.

(5) Tentativa la infracțiunile prevăzute în alin. (1) și alin. (2) se pedepsește”.

Finalul acestui capitol este reprezentat de prevederile art. 333, care definește „accidentul de cale ferată”, astfel:

„accidentul de cale ferată constă în distrugerea sau degradarea adusă mijloacelor de transport, materialului rulant sau instalațiilor de cale ferată în cursul circulației sau manevrei mijloacelor de transport, manevră, întreținere sau intervenție pe calea ferată”.

O analiză a textului expus mai sus cu prevederile vechiului Cod penal privind siguranța circulației pe calea ferată evidențiază o mai bună sistematizare a faptelor reținute și propuse spre incriminare de colectivul de specialiști ce au lucrat la realizarea noului Cod penal, în sensul acordării întâietății acelor fapte săvârșite cu intenție de către angajații căilor ferate.

De asemenea, s-a menținut unele denumiri marginale, concomitent cu apariția unelor modificări pe care le vom expune în continuare:

➤ **neîndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă**, a înlocuit vechea prevedere ce avea următorul conținut: *neîndeplinirea cu știință a îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă*. Excluderea expresiei „cu știință a” din noua incriminare nu reprezintă decât un progres, astfel, voința legiuitorului fiind de această dată în acord cu înțelesul clar al normei incriminate, care nu mai impune necesitatea unei precizări suplimentare;

➤ **părăsirea postului și prezența la serviciu sub influența alcoolului sau a altor substanțe**, a luat locul vechii prevederi care avea următorul conținut: *părăsirea postului și prezența la serviciu în stare de ebrietate*. Înlocuirea expresiei „stare de ebrietate” cu expresia „sub influența alcoolului sau a altor substanțe” este extrem de importantă întrucât elimină o serie de ambiguități apărute în practica judiciară sub aspectul aprecierii stării de ebrietate și a constatării efective a acesteia. S-a apreciat că nu poate efectua serviciul în condiții de maximă siguranță a circulației pe calea ferată nu numai cel ce se află în stare de ebrietate, ci și cel ce se află sub influența alcoolului, astfel de fapte aducând atingere gravă valorilor sociale aparate de lege.

Totodată, se constată și alinierea incriminării la noile tendințe a criminalității privind consumul unor substanțe interzise de lege, ce manifestă schimbări comportamentale în rândul consumatorilor.

Prin folosirea expresiei „sau a altor substanțe” legiuitorul nu a făcut altceva decât să prevină producerea unor evenimente ce ar putea aduce atingere siguranței circulației pe calea ferată, pe fondul consumului unor substanțe interzise de lege, ce produc schimbări majore în atitudinea, conduita și comportamentul consumatorului. Se observă totodată, aria largă de substanțe interzise ce nu vizează numai anumite substanțe, ci totalitatea lor, asta prin prisma importanței pe care o joacă circulația feroviară în perspectiva noilor tendințe ale criminalității.

Se poate aprecia astfel că, aceste modificări aduse cadrului legislativ sunt atât de maximă actualitate, cât și de mare perspectivă.

În privința incriminărilor art. 330 (neîndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă din culpă) respectiv a art. 332 (distrugerea sau semnalizarea falsă) nu se constată modificări majore. Totuși, este de reținut faptul că, înlocuirea prepoziției „și” cu adverbul copulativ „sau” reprezintă un sprijin pentru eliminarea unor interpretări eronate.

Analiza completă a noilor incriminări în materia infracțiunilor contra siguranței circulației pe căile ferate reliefează faptul că legiuitorul a eliminat definirea catastrofei de cale ferată, cu motivarea că absența acesteia ca formă agravată este justificată de posibilitatea aplicării „regulilor concursului de infracțiuni între aceste fapte și cele referitoare la persoană sau patrimoniu, după caz”².

² Anteproiectul noului Cod penal – expunere de motive

Criticile și argumentele aduse de practica judiciară, prin intermediul specialiștilor în domeniu, proiectului noului Cod penal în materia infracțiunilor contra siguranței circulației pe căile ferate nu au rămas fără rezultat. Astfel, echipa de specialiști ce a lucrat la elaborarea noului Cod penal a modificat forma inițială a textului de lege, luând în considerare și următoarele critici aduse de practicienii dreptului:

În privința subiectului activ, expresia „*cale ferată*” propusă inițial a fost înlocuită cu cea de „*infrastructură feroviară ori a operatorilor de transport, intervenție sau manevră*”, în contextul în care sistemul feroviar a cunoscut importante transformări prin reorganizare.

Termenul devenit generic de „*cale ferată*”, precum și cel de „*angajat al căii ferate*”, poate crea numeroase dificultăți de interpretare și aplicare a legii în contextul în care, pe fondul transformărilor socio-economice și de reorganizare a sistemului feroviar au apărut și operatori privați de transport feroviar.

Astfel, pentru eliminarea unor asemenea ambiguități care nu fac altceva decât să propună un tratament diferit pentru același tip de faptă, s-a adoptat actuala formă ce permite aplicarea unui tratament juridic uniform tuturor persoanelor ce săvârșesc asemenea fapte indiferent de societatea la care lucrează, cât timp concură la siguranța circulației feroviare.

Apar astfel patru categorii distincte de angajați ai companiilor și societăților de transport feroviar și anume:

- cei aparținând companiei care gestionează infrastructura feroviară;
- cei aparținând operatorilor de transport atât cu capital de stat, cât și privați, fie că sunt naționali sau internaționali;
- cei ai operatorilor care asigură intervenția în caz de necesitate, fie ca vizează reparațiile, întreținerea sau alte activități specifice, și ultima categorie,
- angajații societăților care asigură manevra unor locomotive sau vagoane atât în stațiile de cale ferată, cât și în afara acestora, angajați ce execută activități specifice ce concură la siguranța circulației feroviare.

În privința subiectului pasiv, acesta a fost completat prin introducerea ulterioară în forma legiferată a expresiei „*mijloacelor de transport, intervenție sau manevră pe calea ferată*”.

S-a avut în vedere critica adusă de practicienii dreptului formei inițiale a proiectului conform căreia societatea care gestionează infrastructura feroviară era exclusă din categoria subiecților pasivi întrucât, această societate nu deține mijloace de transport sau manevră, ci numai mijloace de intervenție, întreținere și reparații.

Ca urmare a modificărilor privind subiectul activ și pasiv al unor astfel de infracțiuni, definirea accidentului de cale ferată trebuia regândit și reformulat și el.

Astfel, „*distrugerea sau degradarea importantă adusă mijloacelor de transport pe calea ferată, materialului rulant sau instalațiilor de cale ferată în cursul circulației sau manevrelor mijloacelor de transport ale căilor ferate*” îmbracă o nouă formă definită după cum urmează: „*accidentul de cale ferată constă în distrugerea sau degradarea adusă mijloacelor de transport, materialului rulant sau instalațiilor de cale ferată în cursul circulației sau manevrei mijloacelor de transport, manevră, întreținere sau intervenție pe calea ferată*”.

Se observă astfel claritatea definirii avută în vedere de către legiuitor care a avut în vedere o sferă mai largă, incluzând efectiv toate mijloacele de circulație pe calea ferată.

Se impune să reliefăm înlocuirea în noul text a expresiei „ale căilor ferate” cu cea de: „*pe calea ferată*”, care corespunde noilor mutații intervenite ca urmare a reorganizării

sistemului de transport feroviar produsă în anul 1998, prin apariția O.U.G. nr. 12/1998, publicată în Monitorul Oficial nr. 254 din 8 iulie 1998.

Pe fondul acestor transformări sintagma nou introdusă vine să întrească marea masă a feroviarilor ce cuprinde atât administratorul infrastructurii, cât și toate celelalte societăți ce desfășoară activități specifice căii ferate.

Trebuie remarcat de asemenea faptul că, Noul Cod penal dezincriminează catastrofa feroviară care în vechiul Cod penal era definită ca fiind *„deraierea, răsturnarea sau prăbușirea unui mijloc de transport al căilor ferate, sau în producerea unui alt asemenea rezultat, precum și în ciocnirea a două mijloace de transport ale căilor ferate sau a unui mijloc de transport al căilor ferate cu un alt vehicul, dacă s-au produs urmări deosebit de grave prin moartea sau vătămarea integrității corporale a unor persoane, ori prin distrugerea sau degradarea mijloacelor de transport ale căilor ferate, a instalațiilor de cale ferată sau a mărfurilor încredințate pentru transport”*³.

Dezincriminarea catastrofei feroviare ca formă agravată a constat în posibilitatea aplicării regulilor concursului de infracțiuni între aceste fapte și cele referitoare la persoană sau patrimoniu, după caz.

Totuși, se impune să aducem și unele critici noului Cod penal și ele vizează incriminarea altor fapte. Astfel, evenimentele produse ca urmare a impactului produs între mijloacele de transport feroviar și alte vehicule la trecerile la nivel cu calea ferată au produs cele mai multe victime omenești înregistrând totodată prejudicii enorme.

Regulile stricte existente la aceste pasaje, impuse de impactul deosebit de violent determinat de viteza și greutatea mijloacelor de transport feroviar impun totodată incriminarea faptelor comise de conducătorii de vehicule, care ignorând aceste reguli provoacă cu vinovăție asemenea evenimente feroviare.

În practica judiciară asemenea fapte nu au putut fi încadrate drept accidente feroviare sau catastrofe feroviare datorită unei neuniforme prevederi și interpretări a textelor de lege. Având în vedere perspectivele modernizării infrastructurii feroviare și introducerea unor garnituri de tren de mare viteză cu acces la culoarele paneuropene, considerăm că incriminarea distinctă a unor astfel de fapte este imperios necesară.

Integrarea României în Uniunea Europeană începând cu anul 2007 a condus și va conduce la dezvoltarea transportului feroviar de călători și marfă prin apariția unor noi oportunități ce au la bază crearea de noi culoare pan-europene în perspectiva anilor viitori.

Nimeni astăzi nu își mai permite să gândească o evoluție fără a lua în calcul sistemul de transport și mai cu seamă impactul pe care acesta îl are asupra întregii societăți.

Deplasarea în spațiu a persoanelor și mărfurilor ce le aparțin sau care deserveșc întregul proces de producție constituie o realitate evidentă. Fenomenul în sine are loc adeseori cu o frecvență ce îmbracă latura cotidiană având drept repere cerințele sociale și economice ale societății.

Dorința de normalitate în activitatea de transport feroviar a determinat conducerile statelor europene la manifestarea unei preocupări constante pentru crearea unor cadre legislative stabile specifice fiecăruia.

Infrastructura feroviară constituie astăzi o indispensabilă legătură între statele europene, cu rol vital pentru economie născând astfel riscuri de încălcare a normelor prin săvârșirea de infracțiuni și punerea astfel în pericol a siguranței transportului feroviar.

³ Art. 277 alin. 2 din Codul penal în vigoare

Legislațiile penale existente la nivel european deși diferite în ceea ce privește modul de incriminare a unor fapte ce aduc atingere sistemului de transport feroviar au totuși în comun specificul săvârșirii unor astfel de fapte.

Astfel, distrugerea provocată asupra mijloacelor de transport feroviar, mijloacelor de semnalizare și dirijare a acestuia îmbracă o universabilitate, elementul material realizându-se în mod asemănător cu oarece particularități ne semnificative specifice anumitor legislații. Săvârșirea unor fapte din culpă, prin consum de alcool sau substanțe interzise, sub anumite forme agravante sau a unor fapte de furt sunt de asemenea incriminate la nivel global.

Pe lângă aceste incriminări terorismul reprezintă în ultima perioadă cel mai mare pericol pentru întreaga omenire mai cu seamă că în ultima perioadă a atins cote alarmante și la nivel european, legislațiile naționale nu sancționează în mod corespunzător asemenea fapte.

Folosirea mijloacelor de transport de toate tipurile constituie simbolul libertății de mișcare. În același timp este o vie ilustrare a schimbărilor petrecute în economia mondială și în sistemul de producție, ultimii 20 de ani transformând economia de stoc într-o economie de flux.

Asocierea la nivel european și desființarea frontierelor de stat au permis implementarea unui sistem de producție actualizat permanent amplificându-se totodată încălcarea normelor legale din acest domeniu, fenomen ce s-a amplificat ca urmare a evoluției sistemului de transport.

Criminalitatea folosește astăzi și coridoarele europene de transport feroviar fără a mai lua în calcul granițele naționale. Asemenea altor domenii, nici sistemul transporturilor feroviare nu este unanim aparat prin intermediul normelor penale, necesitând o continuă adaptare la nivelul tuturor statelor lumii cu păstrarea unor particularități specifice.

Spre deosebire de cele existente la nivel european (german, belgian, olandez, finlandez, suedez) care nu au capitole care să fie destinate în exclusivitate infracțiunilor specifice transporturilor feroviare, reglementările Noului Cod penal al României prezintă un capitol distinct. În majoritatea legislațiilor acest gen de fapte sunt tratate împreună cu alte fapte ce vizează alte sisteme de transport (naval, rutier sau aerian).

Astfel, se impune astfel o unificare a normelor de incriminare ce vizează acest sector destul de vulnerabil, la nivel european cu menținerea unor particularități specifice unor anumite zone ce nu pot fi neglijate niciodată.

Transporturile au reprezentat și reprezintă una dintre cheile succesului pentru realizarea Pieței Unice în Europa deoarece contribuie în mod semnificativ la concretizarea a două dintre țelurile fundamentale ale acesteia: libera circulație a persoanelor și libera circulație a bunurilor.

În materia transportului feroviar prima etapă a integrării căilor ferate într-un sistem compact comunitar, înainte de 1991, a fost stimularea colaborării căilor ferate naționale și a fost susținută de mai multe prevederi care răspundeau acestui deziderat.

Preocuparea constantă a tuturor statelor europene de asigurare a unui securități sporite la nivelul transporturilor în general a condus la incriminarea în legislațiile naționale a unor fapte ce aduc atingere acestui sistem.

Chiar dacă fără stricte și precis delimitate incriminări în Codurile penale existente la nivel european, faptele ce aduc atingere sistemului de transport feroviar, de multe ori înglobat în masa generică a transporturilor și-a găsit locul binemeritat în sistemele legislative europene.

Practic, fiecare Cod penal conține incriminări privitoare la asemenea fapte ce pun în pericol siguranța circulației feroviare sau care aduc importante prejudicii mediului economic implicat în acest sector de activitate.

Este foarte adevărat că modul de abordare este diferit de la un stat la altul existând stricte delimitări în cazul unora (România – Finlanda – Republica Moldova) combinate alături de alte fapte asemănătoare în cazul altora (Portugalia – Spania – Germania), dar și fără niciun fel de referire concretă sau directă ca în cazul codului penal francez care face numai trimiteri indirecte la transporturile feroviare.

Cel mai frecvent incriminate de legislațiile penale la nivelul statelor europene sunt faptele de distrugere ce aduc atingere valorilor sociale specifice sistemelor de transport feroviar. Sunt urmate de infracțiunile de furt respectiv cele de terorism.

Integrarea României în Uniunea Europeană a reprezentat încheierea unui proces pe cât de amplu pe atât de complex care a impus armonizarea instituțiilor statului și a legislației la un nivel care să-i permită cooperarea cu organismele comunitare, proces care și-a pus amprenta asupra instituțiilor naționale inclusiv asupra celor judiciare.

În mod firesc, acest proces a reprezentat un important pas în evoluția dreptului românesc început încă din 1989 și șlefuit în perioada ante și post-aderare în vederea adaptării la noile cerințe, asigurând astfel ordinea juridică imperios necesară unui stat de drept.

În acest context, criminalitatea reprezintă o realitate a noii societăți care, din păcate, evoluează odată cu aceasta și impune o permanentă adaptare a strategiilor de combatere a acestui fenomen prin implementarea unor măsuri de politică penală uniforme la nivelul tuturor statelor Uniunii Europene.

Cuprins

SECȚIUNEA DREPT PRIVAT I

DESPRE PARTICULARITĂȚILE UNOR INSTITUȚII ALE DREPTULUI SUCCESORAL ȘI DESPRE DIFICULTĂȚILE INTEGRĂRII LOR ÎN ANSAMBLUL MATERIEI MOȘTENIRII Bogdan Pătrașcu, Ilioara Genoiu	4
OBSERVAȚII CRITICE PRIVIND SOLUȚIILE OFERITE DE INSTITUȚIA ÎNDEPĂRTĂRII EFECTELOR NEDEMNITĂȚII SUCCESORALE Liviu-Bogdan Ciucă	12
UNELE CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA PARTAJ, CONFORM REGLEMENTĂRIILOR NOULUI COD CIVIL Cristian Jora	21
OBLIGAȚIA CREDITORULUI CONTRACTUAL DE A CONTRIBUI LA LIMITAREA PREJUDICIULUI – FORMĂ DE MANIFESTARE A BUNEI – CREDINȚE ÎN NOUL COD CIVIL Nora Andreea Daghie	31
IMPLICAȚII ALE CARACTERULUI DE INSTITUȚIE DE ORDINE PRIVATĂ AL PRESCRIPTIEI EXTINGTIVE Pompilia Doană, Laurențiu Radu	40
ASPECTE PRIVIND PRESCRIPTIA EXTINGTIVĂ ÎN NOUL COD CIVIL Livia Pascu, Amelia Singh	47
APLICABILITATEA DREPTULUI DE PREEMPTIUNE ÎN CLAUZELE CONTRACTELOR DE ARENDA ȘI A CELOR DE VANZARE-CUMPARARE Adela Pirlica	56
ASPECTE CONTROVERSATE PRIVIND PREȚUL, OBIECT AL OBLIGAȚIEI CUMPĂRĂTORULUI Victor Marcusohn	63
EXERCITIUL AUTORITĂȚII PĂRINTEȘTI ÎN CONDIȚIILE EXISTENȚEI UNUI ORDIN DE PROTECȚIE Cristiana-Mihaela Crăciunescu	70
CÂTEVA CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA OBLIGAȚIA DE ÎNTREȚINERE A PĂRINȚILOR FAȚĂ DE COPIII LOR MINORI Mihaela Gabriela Berindei	75

DESPRE RĂSPUNDEREA CIVILĂ ÎN CODUL CIVIL Pavel Filip	82
CLAUZA DE PRECIPUT – INSTITUȚIE NOU INTRODUSĂ ÎN CODUL CIVIL Gabriela Chiran.....	87
NOUTĂȚILE ADUSE ÎN LEGISLAȚIA FRANCEZĂ DE CĂTRE REFORMA DREPTULUI OBLIGAȚIILOR Radu Stancu	95
RESTRÂNGEREA AUTONOMIEI DE VOINȚĂ ȘI CONTRACTELE DE ADEZIUNE REGLEMENTATE DE NOUL COD CIVIL Andreea Mariana Sima	104
IMPREVIZIUNEA ÎN NOUL COD CIVIL Sandra Gătejeanu-Gheorghe, Dragoș Gheorghe.....	110
ROLUL DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT ÎN NOUA ORDINE JURIDICĂ EUROPEANĂ Nicoleta Diaconu.....	117
O VIZIUNE COMPARATISTĂ ASUPRA ACȚIUNII ÎN RĂSPUNDERE PRECONTRACTUALĂ REGLEMENTATĂ DE NOUL COD CIVIL Lorena-Elena Stănescu	124

SECȚIUNEA DREPT PRIVAT II

GLOBALIZAREA ȘI DIMENSIUNEA TRANSNAȚIONALĂ A RAPORTURILOR DE MUNCĂ Raluca Dimitriu	133
CONSIDERAȚII PRIVIND MĂSURA ÎN CARE INSTITUȚIILE DREPTULUI MUNCII AU FOST AFECTATE DE INTRAREA ÎN VIGOARE A NOULUI COD CIVIL ȘI DE PROCEDURĂ CIVILĂ Dan Țop	140
REGLEMENTAREA VÂNZĂRII ÎN BLOC ÎN CODUL CIVIL ANTERIOR ȘI ACTUAL Bujorel Florea.....	148
EVALUARE CRITICĂ A DISPOZIȚIILOR REFERITOARE LA REDUCEREA CLAUZEI PENALE VĂDIT EXCESIVE – ART. 1541 ALIN.1 LIT. B C. CIV. ROMÂN. PROPUNERI <i>DE LEGE FERENDA</i> Maria Dumitru-Nica.....	153

TENDINȚE ACTUALE ÎN ABORDAREA TEORETICO-ȘTIINȚIFICĂ A FORMELOR RĂSPUNDERII JURIDICE ÎN CONTEXTUL NOILOR TRANSFORMĂRI LEGISLATIVE Adela Maria Cerchez.....	167
CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA EXPIRAREA MANDATULUI ȘI POSIBILITATEA PRELUNGIRII DE DREPT A PUTERII DE REPREZENTARE A MANDATARULUI POTRIVIT NOULUI COD CIVIL Dragoș Daghie.....	176
REGLEMENTAREA RAPORTURILOR DINTRE PROFESIONIȘTI ÎN NOUL COD CIVIL Olga Andreea Urda.....	182
PERSPECTIVELE REGIMULUI JURIDIC AL GRUPULUI DE SOCIETĂȚI ÎN SISTEMUL DE DREPT CIVIL ROMÂN Nicoleta Mirela Năstasie	190
APROPIEREA SISTEMULUI DE DREPT ROMANESC DE CEL ANGLO-SAXON ÎN ABORDAREA PROBLEMATICII CONTRACTELOR, ÎN VIZIUNEA NOULUI COD CIVIL – HAZARD SAU NECESIT Cristina Gavrilă, Horatiu Mărgoi	200
O PRIMĂ EVALUARE A NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ DEZIDERATE ȘI EȘECURI Dumitru Dobrev	208
ANAMNEZA IMPLEMENTĂRII NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ. UNELE DIFICULTĂȚI TEORETICE ȘI PRACTICE SURMONTATE SAU SUBZISTENTE Liviu-Alexandru Viorel, Mihail Dinu	214
EFECTELE PRODUSE ÎN PLAN PROCESUAL CIVIL DE MODIFICAREA REGULAMENTELOR (NR. 861/2007 PRIVITOR LA CERERILE CU VALOARE REDUSA ȘI NR. 1896/2006 PRIVITOR LA PROCEDURA SOMATIEI DE PLATA) Octavian Popescu.....	224
PERIMAREA INSTANȚEI, EVOLUȚIILE APLICĂRII SALE ÎN NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ ȘI CARENȚELE LEGII Cristina Elena Popa, Sorin Avram Plesa.....	236
CONSIDERAȚII PRIVIND ÎNCUVIINȚAREA EXECUTĂRII SILITE ÎN LUMINA REGLEMENTĂRILOR ACTUALE ALE CODULUI DE PROCEDURĂ CIVILĂ Claudiu Ramon Butculescu.....	243
ANALIZA MOTIVELOR PENTRU CARE POATE FI RESPINSĂ CEREREA DE ÎNCUVIINȚARE A EXECUTĂRII SILITE DE CĂTRE INSTANȚA DE EXECUTARE Nicolae-Horia Țiț	249

CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND ACORDAREA CHELTUIELILOR DE JUDECATĂ ÎN CONTEXTUL ACTUALEI REGLEMENTĂRI A CODULUI DE PROCEDURĂ CIVILĂ Petruța Gabriela Stroe	260
CARACTERUL DE TITLU EXECUTORIU AL CONTRACTULUI DE ÎMPRUMUT ATESTAT DE AVOCAT ÎN VECHILE ȘI NOILE RELEMENTĂRI LEGISLATIVE Mariana Stan.....	266
O SINTEZĂ A MODIFICĂRILOR ADUSE DE CODUL CIVIL DISPOZIȚIILOR DE DREPT INTERNAȚIONAL PRIVAT PREVĂZUTE ÎN LEGEA NR. 105/1992 Laura Magdalena Trocan.....	270
TRANSPARENȚA ȘI CONFIDENȚIALITATEA, ANTAGONISM SAU SIMBIOZĂ ÎN ARBITRAJUL INVESTIȚIILOR INTERNAȚIONALE? UTILITATEA REGLEMENTĂRILOR NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ ÎN ACEASTĂ MATERIE Cristina Elena Popa.....	282
INSTRUMENTE SOFT LAW PRIVIND CONFLICTELE DE INTERESE ÎN ARBITRAJUL INTERNAȚIONAL CRISTINA IOANA FLORESCU	293
EXPERTIZA TEHNICĂ JUDICIARĂ ÎN DOMENIUL IT ȘI NOILE CODURI Cristina-Maria Dabu	302
SECȚIUNEA DREPT PUBLIC I – GENERAL	
FIINȚA UMANĂ ÎN NOUL COD CIVIL DIN PERSPECTIVA FILOSOFIEI DREPTULUI Ion Craiovan.....	311
ALEGEREA PROCEDEELOR DE CONCEPTUALIZARE ȘI A LIMBAJULUI NORMEI JURIDICE – CERINȚĂ ESENȚIALĂ ÎN ELABORAREA ACTELOR JURIDICE NORMATIVE Mihai Bădescu.....	318
CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND DREPTURILE REALE CORESPUNZĂTOARE PROPRIETĂȚII PUBLICE Vasilica Negruț.....	330
THE PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY – LEGAL PRESUMPTION OR FICTION? Emilian Ciongaru	338
INFLUENȚA CONSTANTĂ A RELIGIEI ASUPRA FENOMENULUI JURIDIC DIN ROMÂNIA..... Mihail Niemesch.....	346 346

DECIZII DE ADMITERE A EXCEPȚIEI DE NECONSTITUȚIONALITATE REFERITOARE LA DISPOZIȚII ALE NOILOR CODURI DE PROCEDURĂ – UN PRIM BILANȚ Steluța Ionescu	353
INTERPRETAREA NORMEI JURIDICE ÎN VIZIUNEA NOILOR CODURI DIN ROMÂNIA Iosif Friedmann – Nicolescu.....	363
APLICAREA PRIORITARĂ A TRATATELOR INTERNAȚIONALE PRIVIND DREPTURILE OMULUI ȘI A TRATATELOR COMUNITARE ALE UNIUNII EUROPENE ȘI CELELALTE REGLEMENTĂRI COMUNITARE OBLIGATORII ÎN MATERIILE REGLEMENTATE DE NOUL COD CIVIL – ASPECTE SELECTIVE Nicolae Pavel	367
INFLUENȚA INTRĂRII ÎN VIGOARE A NOILOR CODURI LEGISLATIVE ASUPRA SUVERANITĂȚII STATULUI ROMÂN Valentin-Stelian Bădescu.....	379
CONSIDERAȚII PRIVIND CODIFICAREA PATRIMONIULUI CULTURAL Gabriela Matei.....	390
CONTESTAȚIA LA EXECUTARE. ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE POTRIVIT NOILOR CODURI Florina Mitrofan	398
LUPTA ÎMPOTRIVA FRAUDEI ȘI EVAZIUNII FISCALE ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ Mihaela Aghenișel	407
RECEPTAREA PRINCIPIULUI SUPREMAȚIEI CONSTITUȚIEI ȘI A CONSECINȚELOR ACESTUIA ÎN NOILE CODURI PENALE Marius Andreescu	415
DE LA DREPTUL LA UN MEDIU ÎNCONJURĂTOR CURAT LA DREPTURILE NATURII ȘI LA DREPTURILE PLANETEI TERRA: PERSPECTIVA AGENDEI 2030 Mădălina Virginia Antonescu.....	425
TENDINȚE ALE RĂSPUNDERII PENALE ÎN PROBLEMATICA PROTECȚIEI MEDIULUI Angelica Cobzaru	434
„TERMENUL REZONABIL” DIN NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ – EXIGENȚĂ A PROCESULUI ECHITABIL GARANTAT DE ART. 6 DIN CONVENȚIA EUROPEANĂ A DREPTURILOR OMULUI Anelis-Vanina Istrățescu.....	441

NOILE CODURI ȘI URBANISMUL

Anca Stroiș 448

METODELE ȘI PRINCIPIILE INTERPRETĂRII NORMELOR JURIDICE

Gina Emilia Tache 456

RĂSPUNDEREA ÎN DREPTUL MEDIULUI. UNELE ASPECTE ÎN LUMINA
NOILOR CODURI

Izabela Mihaela Honciu 465

SECȚIUNEA DREPT PUBLIC – ȘTIINȚE PENALE

NECONSTITUȚIONALITATEA UNOR NORME ALE NOULUI COD PENAL

Ion Ristea 473

INADVERTENȚE ÎN LEGISLAȚIA PENALĂ ȘI PROCESUAL PENALĂ

Constantin Sima 484

ASPECTE DISCUTABILE ȘI CONTROVERSATE PE MARGINEA PREVEDERILOR
ACTUALE ALE CODULUI PENAL

Ion Ifrim 489

INDIVIDUALIZAREA SANȚIUNILOR DE DREPT PENAL ÎN CAZUL REȚINERII
UNOR CIRCUMSTANȚE ATENUANTE. LEGEA PENALĂ MAI FAVORABILĂ.
UNELE OPINII CRITICE

Ion Rusu 496

CIRCUMSTANȚELE AGRAVANTE ȘI EFECTELE ACESTORA ÎN CADRUL
INDIVIDUALIZĂRII SANȚIUNILOR DE DREPT PENAL. LEGEA PENALĂ MAI
FAVORABILĂ. UNELE OBSERVAȚII CRITICE

Minodora-Ioana Rusu 506

APLICAREA LEGII PENALE DE DEZINCRIMINARE ÎN CONCEȚIA NOULUI
COD PENAL

Niculae Gamenț 513

UNELE PROBLEME PRIVIND SEMNIFICAȚIA NORMATIVĂ A EXPRESIEI
„PEDEAPSĂ PREVĂZUTĂ DE LEGE”

Mihai Dunea 520

DESPRE POSIBILITATEA ÎNLĂTURĂRII PEDEPSEI AMENZII ÎN CAZUL ART. 6
ALIN. 3 COD PENAL

Rodica Burdușel 530

UNELE PROBLEME IDENTIFICATE ÎN MATERIA REGLEMENTĂRII
PLURALITĂȚII DE INFRAȚIUNI

Maria-Ioana Mărculescu-Michinici 537

ASPECTE TEORETICE SI PRACTICE CONTROVERSATE PRIVIND INFRACTIUNILE CONTRA PERSOANEI Constantin Duvac.....	547
INCITAREA LA URĂ SAU DISCRIMINARE Mioara-Ketty Guiu, Eugen Coliță	553
MĂSURI EDUCATIVE PRIVATIVE DE LIBERTATE APLICATE MINORULUI. PREVEDERILE NOULUI COD PENAL Versavia Brutaru.....	561
INFRACTIUNILE CONTRA SĂNĂTĂȚII PUBLICE SĂVÂRȘITE DE PERSOANE JURIDICE CONFORM CODULUI PENAL 2009 Andreea Oanea	573
UZURPAREA FUNCȚIEI ÎN NOUL COD PENAL Ramona-Gabriela Paraschiv, Daniel-Ștefan Paraschiv.....	582
CAUZELE JUSTIFICATIVE ȘI DE NEIMPUTABILITATE ÎN NOUL COD PENAL Constantin Neacșu.....	586
PREVIZIBILITATEA NORMEI DE INCRIMINARE ÎN CODUL PENAL Danny Gabriel Bârdan-Raine	594
DESPRE IMPORTANȚA DETERMINĂRII <i>TEMPUS COMMISSI DELICTI</i> Ionuț Nefliu	600
TRAFICUL DE PERSOANE ÎN LUMINA NOULUI COD PENAL ȘI A NOULUI COD DE PROCEDURĂ PENALĂ Luiza Nicoleta Gache	608
RĂSPUNDEREA PENALĂ PRIVIND FONDUL FORESTIER DIN PERSPECTIVA NOILOR CODURI Andrei-George Voinea	617
PRINCIPIUL PREZUMȚIEI DE NEVINOVĂȚIE Ion Flamânzeanu	622
ARESTUL LA DOMICILIU ÎN LUMINA NOULUI COD DE PROCEDURĂ PENALĂ George Coca	627
ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE PRIVIND STUDIAREA DOSARULUI DE URMĂRIRE PENALĂ Nadia-Claudia Cantemir-Stoica.....	641

INTRAREA ÎN VIGOARE A CODULUI PENAL ȘI A CODULUI DE PROCEDURĂ PENALĂ ȘI IMPLICAȚII ASUPRA TRAFICULUI DE DROGURI – EVALUARE GENERALĂ Tiberiu Viorel Popescu	649
INCIDENȚA NOILOR CODURI ÎN MATERIA PROBAȚIUNII Aura Preda.....	657
DREPTUL LA APĂRARE EFECTIVĂ A INCUPLATULUI ÎN FAZA DE URMĂRIRE PENALĂ Alina Gentimir.....	664
UTILIZAREA INVESTIGATORULUI SUB ACOPERIRE ÎN DOCUMENTAREA INFRAȚIUNILOR DE TERORISM Cristian Popa, Romeo-Ioan Gârz	669
INSTITUȚIA CAMEREI PRELIMINARE Anca Fica	678
DREPTURILE ȘI OBLIGAȚILE INCUPLATULUI ÎN PROCESUL PENAL Marian Alexandru.....	689
REDESCHIDEREA PROCESULUI PENAL ÎN CAZUL PERSOANELOR AUDIATE ÎN CURSUL URMĂRIRII PENALE Andrei-Viorel Iugan	696
REGIMUL NULITĂȚILOR ÎN PROCESUL PENAL Mihai Mareș	704
CONSIDERENTE DE ORDIN ȘTIINȚIFIC ȘI TEHNIC REFERITOARE LA EXPERTIZELE AUDIO-VIDEO Valentin Trif.....	712
UNELE ASPECTE RELEVATE DE PRACTICA JUDICIARĂ ÎN APLICAREA ACTUALELOR DISPOZIȚII ALE CODURILOR PENAL ȘI DE PROCEDURĂ PENALĂ Andrei Constantin	720
CONSIDERAȚII PRIVIND PUNEREA ÎN EXECUTARE A PEDEPSELOR ȘI A MĂSURILOR EDUCATIVE PRIVATIVE DE LIBERTATE Gabriela-Nicoleta Chihai	724
INFRAȚIUNILE CONTRA SIGURANȚEI CIRCULAȚIEI PE CALEA FERATĂ ÎN NOUL COD PENAL Vasile Stoica	734