

**ANALELE ȘTIINȚIFICE
ALE
UNIVERSITĂȚII «AL.I.CUZA»
DIN IAȘI
(SERIE NOUĂ)**

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM XLVIII



**EDITURA UNIVERSITĂȚII «ALEXANDRU IOAN CUZA»
IAȘI – 2002**

COLEGIUL DE REDACȚIE

Prof.dr. Mihail Jakotă, Prof.dr. Gr. Theodoru, Prof.dr. Ioan Macovei.

Conf.dr. Tudorel Toader, Lector dr. Carmen Tamara Ungureanu

Redactor responsabil – Prof.dr. Ioan Macovei

Secretar de redacție – Lector dr. Carmen Tamara Ungureanu

CUPRINS

STUDII

MIHAIL JAKOTĂ, IOAN MACOVEI – Reflecții asupra posesiunii în dreptul roman și dreptul civil modern 5

GRIGORE GR. THEODORU – Dreptul de recurs al oricărei persoane vătămate printr-un act sau o măsură a instanței de judecată penală 21

MARIUS BALAN – Aspecte de drept internațional public privind epurarea etnică 33

ARTICOLE – DISCUȚII – COMENTARII

CODRIN MACOVEI – Aspecte ale negocierii contractelor 55

CARMEN TAMARA UNGUREANU – Contractul de vânzare-cumpărare la distanță 63

ȘTEFAN RĂUSCHI, ANDREI-MARIAN HOMEUCĂ – Restituirea în natură a imobilelor preluate abuziv în lumina dispozițiilor Legii nr. 10/2001 71

HORIA ȚIȚ – Caracterul accesoriu al răspunderii comitentului prevăzută de art. 1000, al. 3 Cod civil 85

GHEORGHE DURAC – Răspunderea contravențională în dreptul mediului 97

DAN CONSTANTIN TUDURACHE – Termenul de promovare a contestației la executare 105

LUIZA CRISTINA IOVU – Dreptul de divulgare a operelor postume 109

COSMIN DĂRIESCU – Precizări asupra interpretării articolului 21 din Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat 123

TUDOREL TOADER – Despre admisibilitatea probei verității în cazul infracțiunii de ultraj 135

ALINA MIRABELA GENTIMIR – Particularități ale exercitării acțiunii penale în cazul infracțiunilor prevăzute de art. 180 și 181 din Codul penal român 141

CĂTĂLIN BĂLAN – Regimul juridic al autonomiei locale reglementat prin Legea nr. 215/2001 147

DANIEL ATASIEI – Despre Convenția Europeană asupra criminalității informatice 153

ACTE NORMATIVE NOI

SEPTIMIU PANAINTE – Reglementarea actuală privind patronatele 169

LUCIA ICHIMESCU – Reglementarea concurenței neloiale prin Legea nr. 298/2001 177

MEDALION

IONEL BOSTAN, CODRIN MACOVEI – Gheorghe Zane – Juristul și economistul 185

RECENZII

Gabriela LUPȘAN, *Dreptul familiei* (Carmen Tamara Ungureanu) 191

Aurel CIOPRAGA, Ioan IACOBUTĂ, *Criminalistică* (Tudorel Toader) 192

Viorel PAȘCA, *Constituția și Codul penal* (Daniel Atasiei) 195

Eugen POPA, *Contenciosul administrativ obiectiv* (Cătălin Balan) 196

REFLECȚII ASUPRA POSESIUNII ÎN DREPTUL ROMAN ȘI DREPTUL CIVIL MODERN

MIHAIL JAKOTĂ și IOAN MACOVEI

Posesiunea și aplicațiile ei în viața cotidiană se bucură de puțină favoare în manualele de drept civil de astăzi. În literatura umanistică modernă posesiunea este prezentată ca o stare de fapt ce se opune proprietății care este un drept, un raport juridic, o instituție juridică. Deoarece posesiunea își are originea în dreptul roman, este firesc să analizăm cum este prezentată posesiunea în manualele de specialitate¹.

Reputatul autor Vladimir Hanga arată că posesiunea este stăpânirea de fapt asupra unui lucru, stăpânire căreia ordinea juridică îi recunoaște anumite efecte juridice². Reținem ca un element pozitiv în favoarea argumentărilor noastre și suntem de acord cu autorul că posesiunea produce efecte de drept, deci este un fapt juridic.

Pentru I. C. Cătuneanu, posesiunea este stăpânirea de fapt asupra unui lucru. Această stăpânire de fapt este fundamental deosebită de puterea de drept, care constituie miezul proprietății. Proprietatea este un drept, posesiunea un fapt. Drepturile se moștenuesc; faptele nu³. Aserțiunile sunt greșite. Dacă autorul

¹ Punctul ferm de plecare pentru caracterizarea posesiunii la Roma îl constituie interdicțiile posesorii care erau veritabile norme de drept, cum ar fi *uti possidetis*: „Cum posedati acum acest pământ, despre care este vorba în proces, pe care (voi pretindeți că) nu-l posedati prin violență, nici clandestin, nici cu titlu precar, la fel să-l posedati. Împotriva acestei situații vă opresc să folosiți violența” (*Uti nunc possidetis cum fundum quo de agitur, quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto*); sau interdictul *utrobi*: „I.a care dintre voi doi acest selav, despre care este vorba în proces, fără violență, clandestinitate, fără titlu precar a fost cea mai mare parte a acestui an, ca altfel să nu-l stăpânească, vă opresc să folosiți violența” (*Utrubi vestrum hic homo quo de agitur nec vi, nec clam, nec precario ab altero fuit, apud quem maiorem partem huius anni fuit, quominus is eum ducat vim fieri veto*). Alături de ele, interdicțiile: *unde vi, unde vi armata* și *de precario* constituiau de asemenea reguli imperative de drept. Aceste interdicte sunt veritabile reguli de drept, deși nu au izvorul în *ius*. Caracterul lor juridic își are izvorul în legile Liciniaie-Sextiaie, în legea Aebutia care a permis pretorilor să formuleze reguli obligatorii. În jurul acestor edicte, jurisconsultii au țesut răspunsuri în cazuri de speță. Reglementarea posesiunii în edictul pretorului a apărut relativ destul de târziu și ca o reglementare complementară lui *ius civile*. Spre finele epocii clasice, *factum* tinde să se apropie de *ius* și juriștii vorbesc despre *ius praetorium*.

² Vladimir Hanga, *Manual de drept privat roman*, Cluj-Napoca, 1994, p. 171.

³ I.C.Cătuneanu, *Curs elementar de drept roman*, Ediția a III-a, București, 1927, p. 210.

susține că posesiunea este un fapt și că faptele nu se moștensesc, atunci, printre multe alte probe împotriva acestei afirmații, inscripții din Africa romană arată limpede că posesiunile se moșteneau. În inscripția de la Ain-el-Djemala (între 117-138), cei care erau posesori aveau asupra pământurilor pe care le ocupau un drept de posesie, de a culege fructele și de a lăsa posesiunea pământului moștenitorilor și acest drept le era acordat de împărat, care formula dreptul (*qui occupaverint possidendi ac fruendi hereditique suo relinquendi id ius datur*)⁴. Desigur, drepturile se moștensesc. Dar în dreptul roman, posesiunea trecea la moștenitori. Toți locuitorii provinciilor, fie ei cetățeni, fie peregrini, nu aveau decât posesiunea pământurilor și acestea treceau la moștenitori. Mai mult, posesiunea trecea de la o persoană la alta prin acte între vii sau cu cauză de moarte așa cum trecea și proprietatea.

Matei Nicolau, istoric al dreptului roman și al drepturilor antice, a susținut și el că posesiunea este un fapt. Din această precizare se poate vedea diferența dintre proprietate și posesiune: prima este un raport de drept, a doua, o situație de fapt; prima este o situație abstractă, nematerială, a doua o noțiune concretă. Materializare a celei dintâi, care servesc drept suport juridic. Posesiunea nu este o materializare a proprietății în dreptul roman. Toți locuitorii provinciilor care stăpâneau pământurile ca posesori erau apărați prin interdicțiile posesorii, dar în afara oricărei idei de proprietate. Locuitorii provinciilor nu puteau fi proprietari quiritari, adică proprietari după *ius*⁵.

De semnalat și un aspect oarecum surprinzător. Într-o prezentare pe Internet, se urmărește punerea în valoare a operei jurisconsultilor romani. Printre realizările jurisconsultilor se menționează distincția dintre fapt și drept, pe care o făceau prudenții. Astfel în numeroase domenii, romanii opuneau situațiilor create sub imperiul și în respectul dreptului, acelea care se stabileau independent de el și trebuie considerate ca pure situații de fapt. De exemplu, alături de proprietate, drept recunoscut și protejat de *rei vindicatio*, poate să existe o posesiune, pură situație de fapt consistând în stăpânirea exercitată asupra unui lucru corporal de o persoană, fie că acea persoană este sau nu proprietar. Posesiunea nu este o pură situațiune de fapt, deoarece ea este sancționată de interdicțiile posesorii în epoca clasică și de acțiunile posesorii în vremea lui Iustinian.

Tot în această discuție, se prezintă faza în fața pretorului ca aspect juridic al procesului și faza în fața judecătorului ca o fază în care se dezbat faptele, ceea ce nu este real. Cu alte cuvinte faza în fața magistratului este un exemplu de procedură juridică sau se desfășoară *in iure*, conform lui *ius*, iar faza în fața

⁴ Paul Frédéric Girard, *Textes de droit romain*, Paris, 1923, p. 881.

⁵ Matei Nicolau, *Dreptul roman*, vol. I. Colecția Hamangiu, București, 1930.

judecătorului este un exemplu tipic de dezbateră în fapt, nu are nimic de a face cu dreptul. Este simplă discuție și eventual o probă a unor fapte. În realitate, fără nici un dubiu, tot procesul, inclusiv procesul în fața judecătorului, este o dezbateră juridică de la început până la sfârșit, până când judecătorul pronunță sentința care pune capăt procesului. Judecătorul desfășoară o activitate juridică, indiferent că formula pe care o primește de la pretor este o formulă *in ius* sau *in factum*. Faza în fața judecătorului, ca și prima fază, este o fază care se desfășoară conform dreptului. Legea Aebutia a abilitat pe pretor să reglementeze situațiile pe care *ius* nu le are în vedere și i-a dat putere în această privință pretorului de a organiza procesul și sentința judecătorului creează sau recunoaște drepturi.

În baza legii Aebutia (votată în a doua jumătate a sec. II î.H.), pretorul avea puterea de a crea formule noi, *in factum*, utile sau cu transpunere de persoană, dar termenul de formulă *in factum* se referă numai la aceea că pretențiile reclamantului nu se bazează pe o regulă de *ius*, ci pe descrierea faptelor așa cum le arată reclamantul, iar judecătorul verifică dacă faptele arătate sunt reale și condamnă sau, în caz contrar, absolvă. Procesul deschis cu o formulă *in factum* este de asemenea o activitate juridică ca și procesul deschis cu o formulă *in ius*; are toate caracterile juridicității: o regulă de drept, un judecător și o sancțiune. Numai că *factum* este un alt domeniu de reglementare decât *ius*.

Pentru prima dată în literatura romanistică, ideea de pluralitate a sistemelor juridice în dreptul roman (*ius civile*, *ius gentium*, *ius naturale*, *factum*, dreptul „vulgar”) a fost pusă în evidență de Valentin Al. Georgescu. *Factum* denumea domeniul de reglementare al pretorului urban, peregrin, al guvernatorului de provincie.

Unele situații sunt create și sancționate de *ius civile*, altele sunt sancționate de edictul pretorului în baza legii Aebutia. Reglementarea din albumul pretorului urban, peregrin sau al guvernatorului de provincie se numea curent *factum*, dar nu era mai puțin o reglementare juridică. În faza *in iudicio tapud iudicem*, formula este prezentată judecătorului (*iudex*) care verifică dacă faptele pe care ea le menționează corespund realității. Este adevărat, dar formula, chiar dacă este *in factum*, utilă sau cu transpunere de persoană și toată procedura în fața judecătorului sunt fenomene juridice și nu pot fi date ca exemplu despre distincția dintre fapt și drept pe care, într-adevăr, o făceau jurisconsultii, dar în alte situații. Judecătorul nu se mărginește să verifice doar dacă faptele arătate de reclamant sunt adevărate. De multe ori, în procesele mari se dezbate nu numai chestiuni de fapt, ci și chestiuni de echitate și de drept (*iudicio private magnarum rerum obire in quibus non de facto, sed de equitate ac iure erctetur*)⁶.

⁶ Cicero, *De oratore*, I, 28, 183.

Un alt autor, P.-Fr. Girard, menționează că în noțiunea romană pură, posesiunea este exclusiv relativă la dreptul de proprietate. Este, s-a spus, materializarea proprietății, puterea de fapt asupra lucrului asupra căruia proprietatea este puterea de drept. Posesiunea este exercițiul proprietății manifestată prin semne exterioare; un fapt material și voluntar, analizat de obicei în două elemente.

Marea problemă este de a ști pentru ce posesiunea este protejată nu numai la proprietar, ci chiar la terțiul care nu este și chiar știe că nu este proprietar⁷. Există încă asupra acestui punct un număr de sisteme printre care noi vom semnală două principale, ale lui Savigny⁸ și Ihering⁹. Din punct de vedere istoric, lucrurile nu s-au petrecut așa. Multă vreme după ce a apărut posesiunea, la epoca clasică sau ceva mai devreme, posesiunea a putut fi invocată și de proprietari, dacă se găseau în situația de a o putea invoca, adică aveau *corpus*. Este o falsă problemă. Posesiunea în timpurile străvechi, pe când se numea doar *usus*, a fost protejată acolo unde nu se putea invoca, adică aveau *corpus*. Este o falsă problemă. Posesiunea în timpurile străvechi, pe când se numea doar *ius civile*. Beneficiau de protecție asupra averilor cetățile și populațiile cucerite din Italia, în baza tratatelor de pace. Tratatelor protejau peregrinii în persoana și în averea lor, în schimbul unui tribut. Beneficiau de protecția posesorie și cetățenii romani care ocupau terenuri pe *ager publicus* (*ager occupatorius*). Ei nu putea fi proprietari după dreptul civil pe *ager publicus* deoarece pământul public nu era susceptibil de proprietate privată: era un lucru *extra patrimonium*. În schimb, ei erau protejați ca posesori. Mai târziu, când după al doilea război punic (anul 200 î. H.) Roma devine stăpână pe spațiul mediteranean, tot teritoriul provinciilor devine *ager publicus* și nimeni nu poate avea proprietate quiritară (*meum esse ex iure quiritium*) asupra acestui pământ. Peregrinii sau cetățenii aveau asupra pământului din provincii un drept care se numea *possession* și usufruct (*in provinciali solo dominium populi romani est vel Caesaris. Nos autem possessioneum et usumfructum habere videmur*, spune Gaius).

Posesiunea s-a născut ca o formă juridică de protecție a însușirii lucrurilor de către particulari atunci când condițiile cerute pentru a exista proprietate quiritară nu erau îndeplinite. Deci, posesiunea a început prin a fi o protecție acordată numai celor care nu puteau stăpâni ca proprietari quiritari conform lui *ius civile*. Abia târziu, spre epoca clasică, apărarea posesorie s-a acordat și proprietarului

⁷ Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, ediție revăzută de Felix Senn, Paris, 1929, p. 288 și urm.

⁸ Frédéric Charles de Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, tradus din germană de Henri Staedler, Bruxelles, 1893, p. 108.

⁹ Rudolf von Ihering, *Fondement de la protection possessaire*, 1865, p. 244, după Georges Cornil, *Traité de la possession dans le droit romain*, Paris, 1905.

care îndeplinea condițiile pentru a fi protejat ca posesor, adică avea *corpus* și *animus*. Apărarea posesorie era mai simplă, mai operativă, proba posesiunii era mai ușoară.

Raymond Monier susține de asemenea că posesiunea poate fi definită ca puterea de fapt exercitată asupra unui lucru corporal, de o persoană, ce este sau nu proprietar¹⁰.

Din dreptul roman afirmația că posesiunea este un fapt a trecut în dreptul civil.

În dreptul român, Matei Cantacuzino se ocupă în principal de proprietate și nu de posesiune. Astfel, autorul arată că posesiunea, implicând exercițiul deplin al puterilor afirmative cuprinse în dreptul de proprietate, constituie manifestarea cea mai energică și cea mai doveditoare a dreptului însuși, adică a dreptului de proprietate. Acesta este motivul pentru care legiuitorul înconjoară pe de o parte posesiunea imobiliară de un sistem propriu de apărare a dreptului independent de dovada și de apărarea dreptului însuși și pe de altă parte consideră, în multe cazuri și în anumite condițiuni, posesiunea ca implicând neapărat dreptul de proprietate asupra lucrului posedat. Așa cum proprietatea nu este totdeauna plină ci este de multe ori însărcinată sau desmembrată prin concesiunea uneia din atribuțiile sale asupra lucrului către altă persoană, fie în mod vremelnic (usufruct, uz, habitațiune, suprafață, exploatarea sub-fetei sau garanție reală, fie în mod perpetuu (servitute reală), tot așa posesiunea are caracterul care se manifestă prin ea. Cu alte cuvinte, ea este o posesiune cu titlu de proprietar deplin sau cu titlu de desmembrare a proprietății, după cum titlu care se pretinde a se manifesta prin ea este proprietatea plină sau vreo desmembrare anume determinată a atributelor proprietății¹¹. Autorul confundă peste tot posesiunea cu exercițiul unui drept real sau al proprietății. Proprietatea se manifestă vizibil prin posesiune, iar posesiunea este manifestarea proprietății și nimic mai mult. Posesiunea nu este percepută stătătoare, diferită în substanță de proprietate sau de un alt drept real. Este un fel particular de a citi Codul civil. Posesiunea, pentru Matei Cantacuzino, nu există ca o entitate separată, deși îi consacră cu capitol distinct.

Într-un manual recent de drept civil, I.P. Filipescu arată că posesiunea este puterea materială pe care o exercită o persoană asupra lucrului, este exercițiul unei puteri de fapt, care dă posibilitatea posesorului de a se comporta ca și când el ar fi adevăratul titular al dreptului asupra lucrului. Astfel, de exemplu, posesiunea poate consta în stăpânirea în fapt al unui autoturism, a unei case,

¹⁰ Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome I, Paris, 1938, p. 492.

¹¹ Matei Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Editura Cartea românească, București, 1921, p. 131 și urm.

exercitarea în fapt al unui drept de uzufruct sau drept de servitute; exercitarea în fapt a folosinței unui lucru, care apare ca manifestarea exterioară a unui drept asupra acestuia; săvârșirea de acte juridice asupra dreptului ce are de obiect lucrul posedat. Rezultă că posesiunea este stăpânirea efectivă a unui lucru, exercițiul efectiv al unui drept real asupra lucrului, puterea de fapt asupra lucrurilor, exercitarea actelor de folosință asupra lor ca și cum posesorul lor ar fi proprietarul lucrurilor respective, exercitarea în fapt a dreptului real, ca și cum ar fi titularul acestuia, săvârșirea actelor juridice asupra dreptului ce are ca obiect lucrul posedat¹². Constatăm că toți autorii moderni de drept civil¹³, urmând oarecum pe autorii de astăzi de drept roman, pleacă de la concepția că posesiunea este un fapt, ceea ce merită a fi discutat.

În România au fost publicate trei anteproiecte de cod civil și anume: Codul civil Carol al II-lea din 1939, Codul civil din 1940 (ediție revizuită a codului din 1939) și Codul civil din 1971. Aceste anteproiecte prezintă relevanță deoarece sunt opera Consiliului Legislativ, un organ care de la crearea lui a reunit personalități marcante din lumea juriștilor și reprezintă opinia colectivă a unui înalt for științific al țării în materie de construcție juridică. Proiectele au fost supuse discuției specialiștilor, întrunind aprobarea unui număr important de juriști. În conformitate cu art. 648 din Proiectul din 1939, posesiunea este o stare de fapt care constă în deținerea de către o persoană a unui lucru, cu voința de a exercita în nume propriu actele materiale de uz și de folosință asupra lui, ca și cum ar fi proprietarul lucrului. Observăm că posesorul nu exercită numai acte materiale, cum spune definiția citată, ci și alte acte juridice având ca obiect lucrul posedat. Posesiunea se poate strămuta prin acte cu titlu particular translativ de proprietate unei persoane de bună credință (art. 658, punctual 3). Succesiunea trece la succesorul cu titlu universal și la succesorul cu titlu particular (art. 659 codul din 1939).

În expunerea de motive a Proiectului, intitulată Referat către Consiliul de Miniștri, se precizează că, îndepărtându-se de definiția dată de Codul civil actual prin art. 1864, Proiectul a înțeles să dea o definiție cât mai completă a posesiunii, arătând că posesiunea este o stare de fapt care constă în deținerea de către o persoană a unui lucru cu voința de a exercita în nume propriu actele materiale de uz și de folosință asupra lui, ca și cum ar fi proprietarul lucrului. În adevăr, posesiunea în accepțiunea ei legală se compune nu numai din exercițiul de fapt al unei puteri asupra lucrului, dar și din posibilitatea de a exercita această putere

¹² I.P. Filipescu, *Dreptul civil. Dreptul de proprietate. Alte drepturi reale*, Editura Actami, București, 1994, p. 45 și urm.

¹³ Pentru detalii, a se vedea Dimitrie Gherasim, *Teoria generală a posesiei în dreptul civil roman*, Editura Academiei, București, 1986, p. 20 și urm.

ca manifestare a unui drept. Se pare că Proiectul din 1939 recunoaște calitatea de drept al facultăților posesorului. De altfel există o contradicție: posesiunea este un fapt, dar facultatea posesorului este un drept.

Proiectul Codului civil revizuit în 1940, în art. 774, repetă textul din 1939. La aceste texte, am observa că facultățile economice ale posesorului nu se limitează la actele materiale de uz și de folosință. Posesorul poate face și acte de dispoziție. În acest sens, textul menționează: ca și cum ar fi proprietarul lucrului. Ceea ce este adevărat: posesorul are toate facultățile proprietarului. Este o formă de însușire a lucrurilor din natură care apare atunci când condițiile pentru a exista proprietate nu există.

Proiectul Codului civil din 1971 arată în art. 285 același lucru: posesia este stăpânirea de fapt a unui lucru.

Am fost tentați să credem că natura juridică a posesiunii (fapt, drept, instituție juridică, raport juridic) a fost de mult elucidată grație lucrărilor lui Valentin-Al. Georgescu, strălucit profesor al Facultății de drept din Iași între anii 1945-1950, grație lucrărilor: *Opoziția dintre fapt și drept în dreptul roman și în dreptul modern. Contribuție la studiul stilurilor de gândire juridică* (Extras din „Dreptul”, Număr festiv. (70 de ani de la apariție), LXX(1942); și în alte lucrări ale aceluiași autor: *De la «possessiones» la «possessio»*. *Contribuție la studiul procesului istoric de formare a noțiunii de posesie în dreptul roman*. (în „Studii clasice”, I). Concluziile profesorului erau că posesiunea la romani a fost un drept real, altul decât dreptul de proprietate, un raport juridic sancționat de regula de drept și acest lucru era de necontestat încă din sec.I î. H. și din epoca clasică a dreptului roman¹⁴.

În conformitate cu opinia lui Valentin-Al.Georgescu, prezintă interes cum s-a ajuns la ideea că posesiunea este un *factum*, mai exact o instituție a lui *factum*¹⁵.

Opinia că posesiunea este un *factum* provine din împrejurarea că proprietatea (proprietatea quiritară, adică a cetățenilor romani asupra lucrurilor romane, dobândite printr-un mod de transfer admis de *ius civile* sau *ius quiritium*) și posesiunea aveau surse diferite. Proprietatea era reglementată de *ius civile*, iar posesiunea protejată juridic de albumul pretorului urban, peregrin și eventual al

¹⁴ Valentin-Al.Georgescu. *Opoziția dintre „fapt” și „drept” în dreptul roman și în dreptul modern. Contribuție la studiul stilurilor de gândire juridică*, în „Dreptul”, Număr festiv (70 de ani de la apariție), LXX (1942); *De la „possessiones” la „possessio”*. *Contribuție la studiul procesului istoric de formare a noțiunii de posesie în dreptul roman*, în „Studii clasice”, I, p.115 și urm.

¹⁵ A se vedea și Valentin-Al.Georgescu. *L'opposition entre „ius” et „factum” en droit romain et en droit moderne*, în *Scritti in onore di Comarodo Ferrini*, Milano, 3.1949, p.144 și urm.; *Von den „possessiones” zur „possessio”*. *Beträge zum Studium der geschichtliche Entstehung des Begriffes von Besitz im römischen Recht*, în *Bibliotheca classica orientalis*, Berlin, 1964, p. 49 și urm.

gubernurului de provincie cu alte mijloace juridice, care erau interdictele posesorii. Reglementarea de pe albumul pretorului se numea curent *factum*. Jurisconșulții obișnuiau să spună: proprietatea ține de *ius* (*meum esse ex iure quiritium*). *Possessio* ținea de *factum*, ceea ce înseamnă că era o instituție reglementată de *factum*, o reglementare instituită de magistrații judiciari, pretorii urban și peregrin și guvernatorul de provincie. Jurisconșulții erau conștienți că *ius* și *factum* erau deopotrivă reglementări juridice, numai că izvoarele erau diferite. *Ius* era o creație a obiceiului juridic (*mos maiorum*), a legilor, mai târziu, a senatus consultelor și a constituțiilor imperiale. Reglementarea de pe albumul pretorului (*factum*) era o altă reglementare, apărută odată cu instituția preturii (367-366 î. H.), dar nu mai puțin era o reglementare juridică.

O tradiție dintr-un timp îndepărtat făcea deosebire între *ius* și *factum*. În sistemul original, arată Valentin Al. Georgescu, deosebirea dintre *ius* și *factum* corespundea unei finalități reale, vii, organice. *Ius* era un sistem de coeziune socială clădit pe bază de valori religioase, într-o lume dominată de valorile sacrului și divinului. Acest sistem este un sistem cultural și sacral, închis, rigid, formalist. El reprezintă puritatea voită de zei printre oameni. Sistemul este închis, rigid și formalist, fiindcă este divin. Așa l-au orânduit zeii și numai astfel se poate menține, ca ordine sacră și divină. Ruperea și lărgirea lui este ruina operei zeilor. Acest sistem se numește *ius*, de la *Jupiter-Iouis* și nici nu este un sistem de drept, ci unicul sistem de coeziune socială pe bază de valori religioase. În cadrul statului, *ius* devine *ius civile*.

De-a lungul secolelor, *ius* s-a dezvoltat lent. Când a apărut pretura, în urma legilor Licinia-Sextiae, din 367-366 î. H., și, mai apoi, când a apărut pretura peregrină, în 242 î. H., acestor magistrați le-a revenit sarcina de a ajuta, completa sau de a corija *ius civile* (*supplendi, adiuvandi vel corrigenda iuris civilis gratia*), pentru a aduce reglementarea juridică la nivelul cerințelor societății. Reglementările de pe albumul pretorilor nu erau *ius*, ci o altă reglementare și nu mai puțin o reglementare juridică, care a fost numită *factum*: „pretorul nu poate face *ius*”, edictul pretorului nu creează *ius* (*praetor ius facere non potest*). Cu diferite ocazii, Valentin Al. Georgescu a relevat „pluralitatea sistemelor juridice” în lumea romană (*ius civile, ius gentium, ius naturale, factum, dreptul „vulgar”*). Albumul pretorului era perceput ca un domeniu de reglementare, distinct de *ius*, dar totuși o reglementare juridică. *Factum* nu înseamnă „fapt” în limbajul jurisconșulților, ci o altă reglementare juridică complementară lui *ius*. Posesiunea a fost sancționată cu interdicte posesorii pe albumul magistraților judiciari. În legislația lui Iustinian, interdictele au fost înlocuite cu acțiunile posesorii. Interdictele dădeau loc în epoca clasică la un proces în fața organelor judecătorești obișnuite (*ordo iudiciorum privatorum*). Instituția posesiunii era

toate caractererele juridicității: o regulă de drept, un judecător și o sancțiune. De la epoca clasică și până la Iustinian, sensul distincției vechi dintre *ius* și *factum* s-a estompat, jurisconsultii reținând că *ius* și *factum* sunt două reglementări juridice. *Ius* și *factum* s-au apropiat, pentru că jurisconsultii au înțeles că se găsesc în fața unor reglementări juridice în ambele cazuri. Dar în textele lui *Corpus iuris civilis* (Instituțiunile, Digestele și Codul), contopirea n-a fost perfectă, deoarece comisia de redactare a legislației lui Iustinian a păstrat texte din secole diferite, fără să reușească să le armonizeze așa cum își propusese împăratul. Ideea că posesiunea este un *factum* (dar în opinia jurisconsultilor clasici o instituție reglementată de o altă ordine de drept decât *ius*, iar nu un fapt) a fost preluată de glosatori și de postglosatori în cursul evului mediu și a trecut în dreptul roman savant sau aplicat din secolele următoare și, ulterior, în manualele de drept roman moderne, precum și în dreptul civil.

Multe elemente au contribuit la calificarea greșită a posesiunii ca un fapt. În primul rând, împrejurarea că unul din elementele posesiunii era *corpus*, stăpânirea (*adprehensio*) materială a lucrului. Posesiunea a apărut mai întâi în domeniul lucrurilor corporale. La început, populația și juriștii cunoșteau numai aspectul material al posesiunii. Stăpânirea (*adprehensio*) trebuia să fie foarte reală și, de la o anumită epocă, trebuia să aibă anumite calități: posesorul să nu fi intrat în stăpânire cu violență, cu titlu precar sau clandestin (*nec vi, nec clam, nec precario*). După un timp însă ideile au evoluat, astfel încât un lucru putea trece în posesiunea cuiva fără să aibă loc o strămutare materială. Așa s-a întâmplat în cazul numit constitutul posesor, tradițiunea *longa manu* și tradițiunea *brevis manu*. Toate aceste denumiri au originea în textele jurisconsultilor clasici. În cazul constitutului posesor, proprietarul vinde casa, dar rămâne în ea cu titlu de chiriaș, adică detentor, detentor precar sau posesor cu titlu precar. În doctrina romană, fostul proprietar care a rămas în casă cu titlul de chiriaș începe de la vânzare să posede pentru altul, se constituie posesor pentru altul (*se constituit possessorem pro alio*), iar acel altul este cumpărătorul care nu mai are nevoie să se deranjeze pentru a lua material în stăpânire casa, pentru că fostul proprietar are *corpus* pentru noul proprietar, posedă de acum înainte pentru cumpărător din momentul vânzării (este un *possessor pro alio*), iar cumpărătorul intră în posesiune fără o aprehensiune materială a lucrului. Și în dreptul de astăzi posesiunea trece de la o persoană la alta în același fel. Predarea este perfectă de îndată ce prin voința posesorului anterior, lucrul trece în stăpânirea dobânditorului. Predarea se poate săvârși remițând dobânditorului mijloacele trebuincioase pentru a lua lucrul în stăpânire. Posesiunea poate fi strămutată fără predare, dacă dobânditorul lasă prin convenție unui terț sau transmitătorului însuși stăpânirea lucrului cu titlu precar (constituit posesor, în

dreptul roman: *se constituit possessorem pro alio*). Predarea se efectuează prin remiterea efectivă a bunului. Predarea se poate efectua însă și fără remiterea efectivă, prin constituirea ori stingerea obligației de înapoiere a bunului sau cesiunea creanței de înapoiere a acestuia. Se socotește predare a bunului și remiterea cheilor ori a altor mijloace de a intra în stăpânirea lucrului în alt mod (tradiție *Longa manu* în dreptul roman clasic).

Digestele și Codul reunesc texte din epoci diferite, din secole diferite și texte în care jurisprudenții exprimau opinii diferite în aceleași cazuri. Situația este foarte sugestiv expusă de Van Oven. „Este probabil că o jurisprudență, evoluând timp de secole grație activității unui grup de juriști destul de numeros și eliberați de orice autoritate, să parvină destul de greu și lent la concluzii simple și generale, la reguli despre care să se poată spune: acesta este dreptul pe care-l aplicăm astăzi (*eo iure utimur*). Juriștii romani au luptat cu problemele ieșite din viața reală. Deși formau un grup unit, fiecare individ avea o personalitate cu propriile sale vederi. Fiecare jurist tindea la realizarea justiției în felul său propriu și sub responsabilitatea lui. Fără îndoială, divergențele de vederi între ei, incertitudinile în chestiunile fundamentale, ca și în probleme concrete, erau mult mai frecvente decât izvoarele noastre le arată. Într-un cuvânt, trebuie să ne păzim de tendința noastră de a armoniza textele în așa fel încât o doctrină omogenă clasică să apară. Alături de ipoteza doctrinei clasice, noi trebuie să ridicăm ipoteza contrară a unei pluralități de doctrine mai mult sau mai puțin individuale și chiar adesea aceea a absenței totale de doctrină¹⁶.

În afară de aceasta, chiar dacă plecau de la reguli general admise, soluțiile lor erau comandate de elemente specifice cazului concret. Astăzi se întâmplă la fel. Judecătorul caută sensul regulii de drept și o adaptează faptelor supuse aprecierii sale: el interpretează legea și o aplică la un raport de drept determinat. Chiar prin acest fapt interpretarea se găsește influențată de faptele în cauză, de interesele în prezență. Hotărârea sa nu este abstractă, ea este concretă, limitată de speta supusă aprecierii sale¹⁷. Din cauza aceasta, soluțiile erau diferite: în unele, posesiunea este desemnată un *factum* (dar nu un fapt), în altele, se subliniază caracterul de drept (*ius*) al instituției și a sancțiunii, pentru că în acel moment istoric, distincția între *ius* și *factum* nu mai avea relevanța originară. Comisia însărcinată de Iustinian cu redactarea legislației (Instituțiile, Digestele și Codul) a primit de la împărat permisiunea și ordinul de a armoniza textele din epoci diferite ale jurisconsultilor pentru a prezenta o legislație coerentă. Comisia a lucrat în grabă. Nu s-au armonizat totdeauna textele din epoci diferite aparținând

¹⁶ Van Oven, *La recherche du droit romain classique*, în „Revue internationale des droits de l'Antiquité”, 3, 1956, p. 45.

¹⁷ Henri Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 1930, p. 101.

unor autori diferiți. Din cauza aceasta, unele texte accentuează caracterul de *factum* al posesiunii, pe când altele văd în posesiune o instituție juridică și folosesc cuvântul *ius* (*quia possession non tantum corporis sed et iuris est*).

În realitate, posesiunea a fost în dreptul roman o instituție juridică, un drept subiectiv, un raport juridic. În lumea romană, posesiunea era un drept real, dar altul decât dreptul de proprietate. Proprietatea romană (quiritară) cerea îndeplinirea a trei calități: titularul trebuia să fie cetățean roman sau pelerin cu *ius civile*. Acolo unde asemenea condiții nu erau îndeplinite, însușirea lucrurilor din natură, acolo unde se impunea să fie protejată, îmbrăca forma juridică a posesiunii. Astfel, cetățeanul nu putea fi proprietar pe *ager publicus*, dar era în interesul comunității ca stăpânirea lui să fie protejată. Atunci el deținea ca posesor și era protejat ca posesor, nu ca proprietar. Această posesiune dura eventual în cadrul unei familii sute de ani. La așa ceva se referă Cicero când exclamă în legătură cu o lege agrară, care pregătea o deposedare a unor posesori de terenuri de pe *ager publicus*: „ce fel de dreptate este aceasta, ca cel care a posedat mult timp și chiar sute de ani să piardă posesiunea, iar cel care nu avea nimic să o dobândească”? Proprietarul și posesorul aveau *usus, fructus și abusus*, dreptul de a utiliza lucrul, de a culege fructele, de a dispune de lucru prin acte între vii sau cu cauză de moarte. Cu alte cuvinte, posesorul avea toate avantajele economice ale proprietarului, ceea ce îl împiedica să fie proprietar era împrejurarea că nu îndeplinea condițiile puse de *ius civile*. Or, condițiile puse de dreptul civil pentru ca cineva să fie proprietar nu mai corespundeau noilor împrejurări politice și economice din imperiul mediteran. În primul rând, pe pământul provinciilor nici cetățenii, nici peregrinii nu puteau să aibă proprietate romană sau quiritară: solul provinciilor era *ager publicus populi romani* sau aparținea împăratului. Indivizii nu aveau decât posesiunea sau uzufructul (*in provinciali solo dominium populi romani est vel Caesaris. Nos autem possessionem et usumfructum habere videmur*)¹⁸. Chiar din momentul când romanii au început să cucerească cetăți și teritorii în Italia, locuitorii (peregrinii) nu erau izgoniți de pe pământuri. Ar fi fost neeconomic și neproductiv. Dimpotrivă, în baza tratatelor de pace, le erau garantate averile (pământul, casa și celelalte) și siguranța persoanei (libertatea, în primul rând) în schimbul unui tribut. Locuitorii aveau asupra pământurilor uzul, culegerea fructelor și dreptul de a dispune prin acte de *ius gentium* între vii sau cu cauză de moarte. Din punct de vedere tehnic, dreptul asupra pământului era desemnat prin cuvintele a avea, a poseda, a culege fructele (*habere, possidere, frui licere*) sau uzaj și posesiune (*usus possession*). Abia de la finele sec.III, într-o constituție a lui Diocletian

¹⁸ Gaius, *Comentarii*, 2,7.

apare de mai multe ori termenul nou de proprietate (*proprietas*), care înlocuiește termenul antic „este al meu după dreptul quiritorilor” (*meum est ex iure quiritorium*). Toate acestea, deoarece în baza constituției lui Antoninus Caracalla din 212, cetățenia romană a fost concedată tuturor peregrinilor cu excepția peregrinilor deditici. Tot în sec. III era noastră, pământurile din provincii dobândesc aceeași condiție ca pământurile italice (Maximinus). A dispărut din sec. III mancipația și *in iure cessio*, moduri de transmitere a lucrurilor mancipi și a dispărut distincția între *res mancipi* și *nec mancipi*. Dar multe din vechile texte s-au păstrat și au rămas la baza confuziei făcute în această materie de interpreții de mai târziu ai dreptului roman și de civilisții moderni.

Pe de altă parte, jurisconșulții romani, ca și juriștii din evul mediu, au fost conduși să precizeze distincția dintre proprietate și posesiune, din cauza surselor de reglementare diferite: *meum esse ex iure quiritorium* era o instituție a lui *ius civile*, pe când posesiunea era o instituție ocrotită de reglementarea pretorului, care se numea *factum*. Din cauza aceasta, proprietatea quiritară era o instituție a lui *ius* (un fel de a exprima juridicitatea instituției), iar posesiunea, un *factum*, adică, înțelegem noi, un alt termen pentru a exprima juridicitatea posesiunii. o instituție creată de pretor. Felul acesta de a desemna reglementarea pretorului (*factum*) a trecut și în manualele de drept roman modern, ca și în manualele de drept civil și stă la baza afirmației că posesiunea este un fapt.

De la o anumită epocă – posibil, din sec. I î.H., deci, destul de târziu, protecția posesorie a putut fi invocată și de proprietarii quiritari. Apărarea posesorie este mai simplă: se probează faptul stăpânirii lucrului (*corpus*) cu martori. Matei Cantacuzino pare a crede că posesiunea a apărut pentru a servi ca bastion pentru protecția proprietății. În realitate, posesiunea a apărut tocmai acolo unde însușirea lucrurilor din natură nu era sancționată de acțiunile petitorii (acțiunea în revendicare) și foarte târziu proprietarul a putut să se folosească și el de protecția posesorie.

Simpla stăpânire materială asupra unui lucru, *usus*, în afară de orice idee de drept, era cunoscută de juriști, cel puțin de la Legea celor XII table, când folosința unui imobil (*fundus*), după trecerea unui an sau doi, conducea la uzucapiune. În urma uzucapiunii, deținătorul devenea proprietar al terenului: *usus* și *auctoritas* asupra unui imobil era de doi ani; pentru celelalte lucruri, *usus* dura un an (*usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum annuus est usus*). *Usus* însemna deținerea terenului și era un fapt, adică o situație neprotejată de *ius*. În acest timp de un an (sau doi ani, de la legea celor XII table) uzuarul era apărat în stăpânirea lui de *auctor*, cel care a permis ocuparea imobilului sau cel care a remis stăpânirea de fapt.

Auctoritas era protecția pe care în acest interval de timp, un an sau doi, o datora *auctor*, cel care a permis ocuparea imobilului, celui căruia îi acordase stăpânirea în fapt.

Spre finele epocii clasice, cele două domenii de reglementare (*ius și factum*) apropiindu-se, juriștii au recunoscut că posesiunea ține și de domeniul lui *ius* și au vorbit incidental și de *ius possidendi*.

Posesiunea era un fapt juridic, un raport juridic, o instituție juridică, un drept, iar nu un simplu fapt. Posesiunea însemna stăpânirea efectivă, relativ continuă și permanentă a unui lucru corporal (*corpus*) în condițiile fixate de edictul pretorului și dezvoltate de jurisconsulți, aprehenziunea materială, intenția de a păstra lucrul, fără violență, fără clandestinitate, fără titlu precar (*corpus, animus, nec vi, nec clam, nec precario*), motiv pentru care este luată în considerare de regula de drept, mai întâi, cutumiară, mai apoi, de dispozițiile din albumul pretorului, de interdictele posesorii. Posesiunea produce efecte de drept. Posesiunea este un drept: posesorul are facultatea de a recurge în justiție la protecția interdicțională.

Posesiunea presupune reunirea a două elemente, fără de care dreptul nu-i conferă efecte: *corpus* și *animus*. Posesiunea unui pământ presupune, de exemplu, o serie de acte successive de apropiere și duce la protecție posesorie, eventual, chiar la dobândirea proprietății prin uzucapiune. Fiind o formă juridică de însușire, este firesc ca *alieni iuris*, persoanele în puterea lui *pater familias*, să nu poată poseda pentru ele, că lucrurile trebuie să fie corporale și susceptibile de apropiere individuală, *res in patrimonio*. Posesiunea, când a apărut, precum și în secolele care au urmat, a fost o formă de protecție a însușirii lucrurilor de către particulari, însușire care nu îmbrăca, pentru diferite motive, forma juridică a proprietății quiritare. Proprietatea quiritară era o instituție modelată pe măsura unui stat-cetate de modeste dimensiuni teritoriale și cu o mică populație. Erau proprietari quiritari numai cetățenii romani și peregrinii cu *ius commercii*. Proprietatea romană se aplica numai lucrurilor romane. În noile condiții, de după cel de al doilea război punic, instituția proprietății quiritare s-a dovedit insuficientă a proteja însușirea lucrurilor din lumea romană (*orbis romanus*, imperiul mediteranean) de către particulari, de către toți locuitorii imperiului și asupra tuturor lucrurilor susceptibile de însușire privată. Dacă admitem că termenul de posesiune a luat naștere în legătură cu *ager publicus*, putem să vedem că posesiunea a fost o formă de protecție a însușirii pământurilor de către particulari, într-un caz în care nu se putea vorbi de proprietate quiritară. *Ager publicus* nu era susceptibil de proprietate privată. Ceea ce manualele de drept roman numesc proprietate pretoriană, peregrină și provincială erau în concepția jurisconsulților romani posesiuni protejate în anumite condiții de edictul

pretorilor. Proprietatea quiritară ajunsese la un moment dat să nu acopere un mare număr de situații. Posesiunea de bună credință era de asemenea o situație frecvent întâlnită în lumea romană. Multe moduri de dobândire ale proprietății se bazau pe luarea în posesiune: ocupațiunea, tradițiunea, uzucapiunea, *praescriptio longi temporis*, *praescriptio longissimi temporis*. Posesiunea prezenta interes în situațiile în care stăpânirea lucrurilor nu întrunea condițiile cerute pentru a se numi proprietate quiritară.

Posesiunea prezenta importanță în procesul de revendicare: posesorul avea situația de pârât. Pârâtul n-avea altceva de făcut decât să aștepte ca reclamantul să dovedească dreptul său și, în primul rând, că este proprietar. Abia după ce reclamantul dovedea că este proprietar quiritar, posesorul trebuia să facă probele necesare în apărare. Uneori, posesorul putea respinge acțiunea în revendicare printr-o excepție de dol, de lucru vândut și transferat prin tradiție (*rei venditae et traditae*), de lucru donat și trecut prin tradiție (*rei donatae et traditae*), o excepție de usufruct sau o altă excepție bazată pe un drept real sau personal. În unele cazuri, dintre doi posesori în proces, dreptul prefera pe cel care, în momentul procesului, se găsea în stăpânirea efectivă a lucrului pretins (*in paria causa, melior est causa possidentis*). Această normă a trecut și în Codul nostru civil, în art. 972.

Pe de altă parte, societatea antică nu prezenta un grad atât de mare de organizare ca societățile care au urmat. Situațiile de fapt care constau în stăpânirea materială sau efectivă a unui lucru fără titlu de proprietar quiritar erau destul de frecvente. În aceste condiții, era firesc să vedem că posesiunea se întâlnea adesea. Cazul în care un stăpân nu putea invoca un titlu juridic în sprijinul său era destul de frecvent. În asemenea situații, singurul temei pe care se baza deținătorul, pârâtul era stăpânirea de fapt în anumite condiții și un anumit timp, adică posesiunea în condițiile puse de edictul pretorului, în cazurile în care nu se putea vorbi de uzucapiune, cum era cazul cu ogorul public al poporului roman. Din cauza condițiilor proprii antichității clasice, nici reclamantul nu putea invoca de multe ori drepturi care să poată fi probate. Atunci, lupta se dădea între doi posesori, dintre care, eventual, unul se găsea în stăpânirea efectivă a lucrului și putea să invoce maxima: în situații egale, mai bună este situația posesorului¹⁹. Posesiunea a apărut pentru că *ius* nu mai putea evolua în pas cu problemele ridicate de expansiunea romană în spațiul mediteranean.

Posesiunea este un raport juridic între posesor și ceilalți membri ai societății: titularul dreptului de posesiune îl poate opune *erga omnes*, față de toată lumea.

¹⁹ A se vedea și Marcel Planiol și Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, Paris, 1926, p. 154.

Pentru a-și apăra posesiunea, titularul dreptului are interdictele posesorii, apoi, ceva mai târziu, la epoca clasică, unii posesori au acțiunea publiciană sau acțiunea publiciană a posesorului de bună credință sau alte acțiuni reale, după caz, iar, în legislația lui Iustinian, interdictele au fost înlocuite cu acțiunile posesorii. Posesiunea este o instituție juridică: un ansamblu de reguli având același obiect juridic. Posesiunea protejează o altă situație juridică decât proprietatea. Posesorul are un drept real deosebit și independent de proprietate. În unele cazuri, posesorul poate opune dreptul său chiar și proprietarului. Dreptul posesorului este sancționat de pretor prin interdicte posesorii. Uneori, și dacă se găsește în situația de a invoca posesiunea (are *corpus* și *animus*), protecția posesorie se acorda și proprietarului.

Elementul „fapt” nu era exagerat nici în dreptul roman. Am examinat o serie de cazuri importante la tradițiune, în care posesiunea se îndepărtează de cerința unei stricte legături materiale între subiect și lucrul posedat (*tradition oculis et affectu, tradition longa manu, tradition brevi manu, constitutum posesor*).

Posesorul, în afară că este protejat în stăpânirea sa, mai are dreptul la fructe, venituri, cheltuieli și despăgubiri pentru îmbunătățirile aduse fondului stăpânit cu bună credință.

În concluzie, posesiunea este un drept real, altul decât dreptul de proprietate. Acolo unde nu sunt îndeplinite condițiile ca să existe dreptul de proprietate, însușirea lucrurilor din natură îmbracă forma posesiunii. Ceea ce este fapt în această chestiune este *corpus*, unul din elementele posesiunii, alături de *animus*. Uneori, titularul posesiunii este posesor, deși nu are *corpus*, pentru că altul are deținerea materială a lucrului, cum ar fi chiriașul, arendașul, comodatorul, depozitarul: aceste *personae* dețin pentru posesor (*possessors pro alio*).

Modul de a prezenta posesiunea ca un fapt a trecut din dreptul roman din evul mediu în romanistica actuală, iar substanța dreptului roman a trecut în codurile civile europene și în dreptul civil modern. Din motivele pe care le-am indicat, posesiunea este indicată în mod neîntemeiat, ca un *res facti*, spre deosebire de proprietate, care este un drept, adică o instituție care aparține lui *ius*.

Réflexions sur la possession en droit romain et en droit moderne

-Résumé-

Les manuels de droit romain de chez nous et à leur suite la littérature de droit civil nous enseignent que la possession est un pur fait ou un pur état de fait. La même situation dans les manuels français de droit romain et dans les grands

manuels français de droit civil. Ces assertions sont faites contre toutes les données qui résultant de l'examen des textes du droit romain depuis le premier siècle av. J.-Chr. jusqu'à Justinien. Mon regreté maître, Valentin Al. Georgescu, a montré depuis 1942 et dans une série d'articles très importantes immédiatement après la seconde guerre mondiale, l'erreur en montrant que la possession n'était pas un fait en droit romain, mais une institution juridique réglée par l'édit du préteur peregrin, du préteur urbain et, éventuellement, par l'édit du gouverneur de province. La réglementation prétorienne était appelée couramment *factum*, mais les juriconsultes étaient conscient qu'elle était une réglementation juridique; elle avait tous les caractères de la juridicité: une règle de droit, un juge et une sanction. Elle s'appellait *factum* tout simplement parce qu'elle était une autre réglementation que le *ius*. Depuis des siècles le *ius* ne pouvait tenir le pas avec l'évolution économique et sociale dans un empire méditerranéen. Le *factum* était une réglementation juridique, seulement une autre réglementation complémentaire au *ius*. L'édit du préteur urbain et peregrin suppléait, complétait et s'il en était besoin corrigeait (*adiuvandi, supplendi et corrigenda iuris civilis gratia*) le droit civil ou quiritaire. Valentin Al. Georgescu a essayé depuis 1942 et puis après la deuxième guerre mondiale de dissiper le malentendu sur la possession, une institution du *factum*, qui était la réglementation juridique émanant du magistrat, comme un état de fait, mais dans les circonstances et l'isolement dans lequel il était dans les années qui ont suivi la guerre ses opinions n'ont pas eu le retentissement nécessaire et bénéfique dans la littérature scientifique tant chez nous, qu'à l'étranger. La littérature est restée à l'assertion que la possession est un pur fait, ce qui n'était pas vrai même en droit romain avant l'époque classique comme nous l'avons montré en suivant les idées de Valentin Al. Georgescu.

DREPTUL DE RECURS AL ORICĂREI PERSOANE VĂTĂMATE PRINTR-UN ACT SAU O MĂSURĂ A INSTANȚEI DE JUDECATĂ PENALĂ

GRIGORE GR. THEODORU

1. Sub Codul de procedură penală anterior, în cazul infracțiunilor de luare de mită, trafic de influență, primire de foloase necuvenite, era posibilă chemarea în proces a persoanelor în posesia cărora se afla folosul necuvenit, pentru a fi obligate să-l predea statului, în cadrul luării măsurii de siguranță a confiscării speciale. Aceste persoane, eventual lezate prin hotărârea instanței de judecată, nefiind părți în procesul penal, nu aveau drept de recurs împotriva unei hotărâri prin care s-au luat contra lor măsuri procesuale de către instanța de judecată. În aceeași situație se aflau și persoanele ale căror bunuri fuseseră sechestrate din greșeală, neavând o cale de atac împotriva hotărârii instanței penale prin care li se nesocoteau drepturile, fiind vătămata în interesele lor legitime. Acest mod de reglementare a titularilor dreptului de recurs era comun celor mai multe coduri de procedură penală moderne, care acordau dreptul de recurs numai procurorului și părților din proces.

Această lacună a reglementării anterioare, relevată de practica judiciară, a fost înlăturată de Codul de procedură penală român din 1968 care, prin art. 362 lit. „e”, a extins cazurile în care se justifica atacarea cu recurs a unei măsuri sau a unui act al instanței de judecată și la alte persoane, pe lângă procuror și părțile din proces. Referitoare inițial numai la recurs, după instituirea în 1993 a apelului, extinderea dreptului de a exercita o cale de atac ordinară s-a referit și la apel.

Din conținutul art. 362, combinat cu art. 385²C. pr. pen., rezultă că titularii ai dreptului de recurs sunt procurorul și părțile din proces, cu privire la soluțiile date în cele două laturi ale procesului penal, în legătură numai cu latura penală sau numai cu latura civilă: pot declara apel și recurs însă și martorii, experții, interpreții, apărătorii, cu privire la cheltuielile judiciare convenite acestora, precum și orice persoană ale cărei interese legitime au fost vătămata printr-o măsură sau printr-un act al instanței. Cuprinse inițial în același text, sub lit. „e” a art. 362 C. pr. pen., după modificarea intervenită prin Legea nr. 45/1993 s-a reglementat separat dreptul de apel și de recurs acordat celor două categorii de persoane, la litera „e” fiind incluși martorii, experții, interpreții și apărătorii, iar la litera „f” se face referire la „orice persoană ale cărei interese legitime au fost vătămata printr-o măsură sau un act al instanței”.

Această ultimă categorie de titulari ai dreptului de apel și de recurs, în raport de celelalte categorii prevăzute de lege, trebuie să îndeplinească mai multe condiții, rezultate din textul art. 362 lit. „f” C. pr. pen.

În primul rând acest drept poate reveni unei persoane care nu este parte în proces, căci partea este titular al dreptului de recurs în calitatea pe care a avut-o la judecata în primă instanță sau în apel de inculpat, parte vătămată, partea civilă și parte responsabilă civilmente, prin recurs devoluând, după caz, verificarea hotărârii atacate în latura penală și în latura civilă sau numai în una din aceste laturi. Se poate face o rezervă în ce privește îndeplinirea acestei condiții, în sensul că nu se exclud persoanele care erau abilitate de a deveni părți în proces, dar intervenția lor a fost respinsă, precum și cele care au avut calitatea de parte în proces dar au pierdut-o ori nu atacă hotărârea în soluțiile care privesc latura penală sau latura civilă. În art. 362 lit. „f” C. pr. pen., se utilizează o formulă generală – persoană ale cărei interese legitime au fost vătămăte printr-o măsură sau printr-un act al instanței, incluzând atât o persoană fizică cât și una juridică, urmând ca în practică să se producă cazuistica privind aceste persoane: cu toate acestea, în unele cazuri aceste persoane sunt nominalizate de lege, care prevede situații concrete de persoane care pot declara apel sau recurs; ne referim la învinuiți și condamnați care, deși nu sunt părți în proces, au câpătat în mod expres dreptul de apel și de recurs în anumite situații indicate de lege.

În al doilea rând, întrucât numai procurorul și părțile pot ataca soluțiile de fond ale cauzei, persoana la care se referă art. 362 lit. „f” comb. cu art. 385² C. pr. pen., prin apelul sau recursul său, nu poate ataca soluțiile instanței penale de condamnare, achitare și încetare a procesului penal în dispozițiile esențiale privind latura penală și latura civilă, ci doar acele măsuri și acte ale instanței cu privire la chestiuni adiacente fondului: măsuri procesuale-preventive, de siguranță luate în mod provizoriu, asigurătorii, cheltuieli judiciare, amenzi judiciare. Și în privința acestei condiții se poate face o rezervă, deoarece o dispoziție a hotărârii atacabile se poate referi și la o chestiune de fond – pedeapsa aplicată, măsura de siguranță dispusă – a cărei schimbare sau modificare se impune în urma intervenirii unei împrejurări ce produce un astfel de efect.

O a treia condiție de operare a apelului și recursului în cazul examinat constă în existența unei vătămări a intereselor legitime ale unei persoane, de natură directă și personală, dar care nu se referă la soluția de fond a cauzei privind părțile din proces: vătămarea trebuie să afecteze un interes cu consecințe juridice asupra acestuia, interes care este proteguit de lege și pentru care s-a instituit dreptul de apel și de recurs pentru persoana vătămată.

Persoanele la care se referă art. 362 lit. „f” C. pr. pen. pot face apel împotriva hotărârii primei instanțe, dar și recurs împotriva sentinței penale nesususe apelului cât și deciziilor instanței de apel. Întrucât cele mai multe hotărâri penale date în chestiuni adiacente nu sunt supuse apelului, ci unui recurs separate, judecat imediat sau, în unele cazuri, după soluționarea cauzei (art. 363 alin. ultim C. pr. pen.), dreptul de recurs fiind astfel mai extins în ce privește hotărârile atacabile, examinarea reglementării se restrânge la dreptul de recurs, deși regulile generale sunt aplicabile și dreptului de apel al acestor persoane.

Practica judiciară¹, reflectată și în lucrările de specialitate², a recunoscut dreptul de recurs unor persoane care nu erau părți în procesul penal, dar care fuseseră vătămate în interesele lor legitime, cum ar fi: persoanele cărora li s-au aplicat sechestrul asigurător asupra unor bunuri personale într-un dosar în care nu fuseseră citate și nici nu erau chemate să răspundă din punct de vedere civil în legătură cu infracțiunea supusă judecătii³; persoanele care, deținând un bun confiscabil ca urmare a infracțiunii săvârșite de inculpat, au fost obligate să-l predea, ca măsură de siguranță a confiscării speciale⁴; partea vătămată care a susținut învinuirea într-o cauză privitoare la o infracțiune pentru care urmărirea se începe din oficiu, dacă a făcut cheltuieli judiciare ca parte în proces, iar instanța i-a respins cererea de obligare a inculpatului la plata acestor cheltuieli, întrucât asupra fondului nu avea drept de recurs⁵; persoana vătămată prin infracțiune care a solicitat instanței să participe în proces ca parte civilă, dar a cărei cerere a fost respinsă de instanță în mod nejustificat⁶; unitatea căreia i s-a trimis, fără a fi întrebată, un condamnat cu executarea prin muncă a pedepsei închisorii⁷ sau căreia i s-a respins cererea de revocare a acestei măsuri⁸; persoană căreia, fără a fi întrebată, i s-au incredințat, în baza art. 103 C. pen., supravegherea

¹ Vezi G. Antoniu, N. Volonciu, *Practica judiciară penală*, vol. IV., Procedură penală, Ed. Academiei, București, 1993, p. 239-241.

² Vasile Papadopol, Corneliu Turianu, *Apelul penal*, Ed. Șansa, Buc., 1994, pp. 65-67; N. Volonciu, *Tratat de procedură penală*, Partea specială, Ed. Paideia, 1993, pp. 245-246; I. Neagu, *Drept procesual penal*, Ed. Academiei, 1988, pp. 535-536; Adrian Iulbure, Angela Maria Tatu, *Tratat de drept procesual penal*, Ed. Allbeck, 2001, pp. 403.

³ Vezi T.S., s.p., dec. nr. 972/1971, în R.R.D., nr. 4/1972, pp. 168.

⁴ Vezi T.S., s.p., dec. 83/1988, în R.R.D., nr. 9/1988, pag. 77. Vezi și plenul T.S., dec. îndr. Nr. 3/1973, pct. 3, în C.D., 1973, p. 24.

⁵ Vezi Colectiv, *Probleme de practică judiciară examinate în lumina noului Cod de procedură penală*, în R.R.D., nr. 2/1969, p. 121.

⁶ Vezi și V. Papadopol, Notă sub dec. nr. 241/1998 a Curții de Apel București, s. II-a pen., în *Culegere de practică judiciară*, 1998, p. 239.

⁷ Vezi V. Papadopol, Notă la Trib. Municip. Buc., s. I-a pen., dec. nr. 528/1992, în *Culegere de practică judiciară pe anul 1992*, p. 220.

⁸ Trib. Municip. Buc., s. II-a pen., dec. nr. 1238/1981, *Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală*, 1981-1985, p. 104.

unui infractor minor⁹: cel căruia i s-a încredințat în custodie animale sechestrate, ce ulterior au fost restituite inculpatului, fără a i se restitui cheltuielile cu întreținerea acestora¹⁰; persoana cărei i s-a aplicat o amendă judiciară de către instanță printr-o încheiere¹¹.

Nici literatura de specialitate și nici practica judiciară nu au inclus între aceste persoane pe învinuit și pe condamnat, deși recursul lor, prevăzut de unele dispoziții legale, nu se poate încadra decât în art. 362 lit. „f” comb. cu art. 385² C. pr. pen.

2. În ce privește *învinuitul*, definit în art. 229 C. pr. pen. ca persoana față de care se efectuează urmărirea penală, cât timp nu a fost pusă în mișcare acțiunea penală împotriva sa, poziția sa nu este de parte în proces, rezervată, prin art. 223 C. pr. pen., numai inculpatului, fiind doar un subiect al procesului penal. Ca urmare, învinuitul, care de regulă nu apare în calitate de învinuit în fața instanței de judecată, nu poate, de principiu, ataca o hotărâre a instanței penale cu recurs, deoarece o hotărâre cu privire la acțiunea penală nu se poate referi la învinuit ci doar la inculpat. Sunt totuși situații în care învinuitul se poate afla în această calitate în fața unei instanțe judecătorești care pronunță măsuri sau acte împotriva sa ca învinuit, în care caz trebuie să i se asigure și posibilitatea de a declanșa un control judiciar asupra acestei hotărâri, dacă se consideră nemulțumit de măsura sau actul instanței de judecată. Acest drept de a ataca o măsură sau un act al instanței de judecată nu-i poate reveni învinuitului în temeiul art. 362 lit. „b” cu raportare la art. 385² C. pr. pen., care se referă la inculpat, dar i se poate recunoaște în temeiul art. 362 lit. „f”, care se referă la orice persoană ale cărei interese legitime au fost vătămăte printr-o măsură sau act al instanței de judecată. În aceste cazuri învinuitul nu este parte în proces, astfel încât nu poate ataca soluția dată în latura penală sau în latura civilă a cauzei; poate fi, însă, atacată cu recurs o măsură sau un act al instanței de judecată, cuprinse într-o hotărâre penală ce poate fi atacată separat cu recurs. O astfel de măsură sau act al instanței trebuie să fie dat cu încălcarea legii de procedură penală sau a celei materiale, prin care s-a adus o vătămare intereselor sale legitime. Există interes legitim dacă interesul personal este ocrotit de lege: ca urmare, atacarea unei măsuri sau a unui act al instanței de judecată este justificată atunci când se pretinde că a fost încălcată legea care ocrotește acel interes.

⁹ V. Dongoroz și alții. *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român*, partea specială, p. 219.

¹⁰ Trib. Municip. Buc., s. I-a pen., dec. nr. 295/1990, Dr. nr. 3/1992, p. 74.

¹¹ T.S., s. mil., dec. nr. 54/1975, în R.R.D., nr. 8/1976, p. 63.

Dacă, de principiu, învinuitul se poate încadra între persoanele la care se referă art. 362 lit. „f” C. pr. pen., singura problemă ce trebuie rezolvată este determinarea cazurilor în care legea prevede posibilitatea ca un învinuit să constituie subiectul unei judecăți prin care s-a luat o măsură sau s-a emis un act față de el printr-o hotărâre judecătorească supusă recursului.

a) Când ne referim la o măsură luată de instanța de judecată față de un învinuit, se iau în considerare, în primul rând, măsurile preventive – reținerea, obligarea de a nu părăsi localitatea, arestarea preventivă –, dar pot fi luate și măsuri provizorii de siguranță sau asigurătorii; când o asemenea măsură a fost luată de procuror – în reglementarea actuală – și a fost contestată de învinuit prin plângere în fața instanței de judecată, aceasta pronunță o hotărâre penală care, dacă este recurabilă, poate fi atacată cu recurs și de către învinuit. Când o astfel de măsură este luată chiar de instanța de judecată, împotriva acestei măsuri învinuitul poate acționa prin recurarea hotărârii prin care a fost dispusă.

Astfel, în reglementarea actualmente în vigoare, împotriva ordonanței procurorului de arestare preventivă a învinuitului sau de obligare de a nu părăsi localitatea, acesta poate face plângere, în temeiul art. 140¹ C.pr.pen., la instanța căreia i-a revenit competența să judece cauza în primă instanță. Deși nu se precizează că dreptul la plângere aparține și învinuitului arestat, din prevederile alin. 2 și 5 ale acestui articol rezultă în mod cert recunoașterea acestui drept și învinuitului, deoarece se prevede că „învinuitul sau inculpatul arestat va fi adus în fața instanței”, care se va pronunța asupra plângerii „după ascultarea învinuitului sau inculpatului”. Întrucât arestarea învinuitului este de durată scurtă, perioadă de timp în care este greu de conceput și judecarea plângerii și a recursului împotriva încheierii prin care aceasta a fost soluționată, în practică poate fi mai des întâlnită situația la care ne referim în cazul luării măsurii de obligare de a nu părăsi localitatea, care durează în cursul urmăririi penale 30 de zile. Într-adevăr, învinuitul are interesul legitim de a ataca cu recurs încheierea prin care i s-a respins plângerea împotriva ordonanței de instituire a obligației de a nu părăsi localitatea, demers care se încadrează în cele 30 de zile cât durează măsura dacă nu este înlăturată. Recursul învinuitului nu privește fondul cauzei, el nefiind încă trimis în judecată, ci se referă la o măsură procesuală luată împotriva sa.

În condițiile adoptării propunerii legislative de modificare a Codului de procedură penală în sensul instituirii unei noi măsuri preventive – obligarea de a nu părăsi țara –, aplicabilă și învinuitului, acesta va putea ataca cu recurs încheierea instanței prin care i s-a respins plângerea împotriva acestei măsuri, a cărei durată va fi de 30 de zile, cu posibilitatea de a fi prelungită. Pentru arestarea învinuitului, în perspectiva modificării legislative de a fi dispusă numai

de instanța de judecată, evident că învinuitul va putea declara recurs în această calitate cu privire la măsura luată.

Acordându-i-se învinuitului, prin modificarea legislativă preconizată, dreptul de a obține liberarea provizorie, acesta va putea ataca cu recurs încheierea instanței prin care i s-a respins cererea făcută în acest sens, în baza aceluiași art. 362 lit. f comb. cu art. 385² C.pr.pen., fiind vătămat în interesele sale legitime, de a se afla în stare de libertate.

b) Măsura de siguranță provizorie a internării medicale (art. 162 C.pr.pen.) se poate lua de către procuror și de către instanța de judecată (în viitor numai de către instanța de judecată) și durează până la confirmarea ei de către instanță, pe baza avizului comisiei medicale. Luând cazul unui învinuit supus acestei măsuri provizorii de siguranță, cu scoterea de sub urmărire penală pentru lipsă de discernământ, cauza se trimite instanței de judecată pentru confirmarea internării medicale, pe baza avizului comisiei medicale competente: încheierea prin care s-a confirmat această măsură provizorie de siguranță poate fi atacată separat cu recurs. Și în acest caz, învinuitul supus unei măsuri luate de instanța de judecată poate ataca încheierea cu recurs, dacă o consideră ilegală, în calitatea sa de persoană ale cărei interese legitime au fost vătămate printr-o măsură luată printr-o hotărâre judecătorească supusă recursului.

c) Extinderea procesului penal împotriva unei persoane care nu fusese inițial trimisă în judecată conferă acesteia calitatea de învinuit; dacă procurorul nu pune în mișcare acțiunea penală și cere trimiterea cauzei la procuror, hotărârea instanței prin care se dispune această măsură cu arestarea preventivă a învinuitului sau cu obligarea de a nu părăsi localitatea poate fi atacată cu recurs. Deși în art. 332 comb. cu art. 336 și 337 C.pr.pen. se prevede că recursul nu se poate exercita decât de procuror și inculpatul arestat în cauză, în baza deciziei nr. 129/1996 a Curții Constituționale¹², care recunoaște dreptul de recurs și „persoanelor ale căror interese legitime au fost vătămate printr-o astfel de hotărâre”, învinuitul poate declara recurs încadrându-se în soluția dată de această Curte, căci măsurile luate de instanță, dacă sunt nelegale, îi vatămă interesele sale legitime. Modificarea preconizată a Codului de procedură penală transpune legislativ soluția adoptată de Curtea Constituțională.

d) În cazul săvârșirii unei infracțiuni de audiență (art. 299 C. pr.pen), președintele instanței identifică pe făptuitor și poate dispune arestarea preventivă a învinuitului, făcându-se mențiune în încheierea de ședință, după care acesta este trimis procurorului, împreună cu procesul-verbal și cu mandatul de arestare preventivă. Potrivit art. 141 C.pr.pen., încheierea dată în primă instanță prin care

¹² Publicată în M.Of., pt. I nr. 158 din 16 iulie 1997.

se dispune luarea măsurii preventive poate fi atacată separat cu recurs de procuror și inculpat; această dispoziție legală, aplicabilă, ca regulă, inculpatului, nu exclude situația când cel ce a săvârșit infracțiunea de audiență este o altă persoană decât inculpatul; privarea de libertate de către instanță a unei persoane care se află doar în calitate de învinuit, producându-i acestuia o vătămare a intereselor legitime, îi deschide calea de a ataca hotărârea instanței cu recurs, pentru a fi înlăturată măsura luată dacă nu corespunde legii.

e) Când se constată existența cazului din art. 10 lit. b¹ C.pr.pen. – fapta nu prezintă gradul de pericol social a unei infracțiuni – procurorul dispune scoaterea de sub urmărire a învinuitului prin ordonanță și aplică o sancțiune cu caracter administrativ (art. 249 C.pr.pen). Învinuitul poate face plângere care, în actuala reglementare, se revolvă de prim procurorul parchetului sau de procurorul ierarhic superior (art. 178 C.pr.pen.). Curtea Constituțională, prin decizia nr. 486/1997¹³, a statuat că împotriva ordonantei procurorului se poate face plângere la instanța de judecată, în temeiul art. 21 din Constituție, care prevede accesul liber la justiție; or, justiția se realizează numai de instanțele judecătorești. Deși Curtea Supremă de Justiție¹⁴ consideră o asemenea plângere inadmisibilă până ce o procedură în acest sens nu va fi reglementată prin lege, în proiectata modificare a Codului de procedură penală se instituie o astfel de procedură, astfel încât încheierea de respingere a plângerii învinuitului, atingându-i interesele legitime, va deveni susceptibilă de recurs¹⁵.

3. Beneficiază de calitatea de titular al dreptului la recurs, în baza textului legal examinat, și *condamnatul*, care ar exercita acest drept într-una din procedurile de executare, cum sunt: schimbări în executarea unor hotărâri (art. 447-452), amânarea și întreruperea executării pedepsei închisorii sau a detenției pe viață (art. 453-457), înlăturarea sau modificarea pedepsei (art. 458-459), contestația la executare (art. 461-462). După ce a fost condamnat definitiv, inculpatul își pierde calitatea de parte în proces, astfel încât nu mai poate declara recurs cu privire la latura penală și la latura civilă a hotărârii în calitate de inculpat. Atunci când hotărârea care privește executarea este supusă și recursului, condamnatul la care se referă acea hotărâre este îndreptățit să o atace cu apel și cu recurs sau numai cu recurs, în baza art. 460 alin. 5 C.pr.pen., care trimite la partea specială, titlul II C.pr.pen., ce cuprinde și dispoziții privind atacarea hotărârilor penale cu apel și recurs.

¹³ Publicată în M.Of., pt. I, nr. 105 din 6 martie 1998.

¹⁴ Vezi deciziile nr. 3277/1999, nr. 4243/2001 și nr. 1436/2002 ale secției penale, nepublicate.

¹⁵ Vezi și Grigore Gr. Theodoru, *Dreptul învinuitului de a exercita calea de atac a recursului penal*, în Buletinul științific nr. 10/2001 al Universității „M. Kogălniceanu” Iași, p. 70.

Spre deosebire de învinuit, care nu are decât drept de recurs împotriva încheierilor prin care se iau măsuri împotriva lui de instanța de judecată, condamnatul are, potrivit legii, atât drept de apel cât și de recurs, când hotărârea dată în procedura de executare este supusă apelului, iar numai drept de recurs dacă hotărârea de fond și în procedura de executare este supusă numai recursului. De exemplu, o sentință penală dată de Curtea de apel, în primă instanță, se pune în executare tot de Curtea de apel, cu pronunțarea unei sentințe supusă numai recursului.

În art. 460 C.pr.pen., care reglementează procedura în toate cazurile de contestare a executării unei hotărâri penale definitive, se face referire la citarea „părților” interesate, la ascultarea „părților”, ceea ce ar putea avea semnificația că și „condamnatul” care participă la judecată a redevenit „parte” în proces; în realitate, legea se referă la acele persoane care au un interes legitim în executarea corectă a unei hotărâri penale definitive de condamnare, denumindu-le „părți” doar în procedura de executare, nu în înțelesul că au redevenit părți în acțiunea penală și în acțiunea civilă.

Spre deosebire de învinuit, care poate recura numai hotărârea prin care s-a luat o măsură sau s-a emis un act împotriva sa, fără să se refere la fondul cauzei, în cazul condamnatului sunt situații în care urmează a se schimba sau modifica soluția dată în acțiunea penală sau civilă. Este cazul procedurilor de executare sub denumirea de revocarea sau anularea suspendării condiționate sub supraveghere a executării pedepsei și a executării pedepsei la locul de muncă (art. 447-447¹), aplicarea recidivei și a contopirii pedepselor (art. 449), înlocuirea pedepsei detențiunii pe viață sau a amenzilor (art. 448, 449¹) ori a pedepsei aplicate militarilor (art. 451), înlăturarea sau modificarea pedepsei (art. 458), în toate aceste cazuri recursul ar urma să se refere la pedeapsa aplicată condamnatului, care face parte din soluția asupra fondului. Unele din aceste proceduri de executare a unor hotărâri penale definitive sunt în realitate mijloace extraordinare de schimbare sau modificare a pedepsei pronunțate printr-o hotărâre penală definitivă, prin care se atacă nu atât modul în care se execută hotărârea ci însăși ceea ce urmează a se executa, un element al fondului cauzei penale. Devoluția recursului condamnatului, ca și al procurorului, este însă limitată la obiectul procedurii de executare și se referă numai la pedeapsa aplicată prin hotărârea rămasă definitivă, care poate fi schimbată sau modificată, fără a se pune în discuție existența faptei și vinovăția inculpatului. Este de subliniat că schimbarea sau modificarea pedepsei survine în urma producerii unei împrejurări după data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare, care face operantă, în raport de această împrejurare, o dispoziție a legii penale de schimbare sau modificare a pedepsei. Față de această reglementare, care repune

în discuție cuantumul sau modul de executare a unei pedepse definitive, s-ar putea justifica denumirea de „părți” pe care o folosește legea cu referire și la condamnat.

În cazul amânării și întreruperii executării pedepsei închisorii și a detențiunii pe viață, a eliberării condiționate, a contestației la executare, finalizarea procedurilor de executare este restrânsă la chestiuni de executare. Astfel, în practica judiciară s-a considerat inadmisibilă contestația la executare făcută de un condamnat pentru aplicarea unui act de amnistie intervenit înainte de rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, deoarece s-ar pune în discuție fondul cauzei, anume neaplicarea de către instanță a unei cauze de înlăturare a răspunderii penale, ceea ce ar implica schimbarea soluției de fond din condamnare în încetarea procesului penal¹⁶. Recursul condamnatului devine însă admisibil în cazul în care a cerut și i s-a respins în mod greșit contestația la executare prin care solicita aplicarea unui act de amnistie intervenit după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, deoarece se referă la un incident ivit în cursul executării; prin neaplicarea actului de clemență ivit în cursul executării pedepsei i s-a cauzat condamnatului o vătămare a intereselor sale legitime, ceea ce-i conferă dreptul de a exercita recursul împotriva hotărârii pe care o consideră nelegală.

4. În categoria acestor titulari ai dreptului de recurs nu intră persoanele care ar fi lezate în sentimentele lor de familie sau în interesele lor materiale printr-un act al instanței, dacă vătămarea nu este directă și personală, ci numai indirectă, prin atingerea intereselor unei persoane apropiate. Nu pot fi astfel considerate vătămăte direct și personal în interesele lor legitime rudele apropiate ale celui condamnat sau ale părții vătămăte, deși suferă moral și material ca urmare a soluției pronunțate de instanța de judecată în latura penală sau în latura civilă: nu poate declara recurs un martor sau un expert împotriva hotărârii penale prin care, în aprecierea probelor, nu au fost considerate sincere declarațiile martorului sau concluziile expertului, instanța apreciind probele după convingerea pe care și-a format-o, ce poate fi supusă controlului numai în calea de atac a procurorului și a părților din proces. În practica judiciară s-a considerat inadmisibil recursul declarat de autoritatea tutelară în cauza privind pe un minor, deoarece acesta nu a putut justifica un interes legitim personal în legătură cu soluția dată față de minor¹⁷. A fost declarat, de asemenea, inadmisibil, neexistând un interes legitim,

¹⁶ Vezi plenul T.S., dec.îndr.nr. 15/1960, în C.D., 1960, p. 56; C.S.J. s.p., dec.nr. 4607/1999, Dr.nr. 3/2001, p. 166 și dec.nr. 2179/1993, Bul. Jurisp., 1993, p. 211.

¹⁷ Vezi T.S., s.p., dec.nr. 2801/1973, C.D., 1973, p. 523; a fost considerat însă admisibil recursul declarat de Centrul de reeducare a unor minori împotriva soluției prin care s-a respins cererea de prelungire a internării unui minor peste vârsta de 18 ani, Centrul fiind inițiatorul

recursul declarat de persoana care a reclamat un martor ca mincinos, împotriva hotărârii prin care martorul fusese achitat, deoarece condamnarea unei persoane pentru a obține un temei de revizuire nu poate constitui un interes personal și direct¹⁸. Aceeași soluție în cazul recursului introdus de soția victimei în legătură cu considerentele dintr-o sentință penală, care cuprindea unele afirmații cu privire la comportarea sa, fără a li se da însă eficiență juridică, recursul fiind îndreptat împotriva considerentelor și nu a dispozitivului sentinței¹⁹.

Spre deosebire de părți, pentru care interesul de a ataca o hotărâre rezultă din această calitate, orice altă persoană care se consideră vătămată într-un interes legitim printr-o măsură sau un act al instanței este obligată să dovedească sau să demonstreze existența vătămării ce i s-a cauzat.

5. Exercițarea, judecarea și soluționarea recursului declarat de o persoană a cărei interese legitime au fost vătămăte printr-o hotărâre judecătorească urmează regulile obișnuite ale recursului, cu unele particularități.

O primă particularitate o constituie termenul de exercitare a recursului; deși termenul general este de 10 zile, totuși legea prevede și termene speciale: de 3 zile în cazul măsurilor preventive, a hotărârii de liberare condiționată, iar, în proiectata modificare a legislației, de 24 ore în cazul luării, înlocuirii, revocării și menținerii, precum și a încetării de drept a măsurilor preventive. În ce privește curgerea termenului general de 10 zile, există particularitatea că aceasta poate avea în fapt o durată nedeterminată în unele cazuri, când măsura a fost luată prin încheiere separată, deoarece începe să curgă de îndată după pronunțarea încheierii prin care s-a luat măsura și se sfârșește la 10 zile de la pronunțarea sentinței prin care s-a soluționat cauza, dacă legea nu prevede altfel. Or, termenul de 10 zile începe să curgă de la data pronunțării încheierii prin care s-a luat măsura dar se poate prelungi cu o durată nedeterminată cât durează judecata în fond a cauzei, deoarece se sfârșește la 10 zile de la pronunțarea sentinței asupra fondului cauzei²⁰. Când legea se referă la un alt moment al curgerii termenului și la o altă durată de timp, se aplică aceste dispoziții speciale; astfel, pentru învinuit, în legătură cu măsurile preventive, termenul este de 3 zile (în

procedurii de prelungire a duratei internării (Trib. Municip. București, sec. a II-a pen., dec.nr. 481/1976, în R.R.D., nr. 5/1977, p. 71; în sens contrar, V. Papadopol și C. Turianu, *op.cit.*, p. 66).

¹⁸ T. jud. Alba, Dr.nr. 667/1975, în R.R.D. nr. 7/1976, p. 61; în sens contrar, T. Botoșani, dec.nr. 69/1995, citată de V. Timofte, în dec.nr.8/1996, p. 119.

¹⁹ T. jud. Maramureș, dec.pen.nr. 39/1989, R.R.D., nr. 6/1989, p. 77.

²⁰ Deși în art.362 alin.4 C.pr.pen. se face referire la încheierea prin care s-a dispus asupra cheltuielilor judiciare, ceea ce ar face trimitere la martori, experți, interpreți, apărători, nu este nici o rațiune de a nu se aplica același regim și recursului declarat de persoanele vătămăte printr-un act sau o măsură a instanței de judecată.

viitor de 24 de ore) și începe să curgă de la pronunțare pentru învinuitul prezent și de la comunicare pentru cel lipsă.

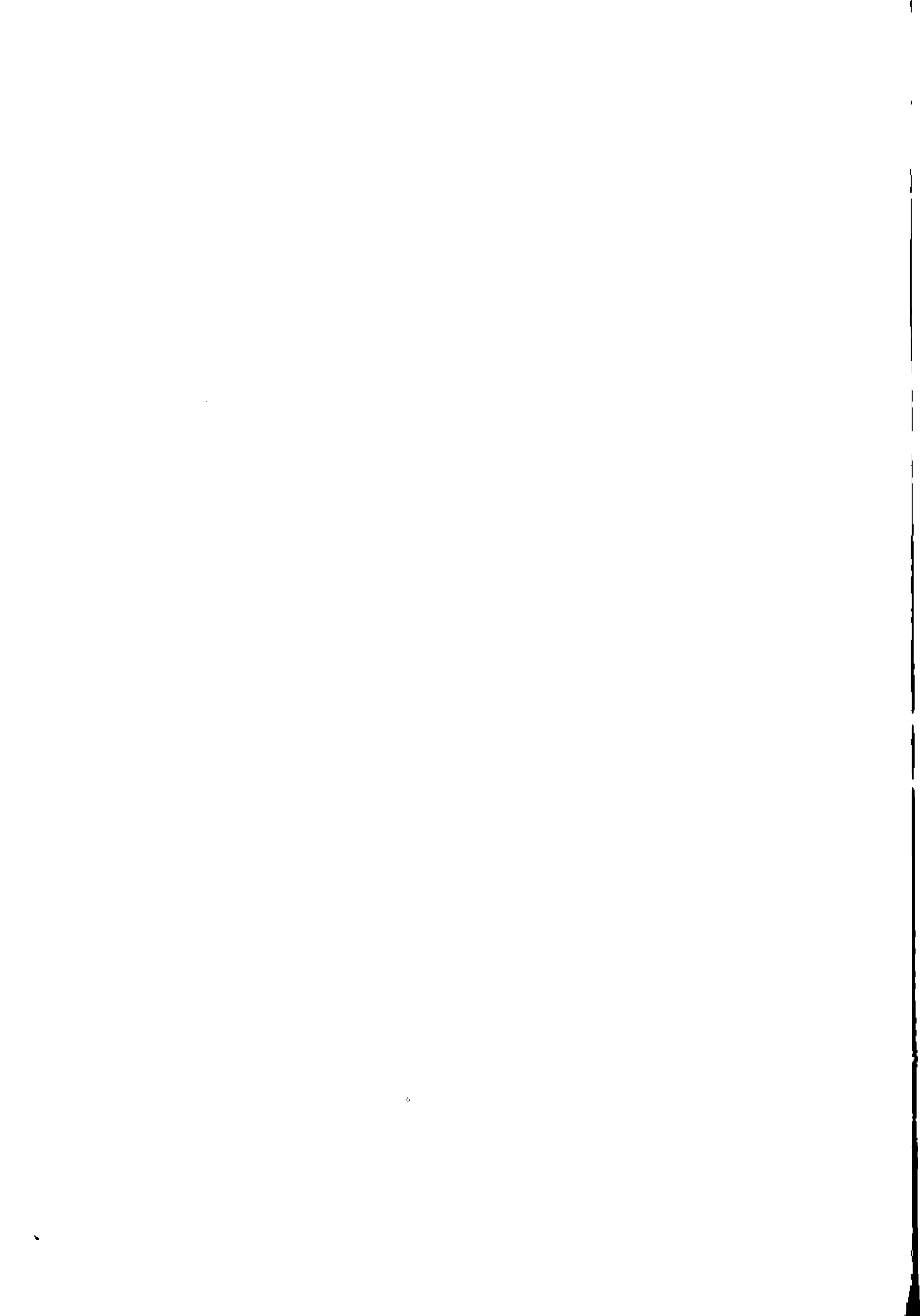
O a doua particularitate se referă la cazurile de casare care pot fi invocate. În cele mai multe cazuri, se atacă o măsură luată de prima instanță, supusă unui recurs separat, ceea ce permite instanței de recurs să examineze cauza sub toate aspectele (art. 385⁶ C.pr.pen.); dacă recursul este a doua cale de atac ordinară, se pot invoca doar cazurile de casare prevăzute în art. 385⁹ C.pr.pen., care sunt compatibile cu verificarea măsurii luate, fiind excluse cazurile de casare care se referă la soluția dată în acțiunea penală și în cea civilă.

Unele soluții pe care le poate lua instanța de recurs nu-și găsesc aplicarea în cazul recursului declarat de persoane care au fost vătămate în interesele lor legitime de o măsură a instanței de judecată. Astfel, întrucât prin recurs nu se poate ataca fondul cauzei, se justifică o casare numai cu privire la legalitatea măsurii sau actului la care se referă hotărârea atacată, în natura sa, în condițiile prevăzute de lege, în durata sa, ceea ce implică o înlăturare a măsurii sau o modificare a ei. Ca urmare, devin inoperante soluțiile care implică schimbarea soluției de condamnare în achitare sau încetarea procesului penal, ori invers.

Le droit de recours en cassation des personnes lésées par un acte ou une mesure de la juridiction pénale du jugement

-- Résumé --

Conformément au Code roumain de procédure pénale, le droit de recours en cassation appartient au procureur et aux parties du procès, mais, en même temps, aux personnes lésées dans leurs intérêts légitimes par un acte ou une mesure d'une juridiction pénale de jugement. L'examen de cette disposition légale permet à l'auteur de préciser les personnes lésées qui peuvent exercer le droit de recours en cassation, spécialement les cas et les conditions de l'exercice de la voie de recours par le prévenu et les condamnés, personnes qui n'ont pas la qualité de l'inculpé, de partie du procès et principal titulaire du droit de recours en cassation en ce qui concerne le fond du procès, c'est à dire la solution sur la condamnation pénale et de celle civile.



ASPECTE DE DREPT INTERNAȚIONAL PUBLIC PRIVIND EPURAREA ETNICĂ

MARIUS BALAN

1. Considerații introductive

Apărut în secolul XX, fenomenul deplasărilor sau transferurilor masive de populație în scopul omogenizării etnice a teritoriului locuit de cei expulzați, încalcă în mod flagrant exigențele cele mai elementare ale unei minim respect față de drepturile omului, și aceasta tocmai într-o epocă în care protecția drepturilor și libertăților fundamentale s-a impus ca principiu fundamental al dreptului internațional public. Explicația acestei situații paradoxale poate fi decelată din examinarea evoluției relațiilor și a reglementărilor internaționale incidente problemei respective.

Schimbările teritoriale au însoțit în permanență evoluția raporturilor dintre state. Cât timp populația unui anumit teritoriu avea un rol pasiv în acest proces iar voința indivizilor ce o compuneau era irelevantă, cesiunea teritorială afecta prea puțin viața locuitorilor unei provincii. Schimbarea apartenenței politice implica o integrare – politică, administrativă și economică – a grupului anexat în cadrul formațiunii politice cuceritoare. Identitatea etnică, religioasă, lingvistică ori culturală a unei comunități minoritare nu era, în principiu, amenințată, cel puțin pe termen scurt. În decursul câtorva decenii, gruparea minoritară putea fi asimilată: procesul acesta era însă treptat, se desfășura lent și nu era perceput ca o agresare a identității de grup.

Problematika deplasărilor și expulzărilor masive de populație devine actuală odată cu afirmarea principiului naționalităților¹: vocația unui grup de persoane.

¹ În privința evoluției principiului naționalităților, ca formă externă a principiului autodeterminării naționale, a se vedea: **Rabl, Kurt**, *Das Selbstbestimmungsrecht der Völker*, 2. Auflage, Böhlau Verlag, Köln, Wien, 1973, în special pp. 1-54; **Thürer, Daniel**, *Das Selbstbestimmungsrecht der Völker: mit einem Exkurs zur Jurafrage*, Bern: Stämpfli, 1976; **Redsiob, Robert**, *Histoire des grands principes de droit des gens depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre*, Paris, 1923; **Grewe, Wilhelm**, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos-Verlag, Baden-Baden, 1984, la pp. 487-489; 493-495 precum și la pp. 569-570; **Reibstein, Ernst**, *Völkerrecht. Eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis*, Verlag Karl Alber, Freiburg [im Breisgau]/München, II. Band, 1963, pp. 339-412. Pentru o expunere succintă a evoluției și a semnificației actuale a principiului autodeterminării, vezi: **Thürer Daniel**, Articolul "Self-Determination" (+ Addendum, 1998), în **Berhardt, Rudolf** (editor), *Encyclopedia*

locuind un anumit teritoriu, de a determina prin proprie voință destinul politic al comunității, iar în caz extrem chiar și secesiunea urmată de integrarea într-un alt stat sau de constituirea unui stat propriu face ca simpla prezență a unei populații diferite – sub aspect etnic, religios ori lingvistic – față de populația majoritară să constituie un potențial pericol față de stabilitatea statului. Autodeterminarea popoarelor mai are relevanță și sub un alt aspect: apartenența juridică a individului la un anumit stat (supușenie, naționalitate sau cetățenie). Aceasta se legitimează prin voința – explicită sau prezumată – a celor guvernați de a se integra în statul dobânditor al teritoriului pe care-l locuiesc. Lipsa unei asemenea voințe reprezintă – pentru statul respectiv – un temei suficient pentru neacceptarea integrării politice sau chiar pentru netolerarea prezenței celor ce-i refuzau fidelitatea.

În cele ce urmează ne vom ocupa de examinarea aspectelor de drept internațional public incidente problemei deplasărilor masive de populație. Ne impunem de la bun început anumite limite ale demersului nostru: cauzele social-politice sau istorice nu vor mai fi expuse aici; implicațiile juridice ținând de dreptul intern – în special de dreptul constituțional – vor fi tratate expeditiv; în sfârșit, cazurile concrete de deplasări masive de populație (schimburile, “voluntare” sau nu, efectuate între Grecia și Bulgaria ori între Grecia și Turcia, în preajma, dar mai ales după încheierea primului război mondial; expulzările masive ale populației germane din Polonia, Cehoslovacia, Ungaria și din teritoriile de la răsărit de linia Oder-Neisse ori epurările etnice din fosta Iugoslavie) vor fi invocate doar pentru ilustrarea instituțiilor juridice examinate, fără a ne propune o tratare exhaustivă a fiecărui complex de evenimente în parte.

Ne propunem să evidențiem conexiunile și interdependențele existente între afirmarea principiului autodeterminării naționale și fenomenul modern al deplasărilor masive de populație, subliniind în acest context rolul antinomic al instituției opțiunii internaționale. Vom schița apoi evoluția normelor internaționale convenționale prin care s-a încercat reglementarea – sau mai exact, “limitarea și umanizarea”, dar de multe ori și legitimarea *post factum* – a cazurilor concrete de deplasări masive de populație. Reglementările internaționale generale, cu caracter universal sau regional, care interzic expulzarea sau extrădarea grupurilor masive de populație (sau chiar a indivizilor) vor fi apoi enunțate și comentate succint. Studiul nostru se va concentra asupra problemei inexistenței unei reglementări internaționale speciale, care să trateze în mod direct și exhaustiv, problema dislocărilor masive de populație, prevăzând totodată remedii în acest sens precum și modalitățile procedurale de acordare a acestora.

2. Principiul autodeterminării

Originea intelectuală a principiului autodeterminării se regăsește în doctrinele ius-naturaliste. Dreptul natural a fost dintotdeauna invocat împotriva unei ordini juridice stabilite și efective, percepută ca opresivă. Declarația americană de independență (04. 07. 1776) proclamă că guvernele își derivă "their just powers from the consent of the governed". Revoluția franceză va lega acest principiu de ideea suveranității populare care, în stadiul inițial, postula renunțarea la războaiele de cucerire și admitea anexiunile teritoriale numai în baza unor plebiscite. În secolul XIX, în care de altfel a fost frecvent utilizată sintagma "principiul naționalităților", principiul autodeterminării va dobândi o coloratură etnică; liniile de demarcație "națională" vor fi considerate de Pasquale Stanislao Mancini² ca frontiere firești, naturale, create de Dumnezeu. Johann Caspar Bluntschli va da o expresie sintetică acestei aspirații prin formula: "Jedem Staate eine Nation, jeder Nation ein Staat"³. După cum știm, sfârșitul primului război mondial aduce cu sine triumful principiilor wilsoniene și redesenarea hărții Europei pe baza liniilor de demarcație etnică: acestea au fost stabilite, în unele cazuri, prin plebiscite, organizate și controlate de „Principalele Puteri Aliate și Asociate”. Principiul va fi reiterat în Carta Atlanticului⁴, în Declarația de la Washington a Națiunilor Unite (01. 01. 1942) și în Carta O.N.U. (art. 1, alin. 2.). Principiul nu va fi menționat în "Declarația Universală a Drepturilor Omului" (10 decembrie 1948), însă va figura în primul articol, atât în "Pactul Internațional privind Drepturile Civile și Politice", cât și în "Pactul Internațional privind Drepturile Social-Economice și Culturale"⁵. În practica subsecventă a O.N.U. și a statelor membre, principiul a fost considerat aplicabil în următoarele situații:

a) în cazul populației unui stat existent: aceasta își poate alege în mod liber propriul sistem politic și poate stabili în mod liber dezvoltarea sa economică, socială și culturală;

b) în cazul în care existența ori întinderea suveranității teritoriale este incertă:

² Mancini, Pasquale Stanislao. Prelegerea inaugurală a cursului de drept internațional, susținut în 1851. ("Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti"), în al său *Diritto internazionale*. Presso Giuseppe Marghieri. Napoli. 1873. reeditare anastatică la Topos Verlag. Vaduz. 1978. pp. 1-69

³ Bluntschli, Johann Caspar. *Allgemeine Staatslehre*. I. Teil: *Lehre vom modernen Staate*. Stuttgart. Kohlhammer. 1875. p. 107.

⁴ Punctul 2, al Cartei prevedea că nu vor mai avea loc schimbări teritoriale fără consimțământul popoarelor interesate, iar în punctul 3 se stabilea că toate popoarele au dreptul de a-și alege propria formă de guvernare. În legătură cu semnificația politică și cu relevanța juridică a Cartei, vezi: Hans-Jürgen Schlochauer. *Atlantic-Charter*, în *EPIL*, vol. I (1992), pp. 288-289.

⁵ Ambele pacte au fost adoptate de Adunarea Generală a O.N.U., la 16 decembrie 1966.

c) în cazul procesului de decolonizare.

Principiul autodeterminării nu implică în mod precis un drept la secesiune teritorială, în alte împrejurări decât în cele legate de fenomenul decolonizării. Astfel, “Declarația O.N.U. asupra principiilor dreptului internațional privind relațiile prietenești și cooperarea între state, conform Cartei Națiunilor Unite”⁶, consacrand principiul “egalității în drepturi a popoarelor și a dreptului lor de a decide de ele însele”⁷, formulează o rezervă în privința autodeterminării:

“[...]nici o dispoziție din paragrafele precedente nu va fi interpretată ca autorizând sau încurajând o acțiune, oricare ar fi ea, care ar dezmembra sau ar amenința, în total sau în parte, integritatea teritorială sau unitatea politică a oricărui stat suveran, care se conduce conform principiului egalității în drepturi și al dreptului popoarelor de a dispune de ele însele, enunțat mai sus și având un guvern care reprezintă ansamblul poporului aparținând teritoriului, fără distincție de rasă, credință sau culoare”.

Doctrina și practica statelor au rămas neunitare în privința a numeroase probleme concrete: intervenția militară în sprijinul insurecțiilor sau autodeterminarea națiunilor împărțite, trăind pe teritorii care aparțin mai multor state.

Disoluția Iugoslaviei și destrămarea U.R.S.S. au confruntat comunitatea internațională din nou cu problema autodeterminării. Soluțiile găsite prezintă următoarele caracteristici⁸

- procesul de disoluție a fost privit ca o rearanjare faptică a unor raporturi de putere, iar dreptului internațional îi revine doar rolul unei recunoașteri (înregistrări) formale a schimbării;
- acest rol al dreptului internațional public se manifestă prin instituția recunoașterii internaționale a statelor nou apărute;
- recunoașterea este condiționată de îndeplinirea unor standarde minimale pe planul respectării drepturilor omului, a statului de drept și a principiilor democrației;

⁶ Adoptată prin Rezoluția nr. 2625/XXV a Adunării Generale a O.N.U., la 24 octombrie 1970.

⁷ Alături de principiul abținerii de la recurgerea la forță ori la amenințarea cu forța, al soluționării pașnice a litigiilor internaționale, al îndatoririi statelor de a coopera conform Cartei, al egalității suverane a statelor, precum și al îndeplinirii cu bună credință a obligațiilor internaționale. A se vedea **Niciu, Marțian**, *Drept internațional public*, Editura Servo Sat, Arad, 1997, pp. 71-72; **Miga Beșteliu, Raluca**, *Drept internațional public*, Editura All, București, 1997, pp. 133-135 și 175; **Popescu, Dumitra, Năstase, Adrian, Coman, Florian**, *Drept internațional public*, Editura Șansa, București, 1994, pp. 87-89; **Diaconu, Ion**, *Drept internațional public*, Editura Șansa, București, 1995, pp. 298-299;

⁸ Enunțate de **Daniel Thürer** în *Addendum 1998* (la articolul *Self-Determination*), în *EPIL*, vol. IV (2000), la p. 371.

– noile frontiere au fost stabilite în baza principiului *uti possidetis*, conform căruia frontierele interne dintre statele federate, sau chiar liniile de demarcație administrativă, devin frontiere internaționale.

Din expunerea sumară a evoluției conținutului (imprecis) și a modalităților (variabile) de aplicare practică a principiului autodeterminării naționale se pot deduce câteva concluzii semnificative în privința problemei deplasărilor masive de populație, și anume:

– recunoașterea generală a principiului autodeterminării nu a impus niciodată (cu excepția Conferinței de Pace de la Paris) redesenarea hărții politice pe baza hărții etnice a unui continent;

– principiul respectiv reprezintă un temelie juridic solid pentru justificarea unei secesiuni încununată de succes, însă insuficient pentru a reclama o secesiune teritorială ori o schimbare de frontieră în cazul în care lipsește forța politică sau militară pentru realizarea acesteia.

Existența unui asemenea principiu, generos și rezonabil în formă, neclar și imprevizibil sub aspectul aplicării în practică reprezintă un element de disconfort pentru juriști: numeroase instituții juridice trebuie revizuite sau reinterpretate în baza unor standarde neunitare și lipsite de claritate. Una din consecințele neașteptate ale unei asemenea intruziuni ius-naturaliste în sfera dreptului pozitiv o constituie emergența problemei deplasărilor masive de populație.

3. Opțiunea internațională

Problema opțiunii individuale între acceptarea și neacceptarea subordonării față de o anumită autoritate apare odată cu epoca Reformei și a războaielor confesionale. Pacea religioasă de la Augsburg (25.09.1555)⁹ aduce cu sine principiul *cuius regio eius religio*, în baza căruia seniorul putea cere supușilor acceptarea confesiunii sale. Această prerogativă princiară (*ius reformandi*) a fost inițial utilizată de luterani pentru a face posibilă convertirea unor principii și impunerea de către aceștia a propriei confesiuni supușilor lor. Catolicii au respins inițial această concepție însă, odată cu Contrareforma, au utilizat *ius*

⁹ Textul acestui act se găsește în: **Buschmann, Arno.** *Kaiser und Reich: Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806 in Dokumenten.* 2. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, Bd. I, pp.215-283. În privința circumstanțelor încheierii precum și a implicațiilor Păcii religioase de la Augsburg, vezi: **Willoweit, Dietmar.** *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Teilung Deutschlands.* 2. durchgesehene Auflage, C. H. Beck, München, 1992, pp. 123-130.

reformandi în propriul interes. Supușilor având altă confesiune decât principele¹⁰ li se acorda posibilitatea de a emigra, împreună cu familiile lor, după vânzarea bunurilor ce le aparțineau (§ 24 al Păcii religioase de la Augsburg). Soluțiile găsite la Augsburg au fost confirmate în principiu prin Pacea de la Westfalia (24. 10. 1648)¹¹.

Aplicată inițial în centrul continentului, în circumstanțe ținând de interesul de a păstra viabilă o structură politică eterogenă, formal încă unitară (Sfântul Imperiu Roman), soluția opțiunii a făcut posibilă conviețuirea în cadrul aceleiași unități politice a unor comunități de confesiune diferită, într-o epocă în care puterea politică era legitimată spiritual și nu avea gradul de neutralitate religioasă necesar conducerii imparțiale unei societăți multiconfesionale și în care noțiunea de toleranță era încă departe de a dobândi semnificația ce-i este conferită în zilele noastre. Ulterior, pe măsură ce problema confesională își pierde relevanța, elementele etnice ori lingvistice – și, uneori, simpla voință a populației dintr-o regiune disputată – vor constitui, într-o măsură similară, factori de instabilitate politică. Pentru înlăturarea unor eventuale focare de instabilitate în raporturile interstatale, se profilează soluția opțiunii internaționale.

Opțiunea internațională¹² desemnează dreptul individual al unei persoane de a accepta sau respinge, în mod liber, schimbarea naționalității sau a supușeniei (=apartenenței), care decurge în urma trecerii sub o altă suveranitate a teritoriului în care această persoană își are domiciliul. Odată cu opțiunea era rezolvată problema politică a legitimării noii autorități statale, iar statul cedent putea realiza, în privința optanților, acea protecție la care îl obliga solidaritatea confesională sau etnică față de populația din provinciile cedate. Termenul de manifestare a opțiunii, dreptul optanților de a domicilia în continuare pe teritoriul cedat sau, respectiv, obligația de a părăsi acest teritoriu, modalitățile și termenele de lichidare a averii imobiliare și dreptul de a lua cu sine bunurile mobile erau reglementate prin tratate. Apărute, după cum am menționat, în secolul XVI, odată cu războaiele confesionale, clauzele privitoare la opțiune devin frecvente în secolele XVIII și XIX. Dispozițiile referitoare la opțiune dobândesc aproape statutul unei "clauze de stil" în tratatele de pace ale acestei epoci. La baza unor asemenea reglementări se afla ideea că, odată cu soluționarea problemei optanților, se elimina majoritatea surselor de tensiune.

¹⁰ Inițial beneficiau de dreptul de a emigra doar confesiunile catolică și reformată. Ulterior vor beneficia și alte confesiuni protestante.

¹¹ Willoweit, Dietmar. *op. cit.*, pp. 141-142.

¹² În privința evoluției instituției opțiunii internaționale, vezi Kunz, Josef L. *Die völkerrechtliche Option*. Breslau, Ferdinand Hirt, I. Band, 1925, pp. 33-57. Pentru o prezentare de ansamblu, vezi Meessen, Karl M. art. Option of Nationality în EPIL, vol. III (1995), pp. 784-788.

Spre deosebire de tratatele privind schimbul de populație, reglementările referitoare la opțiune reprezintă doar elemente auxiliare ale unui tratat de pace, care stabilește un nou aranjament politic și teritorial. Opțiunea constituie un drept individual, care decurge din faptul domiciliării într-un teritoriu cedat altei puteri, și este "neutră" din punct de vedere etnic. Efectele opțiunii privesc doar pe optant și – eventual – pe soția acestuia și pe copiii săi minori, fără a afecta rudele ori conlocuitorii, chiar și în cazul în care majoritatea covârșitoare a unei comunități opta în alt fel decât persoana vizată. În majoritatea cazurilor, numărul celor care optau pentru statul cedent – urmând, eventual, să-și părăsească domiciliul, datorită acestei opțiuni – era foarte redus.

Rolul opțiunii consta în a asigura stabilitatea ordinii instituite în urma aplicării unui tratat de pace cuprinzând clauze privitoare la modificări teritoriale. Locuitorii unei provincii cedate aveau posibilitatea de a-și manifesta loialitatea față de statul căruia îi aparținuseră până la încheierea păcii, atitudine care implica, ce-i drept, frecvent abandonarea provinciei respective. Celor rămași le devenea clar faptul că menținerea domiciliului, siguranța persoanelor și a bunurilor, ordinea și liniștea publică, precum și bunăstarea regiunii respective depindeau, de acum înainte, de atitudinea noilor autorități și – implicit – de loialitatea manifestată față de acestea. Chiar și în forma ei mai severă (abandonarea domiciliului de către optanți), opțiunea elimina potențialele surse de tensiune sau de conflict. Adversarii ireconciliabili ai noilor autorități părăseau regiunea iar statul cedent evita situațiile penibile în care persoane care i-au fost – și îi mai erau – loiale ar fi avut de suferit în urma unui tratat încheiat de acesta.

Prin rolul său stabilizator al *status-quo*-ului teritorial, instituția opțiunii internaționale a contribuit indirect la acreditarea ideii caracterului acceptabil al schimburilor masive de populație. Admiterea în principiu a soluției obligării de către state a unor indivizi să-și părăsească locuințele și să-și lichideze bunurile doar datorită împrejurării că domiciliază de partea necorespunzătoare a unei noi frontiere și că nu doresc să-și abandoneze identitatea religioasă sau etnică va avea repercusuni grave în secolul XX. Chiar și moderația, caracterul organizat și modul uman al aplicării clauzelor de opțiune internațională cu privire la transferul optanților au constituit argumente în sprijinul promovării unor soluții de pacificare postbelică implicând dezrădăcinarea, alungarea sau expulzarea a sute de mii sau chiar milioane de oameni.

4. Transferuri de populație consacrate prin acte internaționale.

În literatura consacrată transferurilor sau schimburilor de populație¹³ sunt invocate uneori precedente istorice din antichitate, precum robia babiloneană în epoca Vechiului Testament ori evacuarea populației unor cetăți grecești în

¹³ Vezi Stélio Séfériadès, *L'échange des populations*, în *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 24 (1928 IV), pp. 307-439.

timpul războaielor medice. Făcând abstracție de tratatul privitor la cedarea cetății Parga¹⁴, a cărui încadrare în categoria actelor consacrand transferuri de populație este oricum discutabilă, până în anii primului război mondial, fenomenul unor deplasări masive a locuitorilor unor provincii disputate nu va mai fi întâlnit. Avem în vedere, în acest caz, situația unor transferuri convenite de părți, ca elemente ale unei ordini politice stabilite la încheierea unui conflict și nu devastările, distrugerile sau mutațiile demografice care însoțesc inevitabil confruntările militare.

Războaiele balcanice au adus pentru prima oară în actualitate problema stabilirii, în teritoriile redistribuite la încheierea păcii, a unor raporturi demografice de natură a favoriza stabilitatea noilor frontiere¹⁵. Două tratate încheiate între Bulgaria și Turcia (la Constantinopol, în 16/29 septembrie 1913), precum și între Grecia și Turcia (la Atena, în 1/14 noiembrie 1913), la sfârșitul războaielor balcanice includ obișnuitele clauze privitoare la opțiune în privința naționalității¹⁶. Locuitorii musulmani din teritoriile cedate Bulgariei (sau, respectiv, Greciei) aveau posibilitatea de a opta pentru naționalitatea musulmană, caz în care trebuiau să emigreze. Ei puteau păstra bunurile imobile ori mobile ce le aparțineau; bunurile mobile puteau fi luate la plecare iar imobilele puteau fi lichidate ulterior sau date în administrare unor localnici. La prima vedere, acest aranjament, cuprinzând dispoziții similare celor ale tratatelor europene încheiate în deceniile anterioare, nu anunță nimic nou. Simptomatic pentru evoluția ulterioară a evenimentelor va fi însă faptul că prevederile acestor tratate se vor dovedi curând inaplicabile. Guvernele celor trei țări vor reglementa această situație prin două noi acorduri. La 2/15 noiembrie se încheie un acord bulgaro-turc, privind emigrarea – în ambele sensuri – a populației din regiunile de frontieră. În baza art. 1 al acestui acord, populația bulgară din districtele Kirk-Kilissé și Adrianopol urma să se stabilească în satele musulmane abandonate, situate în partea din Tracia cedată Bulgariei. Practic, acest acord implica un transfer forțat al unei singure populații, și anume a locuitorilor bulgari din Turcia europeană¹⁷. Un schimb de note – desfășurat în perioada mai-iulie 1914 – între

¹⁴ În baza unei convenții, încheiate în 1817 la Constantinopol, între Marea Britanie și Imperiul Otoman. Locuitorii creștini ai acestui oraș (situat pe litoralul Mării Ionice, în apropiere de Insula Corfu) urmau să-și părăsească țara în schimbul unei indemnități. Vezi **Séfériadès, Stélio**, *op. cit.*, p. 338.

¹⁵ Pentru o prezentare exhaustivă a fundalului politic și a istoricului elaborării tratatelor privind schimburile de populație greco-bulgar și greco-turc, vezi **Ladas, Steven P.** *The Exchange of Minorities: Bulgaria, Greece and Turkey*, New York, MacMillan Company, 1932.

¹⁶ Locuitorii din teritoriile cedate Bulgariei și, respectiv, Greciei, aveau dreptul de a opta pentru naționalitatea otomană, ceea ce atrăgea obligația de a emigra. Ei puteau însă păstra proprietățile lor imobiliare, urbane sau rurale. Vezi **Séfériadès, Stélio**, *op. cit.*, pp. 351 și urm.

¹⁷ *Ibidem*, p. 354.

guvernele grec și turc stabilește modalitățile de realizare a unui „schimb de populație”, prin care grecii din Vilayetul Smyrna și din Tracia sunt transferați în Grecia, iar musulmanii din Macedonia, în Imperiul Otoman¹⁸.

Sfârșitul primului război mondial va agrava considerabil tensiunile inter-ethnice și inter-confesionale din regiune, fapt care se va reflecta și în dispozițiile actelor internaționale. Tratatul de pace încheiat de Principalele Puteri Aliate și Asociate cu Bulgaria impunea acesteia (în art. 56, alin. 2.) să recunoască acele dispoziții pe care puterile menționate le-ar considera potrivite în vederea unei „emigrări voluntare reciproce” de ambele părți ale frontierei greco-bulgare. Un tratat în acest sens a fost prezentat de aliați în aceeași zi, fiind semnat tot atunci de cele două state în cauză¹⁹. Punerea în aplicare a acestei convenții a dus la deplasarea a câtorva zeci de mii de locuitori ai celor două țări²⁰. Conflictul greco-turc, prelungit până în anul 1922, va aduce cu sine mutații demografice mult mai extinse. La încheierea ostilităților, mai mult de un milion de greci părăsiseră Asia Mică, fugind de trupele turcești ori fiind alungați de noile autorități. Tratatul încheiat la Lausanne (30 ianuarie 1923)²¹ prevede un schimb obligatoriu de populație minoritară, stabilind totodată anumite limite teritoriale ale efectelor clauzelor cu privire la obligativitatea schimbului²². Este greu de stabilit cărei părți i-a aparținut în mod efectiv inițiativa stipulării schimbului de populație: în orice caz nu a existat nici o tentativă de a găsi o soluție alternativă unui transfer de populație²³. Amploarea acestor deplasări de populație depășește considerabil dimensiunile transferurilor precedente: luându-i în calcul și pe refugiații din timpul războiului, aproape 2.000.000 de greci părăsesc Asia Mică și aproximativ 500.000 de turci parcurg traseul invers, dinspre Grecia către Anatolia. Un element important îl reprezintă împrejurarea că la data semnării convenției, o parte considerabilă a populației afectate era deja alungată din teritoriul pe care-l locuia anterior izbucnirii conflictului.

Deși acest exod a impresionat opinia publică europeană prin suferințele nenumărate produse și prin gravitatea consecințelor economice și demografice.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 356 și urm.

¹⁹ “Convention between Greece and Bulgaria respecting reciprocal Emigration (27. XI. 1919)”, în *League of Nations Treaty Series*, vol. I, pp. 68-72, text reprodus în **Ladas, Steven P.**, *op. cit.*, pp. 739-743.

²⁰ Conform datelor creditate de Ladas, întreaga populație greacă a Bulgariei (cca 46.000 de oameni) și aproximativ două treimi din locuitorii bulgari ai Greciei au fost transferați. **Ladas, Steven P.**, *op. cit.*, p. 721.

²¹ “Convention concerning the Exchange of Greek and Turkish Populations (30. I. 1923)”, *League of Nations Treaty Series*, vol. XXXIII, pp. 76-86.

²² Erau exceptați de la schimbul de populație locuitorii greci ai Constantinopolului precum și locuitorii turci ai Traciei occidentale (art. 2 al Convenției).

²³ **Ladas, Steven P.**, *op. cit.*, pp. 335-344 și pp. 724 și urm.

soluția omogenizării etnice a populației a două state vecine aflate în conflict a fost considerată acceptabilă. Schimbul de populație părea în acel moment un remediu dur și radical, dar care prezenta avantajul eliminării pe termen lung a rădăcinilor unui conflict²⁴.

Pe măsură ce amintirea atrocităților care au determinat ori însoțit acest exod se estompa, ideea unui schimb sau transfer de populație devenea mai atractivă pentru numeroase state europene. În preajma izbucnirii celui de-al doilea război mondial, dar mai ales în primii ani ai războiului au fost încheiate o serie de acorduri din această categorie²⁵: Convenția de la București din 4 septembrie 1936 dintre România și Turcia; Aranjamentul de la Belgrad din 1 martie 1939, dintre Iugoslavia și Italia; Acordul de la Berlin din 23 iunie 1939, dintre Germania și Italia; Protocolul de la Tallin din 15 octombrie 1939, dintre Germania și Estonia; Tratatul de la Riga din 30 octombrie 1939, dintre Germania și Letonia; Tratatul de la Moscova din 16 noiembrie 1939, dintre Germania și U.R.S.S.; Tratatul de la Praga din 29 mai 1940, dintre Germania și Ungaria; Acordul de la Moscova din 5 septembrie 1940, dintre Germania și U.R.S.S.; Tratatul de la Craiova din 7 septembrie 1940, dintre România și Bulgaria; Convenția de la București din 22 octombrie 1940, dintre România și Germania; Acordul de la Kaunas din 10 ianuarie 1941, dintre Germania și U.R.S.S.; Acordul de la Riga din 10 ianuarie 1941, dintre Germania și U.R.S.S.; Convenția de la Moscova din 10 ianuarie 1941, dintre Germania și U.R.S.S.; Convenția din 31 august 1941, dintre Germania și Italia; Acordul de la Graz din 12 noiembrie 1941, dintre Germania și Croația; Acordul din 30 septembrie 1942 dintre Germania și Croația, precum și Acordul din 22 ianuarie 1943 dintre Germania și Bulgaria.

Acordurile respective, inclusiv cele încheiate de Germania în timpul războiului, vizau transferul (de regulă unilateral) al unor grupe de populație în state locuite de conaționali ai acestora. Transferurile acestor grupe de persoane nu s-au desfășurat în condițiile inumane în care au avut loc deplasările de populație din timpul războiului greco-turc, însă nici de această dată voința celor implicați – formal luată în considerare²⁶ – nu va avea un rol important²⁷.

²⁴ *Ibidem. op. cit.* pp. 725 și urm. Autorul afirmă în mod explicit că avantajul unui asemenea schimb de populație (a cărui duritate nu a fost nicidecum trecută cu vederea ori minimalizată în lucrarea sa) constă în "dispariția problemei minorităților", precum și în asigurarea "omogenității etnice, sursă de putere și stabilitate".

²⁵ **Giorgio Balladore Pallieri**, Rapport présenté par M. **Giorgio Balladore Pallieri**, în "Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. 44 II, 1952, pp. 138-152, la p. 142.

²⁶ Autorul din nota precedentă afirmă (la p. 143) că, alături de Tratatul de la Lausanne (30 ianuarie 1923), există un singur exemplu de tratat prevăzând schimbul obligatoriu al populației: Tratatul româno-bulgar de la Craiova din 7 septembrie 1940. El precizează însă ulterior că distincția dintre caracterul voluntar și cel obligatoriu al transferului de populație este greu de făcut

Dezlănțuirea de către Germania național-socialistă a celui de-al doilea război mondial va aduce cu sine încălcări fără precedent a celor mai elementare drepturi ale omului, la o scară nemaîntâlnită în istorie. În afară de genocidul săvârșit asupra evreilor din Europa²⁸, este de remarcă politica de transfer forțat de populație în regiunile est-europene ocupate de Germania și anexate acesteia. Considerentele de ordin politic – de altfel deloc singulare în epocă – referitoare la avantajele omogenității etnice, componenta accentuat rasistă a ideologiei vremelniceilor stăpâni ai Germaniei și ai Europei, precum și disprețul față de cele mai elementare reguli umanitare au constituit o “combinație” letală de împrejurări, care a provocat, direct sau indirect, cele mai masive deplasări de populație ale secolului, de proporții necunoscute epocii moderne. Teritoriile poloneze anexate celui de-al “Treilea Reich”, și care urmau a fi germanizate, cuprindeau cca 10 milioane de locuitori, dintre care 8 milioane erau polonezi, 500.000 dintre aceștia au fost deportați în „Guvernământul General”, iar în locul lor au fost colonizați 350.000 de germani din Est (din statele baltice, Volhynia și Basarabia). Dificultățile de ordin tehnic, în special în privința mijloacelor de transport, au împiedicat continuarea acestor transferuri²⁹. Deși politica național-socialiștilor față de popoarele slave a fost diferențiată, pe ansamblu se poate conchide că aceasta a fost caracterizată prin atitudinea de cruzime și de negare a drepturilor fundamentale ale omului³⁰, trăsături care se regăsesc în atitudinea acestora față de orice grupe de populație, fiind comune oricărui regim totalitar.

Amploarea transferurilor forțate ale populației germane din teritoriile estice (Prusia Orientală, Pomerania și Silezia) precum și din statele central- și est-europene (Polonia, Cehoslovacia și Ungaria; dar și din Iugoslavia și din U.R.S.S.) efectuate în ultimele luni de război și în primii ani postbelici depășește – prin efectele demografice dar și prin suferințele produse – toate fenomenele

doar pe baza dispozițiilor din tratat: aproape întotdeauna asupra populației afectate se va exercita o anumită presiune, mai mult sau mai puțin disimulată.

²⁷ Veiter, Theodor. *Nationalitätenkonflikte und Volksgruppenrecht im 20. Jahrhundert*. 1. Auflage. München. Bayrische Landeszentrale für politische Bildung, 1977, p. 47.

²⁸ Dat fiind faptul că exterminarea evreilor – inclusiv a celor considerați ca atare în virtutea legilor rasiale – era precedată, în numeroase cazuri, de deportarea acestora în lagăre de concentrare, sub aspect formal, Holocaustul poate fi subsumat problematicii deplasărilor masive de populație. În cazul genocidului, deportarea populației-victimă constituie o circumstanță secundară, neesențială în raport cu acțiunea de suprimare fizică a membrilor grupului respectiv, fapt ce impune o tratare distinctă a acestei crime.

²⁹ Veiter, Theodor. *op. cit.*, p. 49.

³⁰ *Ibidem*, p. 49. Autorul subliniază că abuzurile și crimele comise nu au apărut ca o consecință a necesităților purtării războiului sau în legătură cu asigurarea comunicațiilor de război, ci constituie consecința conceptului imperialist de rasă (“imperialistisches Rassenkonzept”), care privea Estul Europei ca viitor imperiu colonial al unei rase germanice de stăpânitori asupra unei populații permanent subordonate și reduse la un nivel cultural minim.

similare din trecut³¹. Conform datelor oficiale, numărul refugiaților și al persoanelor alungate din aceste teritorii este de 11.730.000, la care se mai adaugă 2.111.000 de persoane moarte ori dispărute în cursul refugiului. Se estima că, la peste două decenii după război (în 1966), existau peste 14.000.000 de germani alungați din teritoriile locuite de aceștia în perioada antebelică (10.600.000 în Germania, 3.500.000 în fosta R.D.G și 500.000 în alte țări occidentale)³². Cea mai mare parte a acestor refugiați provine din teritoriile estice ale Germaniei (Prusia Orientală³³, Silezia și Pomerania) atribuite după război Poloniei drept compensație pentru teritoriile poloneze situate la est de linia Curzon, anexate de U.R.S.S. în baza Pactului Molotov-Ribbentrop. și menținute în componența acesteia. Aliații occidentali au fost de acord în principiu cu aceste aranjamente teritoriale, însă și-au imaginat inițial că modificările teritoriale – și implicit masa populației ce urma a fi transferată – vor fi de dimensiuni mai reduse. Ei au exercitat presiuni considerabile asupra guvernului polonez în exil pentru ca acesta să consimtă la schimbul de teritorii propus de sovietici³⁴. Trupele sovietice au fost încurajate de conducerea politică a statului să se manifeste în mod deosebit de brutal și violent în teritoriile ocupate, începând cu toamna anului 1944, în estul Germaniei; atrocitățile respective – despre care propaganda nazistă a relatat prompt și în detaliu – au provocat un exod al populației din regiunile amenințate de ocupația sovietică³⁵. Deși provinciile afectate nu au fost depopulate în realitate decât parțial, U.R.S.S. avea să susțină – invocând faptul că populația se refugiase în întregime – că transferurile de teritorii reclamate nu vor implica practic consecințe prea grave pentru populația respectivă, dat fiind faptul că populația de pe aceste teritorii a

³¹ Lucrarea standard sub aspectul atestării documentare a evenimentelor respective și a consecințelor acestora rămâne în continuare: *Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mitteleuropa*, editată de "Bundesministerium für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte" [=Ministerul federal pentru persoane alungate, refugiați și prejudiciați prin război], sub redacția lui **Theodor Schieder**, în colaborare cu **Werner Conze**, **Adolf Distelkamp**, **Rudolf Laun**, **Peter Rassow** și **Hans Rothfels**, vol I-V, Bonn, 1954-1961. Pentru o evaluare obiectivă a rolului aliaților în aceste evenimente, vezi: **Alfred Maurice de Zayas**, *Die Anglo-Amerikaner und die Vertreibung der Deutschen. Vorgeschichte, Verlauf, Folgen*, C.H.Beck, München, 1977 (citată în continuare prescurtat: **Zayas, A. M. de**, *Die Anglo-Amerikaner...*). Pentru tratarea acestor evenimente în contextul general al transferurilor de populație și al normelor incidente de drept internațional public, vezi **Sonja Köhler**, *Das Massenvertreibungsverbot im Völkerrecht* (teză de doctorat susținută în 1998 la Universitatea din Göttingen), Berlin Verlag Arno Spitz, 1999, pp. 303-315.

³² Datele sunt preluate din **Zayas, A. M. de**, *Die Anglo-Amerikaner...*, p. 24.

³³ Partea de nord a acestei provincii va fi însă anexată de U.R.S.S.

³⁴ Istoricul stabilirii frontierei pe linia Oder-Neiße este schițat sumar în **Zayas, A. M. de**, *Die Anglo-Amerikaner...*, pp. 60-78.

³⁵ *Ibidem*, pp. 79 și urm.

fost deja deplasată. Acordul interaliat de la Potsdam urma – în intenția Marii Britanii și a Statelor Unite – să dea un caracter “ordonat și uman” deplasărilor de populație deja începute. Art. XIII al actului respectiv prevedea că „...guvernele celor trei puteri, luând în considerare problema sub toate aspectele, recunosc că trebuie realizat transferul către Germania a populației germane sau a unor elemente ale acesteia rămase în Polonia, Cehoslovacia și Ungaria. Ele sunt de acord că orice transfer trebuie să aibă loc într-un mod ordonat și uman”³⁶. Acordul nu prevedea transferul populației din Iugoslavia sau din U.R.S.S. Temeiul juridic al acestei decizii este discutabil. În primul rând actul respectiv reglementa – printre altele – situația populației civile a unui stat terț³⁷; ca atare ne aflăm în prezența unui *res inter alios acta*. Regulile stabilite de Convenția de la Haga din 18 octombrie din 1907³⁸ cu privire la desfășurarea războiului terestru interziceau persecutarea populației civile din teritoriile ocupate sau confiscarea proprietății acesteia. Dispozițiile art. 42-56 din Regulamentul ce constituie anexa tratatului menționat reglementează în detaliu protecția vieții, a onoarei și a drepturilor de familie, precum și a proprietății civililor din teritoriile ocupate. Interdicția expulzării în masă nu este expres formulată, dar această omisiune este consecința faptului că asemenea fenomene nu erau de imaginat în primul deceniu al secolului XX. În nici un caz prevederile convenției nu pot fi interpretate în sensul că ar admite o asemenea măsură. În concepția aliaților, starea de război cu Germania continua și după capitularea forțelor armate ale acestei țări. Ea încetase să existe în urma unei *debellatio*, iar ocupația asupra teritoriului său avea un caracter sui generis, nefiind supusă regulilor stabilite la Haga. Aliații urmau să exercite suveranitatea asupra țării învinse³⁹ și nu se considerau legați în exercitarea acesteia de limitele impuse de dreptul internațional unei *ocupatio bellica*. Totuși, o asemenea intenție nu-i elibera pe

³⁶ În original: “The three Governments having considered the question in all its aspects, recognize that the transfer to Germany of German population, or elements thereof, remaining in Poland, Czechoslovakia and Hungary, will have to be undertaken. They agree that any transfers that take place should be effected in an orderly and human manner”, cf. „American Journal of International Law”, vol. 39 (1945), Special Supplement, pp. 245 și urm., la p. 256.

³⁷ Dispozițiile acordului au fost interpretate în sensul aplicării lor și în privința populației din teritoriile germane la răsărit de linia Oder-Neiße, care urmau să fie transmise spre administrare Poloniei (și U.R.S.S.), urmând ca la încheierea tratatului de pace să fie stabilită frontiera definitivă.

³⁸ “Convenția cu privire la legile și obiceiurile războiului terestru” (Haga, 18 octombrie 1907), reproducă în “Asociația Română de Drept Umanitar”, *Dreptul internațional umanitar al conflictelor armate. Documente*, [selectate de] Ionel Cloșcă și Ioan Suceavă, Casa de Editură și Presă “Șansa” SRL, București, 1993, pp. 22-30.

³⁹ În sensul unei asemenea interpretări a voinței aliaților, exprimate de aceștia în Declarația de la Berlin (5 iunie 1945), a se vedea Hans Kelsen, *The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin*, în „American Journal of International Law”, vol. 39 (1945), pp. 518 și urm.

aliați de obligațiile⁴⁰ decurgând din dreptul internațional⁴¹. Ca atare, invocarea Acordului de la Potsdam ca temei juridic al transferurilor (=expulzărilor și alungării) de populație, al confiscărilor proprietăților victimelor acestor transferuri și chiar și a noilor frontiere⁴² este extrem de discutabilă⁴³.

Similar cazului transferului populației grecești din Asia Mică de la sfârșitul primului război mondial, deplasarea populației germane a început înaintea adoptării actului care urma să o reglementeze. În ambele împrejurări, reglementarea internațională nu urmărea decât să atenueze efectele severe ale unor evenimente tragice, de neconceput cu un deceniu înainte de producerea lor. Așteptările cu privire la caracterul "ordonat și uman" al deplasărilor au fost însă crunt înșelate în ambele rânduri. Pe de altă parte, dacă în cazul Tratatului de la Lausanne mai persista iluzia unei determinări a evenimentelor prin voința părților (teoretic soluția repatrierii refugiaților era deschisă iar părțile aveau rețineri evidente în a o nega pe față, deși tacit o respingeau), Acordul de la Potsdam marchează o etapă nouă în atitudinea față de populația civilă: necesitatea expulzărilor colective a învinșilor este afirmată cu brutalitate.

Disoluția Federației iugoslave⁴⁴ a reiterat în mod spectaculos problematica transferurilor de populație. Conflictul din Bosnia-Herțegovina (1993-1995) și ulterior cel din Kosovo au dus la comiterea la o scară largă a unor atrocități

⁴⁰ Este vorba de obligațiile stipulate în Convenția de la Haga asupra războiului terestru. în cazul britanicilor și al americanilor. și respectiv de normele de drept cutumiar în cazul U.R.S.S., care nu era parte la Convențiile de la Haga.

⁴¹ Argumente în acest sens. la **Zayas, A. M. de**. *International Law and Mass Population Transfers*. în „Harvard International Law Journal”, vol. 16 (1975), pp. 207-258, la p.232. Lucrarea va fi citată în continuare prescurtat: **Zayas, A. M. de**. *International Law*...

⁴² Acordul prevedea doar o transmitere spre administrare a teritoriilor de la este de linia Oder-Neiße. Frontiera respectivă a fost recunoscută definitiv de Germania prin Tratatul cu privire la confirmarea frontierei, încheiat cu Polonia la 14 noiembrie 1990. Nu există încă un consens între cele două părți asupra momentului în care a avut loc (pe plan juridic) acest transfer și cu privire la exercitarea dreptului la autodeterminare de către populația din teritoriile respective. Vezi **Wolfgang Graf Vitzthum**. în **Wolfgang Graf Vitzthum** (editor). *Völkerrecht*. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1997. p. 414.

⁴³ Pentru o prezentare sintetică, vezi **Christian Tomuschat**. *Die Vertreibung der Sudetendeutschen. Zur Frage des Bestehens von Rechtsansprüchen nach Völkerrecht und deutschem Recht*. în „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht”, vol. 57 (1996), pp. 1-69, la pp. 37-43. În esență autorul neagă atât invocarea Acordului menționat, cât și teza represaliilor sau a reparațiilor de război ca temei al deplasărilor de populație. Totodată el respinge ideea utilizării de presiuni asupra Cehiei în problema germanilor expulzați precum și a pretențiilor acestora la despăgubire. Ponderate în formă și animate de ideea priorității obiectivelor politice actuale, caracterizate printr-un spirit de cooperare internațională loială, considerațiile autorului privesc situația particulară a germanilor din Cehoslovacia: multe din concluziile sale sunt însă valabile și în privința germanilor din provinciile răsăritene.

⁴⁴ **Stefan Oeter**. *Yugoslavia. Dissolution*. în *EPIL*, vol. IV (2000), pp. 1563-1608.

nemaiîntâlnite în Europa postbelică, evenimente care au declanșat un val de refugiați de dimensiuni de asemenea fără precedent în perioada de după 1945. Conform datelor prezentate de Înaltul Comisariat al Națiunilor Unite pentru Refugiați, în 1992 numărul refugiaților (provenind în special din Croația și din Bosnia-Herțegovina) se situa la 1,4 milioane de oameni, pentru ca în vara anului 1994 să fie depășită cifra de 4 milioane⁴⁵. Epurările etnice din fosta Iugoslavie se caracterizează prin lipsa oricărei încercări de a găsi vreo justificare în dreptul internațional pentru actele săvârșite împotriva persoanelor alungate sau deportate. De la bun început, părțile implicate în conflict au fost preocupate de asigurarea prin orice mijloace a omogenității etnice în teritoriul controlat de forțele, de care dispuneau. Frecvent, aceste forțe scăpau oricărui control din partea autorităților civile sau chiar militare. Precedentul creat în 1945 (alungarea populației din teritoriul ce urmează a fi anexat) a avut desigur un rol important⁴⁶.

Cazurile de transferuri și deplasări masive de populație (sau de „epurare etnică”) examinate permit formularea câtorva concluzii:

- epurarea etnică reprezintă un fenomen specific secolului XX (și XXI?) nefiind de conceput în „epoca clasică” a dreptului internațional public;
- emergența protecției internaționale a drepturilor omului pare să nu aibă efect asupra fenomenului epurării etnice;
- confruntări politice și militare grave, capabile să provoace un exod în masă, deplasări de populație și acțiuni de epurare etnică se pot produce uneori pe neașteptate, după cum o atestă criza iugoslavă⁴⁷.

5. Norme de drept internațional incidente fenomenului deplasărilor masive de populație

Alungarea populației de pe un anumit teritoriu (acțiune îndeplinită de cele mai multe ori în vederea epurării etnice) sau determinarea – directă sau indirectă – a locuitorilor dintr-o anumită regiune să-și părăsească domiciliul constituie o

⁴⁵ Date preluate după **Robert Muharremi**, *Hintergründe und Ausmaß der Zwangsweisen demographischen Veränderungen im ehemaligen Jugostawien*, în **Wilhelm Fiedler** (Hrsg.), *Deportation, Vertreibung, „Ethnische Säuberung”*, Kultur Stiftung der deutschen Vertriebenen, Bonn, 1999, pp. 111-126, la p. 111.

⁴⁶ Înaltul Comisar ONU pentru Refugiați, José Ayala Lasso, declara în acest sens în Frankfurt, la 28 mai 1995 “The right not to be expelled from one’s homeland is a fundamental right... I submit that if in the years following to the Second World War the States had reflected more on the implications of the enforced flight or expulsion of the Germans, today’s demographic catastrophies, particularly those referred to as ‘ethnic cleansing’, would, perhaps, not have occurred to the same extent”. Text citat după **Zayas, A. M. de**, *Addendum 1996*, at *Population, Expulsion and Transfer*, în *EPIL*, vol. III (1997), pp. 1067-1068, la p. 1068.

⁴⁷ Evident, existau multe indicii în sensul izbucnirii unui conflict în fosta federație. Amploarea acestuia și consecințele pe plan umanitar au fost însă cu totul neașteptate.

negare gravă a celor mai elementare drepturi ale omului. După adoptarea Declarației Universale a Drepturilor Omului (10 decembrie 1948) – act care însă avea inițial doar o valoare de recomandare, neproducând efecte juridice directe – specialiștii considerau că asemenea acțiuni sunt contrare dreptului internațional. Autorii chestionați în 1950 de Institutul Francez de Drept Internațional au fost unanimi în a afirma existența unei interdicții în acest sens⁴⁸. Consacrând interdicția expulzării arbitrare (art. 9), precum și dreptul la liberă circulație și la alegerea domiciliului (art. 13), Declarația oferă unele puncte de sprijin pentru argumentarea ideii constituirii unei *opinio iuris* – ca element al cutumei internaționale – în sensul prohibirii transferurilor forțate de populație. Fenomenul deplasărilor masive de populație nu este însă vizat în mod direct; nu e mai puțin adevărat faptul că respectarea strictă a principiilor enunțate ar face imposibilă producerea unor asemenea deplasări. Interdicția expulzării (pentru străini) este prevăzută în detaliu în Pactul Internațional privind Drepturile Civile și Politice (adoptat de Adunarea Generală a ONU la 16 decembrie 1966 și intrat în vigoare la 23 martie 1976), în art. 13. Dreptul la liberă circulație și la libera alegere a domiciliului este recunoscut de art. 12 al aceluiași pact pentru „orice persoană care se află în mod legal pe teritoriul unui stat”. Dat fiind faptul că transferurile forțate de populație vizează cel mai frecvent minoritățile, art. 27 din acest pact privitor la protecția „minorităților etnice, religioase sau lingvistice” cuprinde, de asemenea, unele dispoziții relevante sub acest aspect. Epurarea etnică realizată indirect, prin determinarea la emigrație, prin măsuri administrative vexatorii, a unor anumite grupe de persoane poate fi calificată și ca o încălcare a unor drepturi consacrate în Pactul Internațional privind Drepturile Social-Economice și Culturale⁴⁹ (adoptat în aceeași zi ca și Pactul privind drepturile civile și politice). Este vorba de dreptul la muncă (art. 6), de dreptul la un nivel de trai decent (art. 11) sau de dreptul la educație (art. 13). Epurarea etnică mai poate fi privită ca o negare a dreptului la autodeterminare, intrând astfel sub incidența articolului 1 (comun) celor două pacte internaționale ale drepturilor omului. Dispoziții privind aceeași problematică întâlnim și în instrumentele regionale de protecție a drepturilor omului: în Protocolul adițional nr. 4⁵⁰, din 16 septembrie 1963, în Convenția privind protecția drepturilor omului și a libertăților fundamentale (=Convenția europeană a drepturilor omului), în Convenția Americană a Drepturilor Omului din 22 noiembrie 1969⁵¹,

⁴⁸ Vezi răspunsurile la chestionarul prezentat în numele Institutului, în „Annuaire de l'Institut de Droit International”, vol. 44 II, 1952, pp. 153-199.

⁴⁹ În acest sens: **Sonja Köhler**, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁰ Art. 3 al Protocolului interzice expulzarea – colectivă ori individuală – propriilor cetățeni, iar art. 4 stabilește interdicția expulzărilor colective ale străinilor.

⁵¹ Art. 22, alin. 9 interzice expulzările colective ale străinilor.

precum și în Convenția Africană a Drepturilor Omului și a Drepturilor Popoarelor⁵².

Întrucât deplasările masive de populație survin frecvent în cursul ori imediat după încheierea unor confruntări militare – cu sau fără caracter internațional – regulile dreptului umanitar au o deosebită importanță în prevenirea și combaterea unor asemenea fenomene. În afara Convenției de la Haga (18 octombrie 1907), menționate mai sus, desfășurarea conflictelor armate mai este reglementată de Convențiile încheiate la 12 august 1949 la Geneva și de Protocoalele adiționale la acestea. Convenția a IV-a de la Geneva, privind protecția persoanelor civile în timp de război, prevede în art. 49 interdicția transferurilor în masă sau individuale, precum și deportările de persoane din teritoriul ocupat în teritoriul Puterii ocupante sau în cel al oricărui alt stat, oricare ar fi motivul (alin. 1). În mod excepțional, este permisă evacuarea totală sau parțială a unei anumite regiuni ocupate, în cazul în care necesitățile militare ori securitatea populației o cer, asigurându-se, în măsura posibilului, condiții satisfăcătoare celor evacuați (alin. 2-3). Puterii ocupante îi este interzis să deporteze sau să transfere o parte din propria sa populație civilă în teritoriul ocupat (alin. 6).

Acțiunile de alungare a populației civile din teritoriile ocupate reprezintă crime de război de o gravitate deosebită, fapt afirmat încă din timpul celui de-al doilea război mondial⁵³. Alungarea în masă a populației poate fi privită drept crimă împotriva umanității și este caracterizată prin următoarele trăsături:

- alungarea masivă în exterior a vreunei populații civile;
- poate avea loc atât în timp de război, cât și în timp de pace;
- este consecința unei politici guvernamentale sau a unei planificări din partea statului;

- este motivată politic, rasial, etnic sau religios⁵⁴.

Sanționarea celor responsabili de săvârșirea unor asemenea atrocități constituie doar un remediu parțial pentru victimele epurării etnice. Judecarea și pedepsirea vinovaților poate constitui un important factor de descurajare pentru cei ce ar fi tentați ca, în timpul unui conflict sau al unei situații de criză, să procedeze în mod similar. Este însă de observat că în dreptul internațional nu există o reglementare expresă și exhaustivă care să vizeze anume cazurile – din nefericire nu tocmai rare – de deplasări masive de populație. Normele internaționale menționate mai sus interzic, ce-i drept, direct sau indirect, săvârșirea unor aceste acțiuni, însă nu prescriu nici un remediu pentru situațiile în care asemenea fapte s-au produs.

⁵² Art. 12, alin. 5 interzice expulzările colective ale străinilor.

⁵³ Zayas, A. M. de, *International Law*, ... p. 213.

⁵⁴ Sonja Köhler, *op. cit.*, p. 357.

Nu întâmplător, într-o țară confruntată cu o asemenea tragedie (Germania), s-a manifestat în doctrina juridică⁵⁵ o preocupare constantă pentru a argumenta existența sau necesitatea consacrării în dreptul internațional al unui „drept la teritoriul natal” („Recht auf die Heimat”/„right to a homeland”).

Este de reținut că intenția susținătorilor unui asemenea drept nu este de a consacra juridic proiecte ori revendicări etnocentrice, nici de a opune – ca în doctrina principiului naționalităților din secolul XIX – drepturile pretins superioare ale comunităților entice sau naționale reglementărilor internaționale pozitive privind frontierele și suveranității statelor. Demersurile teoretice menționate pornesc de la constatarea unor situații de fapt grave și fără precedent (deplasarea forțată a unor grupuri considerabile de populație), postulează interdicția unor asemenea acțiuni deliberate din partea statelor (normă considerată evidentă și de la sine înțeleasă de practic toți autorii din domeniu) și încearcă să configureze un drept subiectiv corelativ interdicției respective.

O primă problemă ridicată de o asemenea construcție doctrinară o reprezintă definirea noțiunii de “teritoriu natal” (Heimat, homeland, native country, foyer d’ancêtres, pays d’origine). Una din obiecțiile aduse acestui concept constă în inexistența în alte limbi a unui termen identic cu cuvântul german “Heimat”. Obiecția este doar parțial adevărată. Termeni similari sau asemănători se găsesc în engleză (“homeland”), în cehă (“domov”), precum și în sârbo-croată și în slovenă (“domovina”)⁵⁶. Însă în limba franceză – ca și în limba română – sensul termenilor corespunzători nu coincide perfect cu cel al cuvântului “Heimat”. Noțiunea de “teritoriu natal” sau de “câmin strămoșesc” implică ideea unei descendențe (entice) precum și a nașterii pe un anumit teritoriu, dând conceptului o coloratură etnicistă sau chiar naționalistă. Or, sensul real indică doar o familiaritate cu teritoriul respectiv, împrejurarea că o persoană sau un grup de persoane se consideră a fi “acasă” într-o anumită regiune cu care are multiple legături, fapt care, ce-i drept, survine frecvent atunci când aceasta este

⁵⁵ **Bülk, Hartwig**. *Das Recht auf die Heimat*. în „Jahrbuch für Internationales Recht”. 3. Bd. (1954). pp. 76 și urm; **Frans H. De Buy**. *Das Recht auf die Heimat im historisch-politischen Prozeß*. Euskirchen. VZD. 1974; **Decker, Günther**. *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*. Göttingen. Schwartz. 1955; **Rabl, Kurt**. *Das Recht auf die Heimat, Vorträge, Thesen, Kritik*. München. Lerche; **Kimminich, Otto**. *Das Recht auf die Heimat*. 3. Aufl.. Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen. Bonn. 1989; **Blumenwitz, Dieter** (Hrsg.). *Recht auf die Heimat im zusammenwachsenden Europa: ein Grundrecht für nationale Minderheiten und Volksgruppen*. Frankfurt am Main. Peter Lang. 1995. Pentru o expunere rezumativă a problemei: **Gornig, Gilbert**. „Eihmische Säuberungen”. *Recht auf die Heimat und die Verantwortlichkeit der Verbrecher*. în „AWR-Bulletin. Vierteljahresschrift für Flüchtlingsfragen”. 38. (47.) Jahrgang. No 1-2 / 2000. pp. 19-33.

⁵⁶ Vezi **Gornig, Gilbert**. *op. cit.*, pp. 19-20 și nota 2.

născută pe acel teritoriu, dar nu implică în mod necesar nașterea pe acel teritoriu și în nici un caz o discriminare sau excludere a celor ce nu sunt născuți acolo. Noțiunea respectivă – care constituie în ciuda tuturor posibilelor divagații istorice, sociologice, antropologice ori literare – un concept juridic precis, are trei componente: spațială, personală și temporală⁵⁷. Sub aspect spațial, ea reprezintă teritoriul față de care un grup de persoane este legat prin naștere sau prin reședință. Din punct de vedere personal, trebuie să existe anumite legături semnificative (istorice, economice, culturale, dar și afective) ale unei persoane sau ale unei comunități față de acest teritoriu. În sfârșit, sub raport temporal, este necesar ca legăturile menționate să aibă o anumită stabilitate, durata fiind unul din factorii ce le conferă relevanță.

Un grup de persoane are un drept (colectiv) de a-și menține reședința pe teritoriul pe care-l locuiește și care-i configurează identitatea culturală, etnică și socială. Expulzarea în masă a membrilor grupului sau determinarea în orice mod a acestora la emigrare constituie un atentat împotriva identității întregului grup: victimele au dreptul să se întoarcă în teritoriul respectiv, dar și la restituirea proprietății confiscate sau la despăgubiri. Deși nu există unitate de vederi în privința existenței, pe planul reglementărilor pozitive, a unui asemenea „drept asupra teritoriului natal” (afirmându-se uneori faptul că el poate fi dedus din reglementările existente⁵⁸, alteleori că o consacrare juridică ar fi un deziderat), rolul unui asemenea concept nu trebuie subestimat și nici identificat cu presupuse preocupări sau intenții revanșarde sau resentimentare. Importanța sa rezidă mai ales în faptul că răspunde în mod direct provocării reprezentate de fenomenul deplasărilor masive de populație, stabilind remediul în procesul invers, de restabilire pașnică a unei situații grav afectate de acte de încălcare masivă a celor mai elementare drepturi ale omului.

Deși asemenea preocupări doctrinare nu au rămas cantonate în spațiul cultural german, pe plan internațional există puține indicii în sensul acceptării generale a consecințelor juridice ale consacării unui asemenea drept. Explicația rezidă în convingerea – pe care o considerăm neîntemeiată – privind caracterul excepțional și temporar al fenomenului deplasărilor masive de populație, care ar face inactuale asemenea considerații. S-ar impune, credem, o atitudine mai

⁵⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁸ În acest sens: **Kimminich, Otto**, *op. cit.*, p. 201. În opinia acestui autor dreptul la teritoriul natal (*Recht auf die Heimat*) este o componentă a dreptului internațional public în vigoare, iar a reclama respectarea sa este un lucru de la sine înțeles. El „nu numai că reprezintă cel mai important dintre drepturile colective ale omului, ci crează și premisa exercitării a numeroase drepturi individuale ale omului”.

sceptică referitoare la estimarea evoluției situației internaționale, prin care s-ar lua în considerare posibilitatea mereu actuală a izbucnirii neașteptate a unor grave conflicte interne sau internaționale, de natură să producă un exod masiv și adeseori greu reversibil al populației din regiunile afectate, sau prin care s-ar constata măcar neremedierea unor asemenea tragedii din trecutul apropiat. În cazul unei asemenea abordări, pe care o considerăm destul de realistă, recunoașterea unui drept asupra teritoriului natal, ca drept fundamental al omului, este o consecință firească.

Völkerrechtliche Aspekte der ethnischen Säuberung

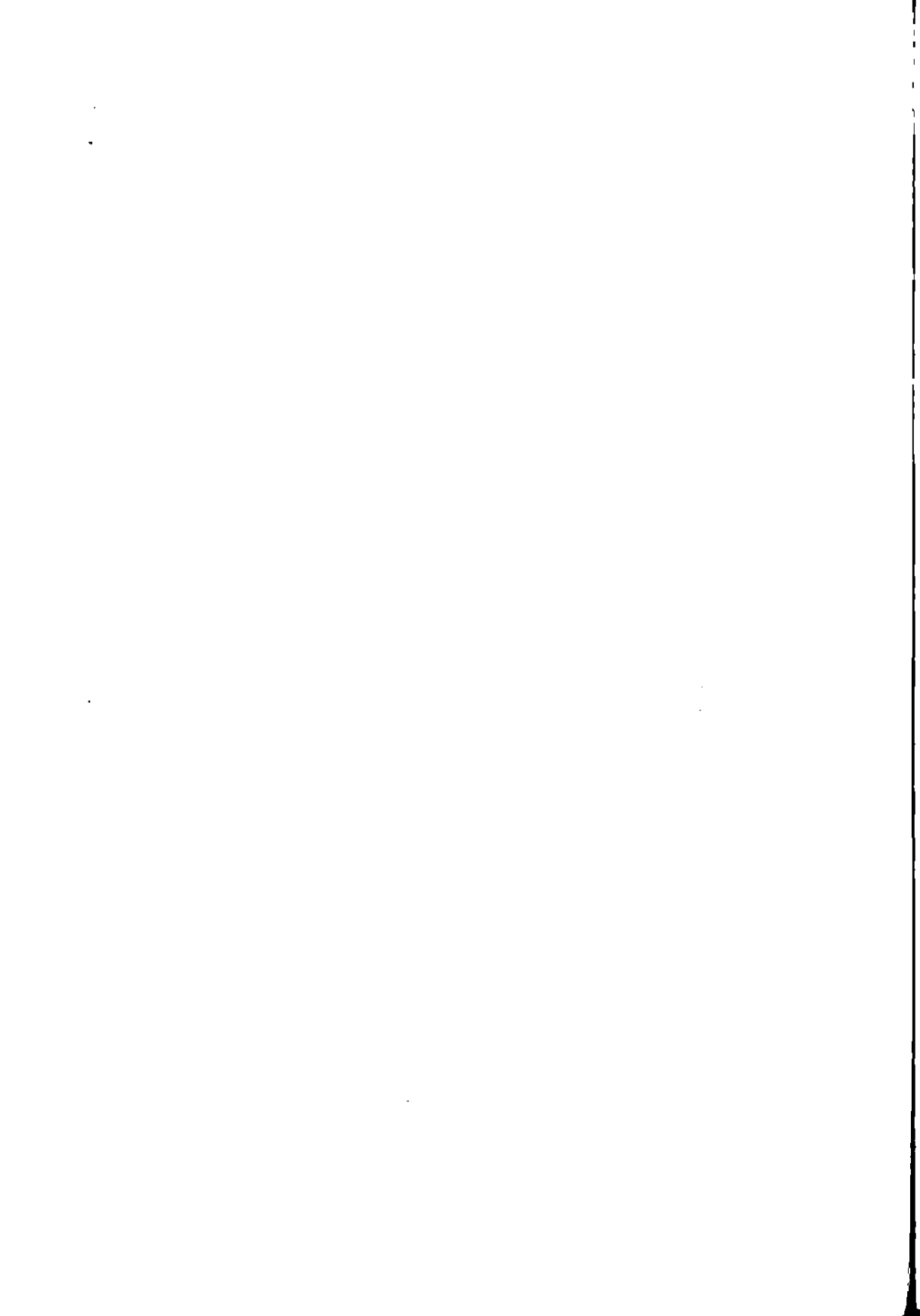
- Zusammenfassung -

Das Phänomen der maßenhaften Vertreibung der Bevölkerung aus den umstrittenen oder neu erworbenen Gebieten ist eine der dunkelsten Erscheinungen des XX Jahrhunderts. Die Erörterung einiger Rechtsinstitute wie die Selbstbestimmung der Völker oder die internationale Option kann teilweise die Frage aufklären, wie die Entwicklung der internationalen Verhältnissen und des Völkerrechts überhaupt in einer Richtung führte, in der Vertreibungen und Deportationen zunächst als Ausnahme hingegenommen und letztlich politisch gewünscht oder sogar gefordert und juristisch rechtfertigt wurden.

Die zunächst als eine Maßnahme zur Erleichterung der Wiederherstellung eines Normalzustandes gedachte und aufgrund freier und individueller Willensäußerung der betroffenen Personen durchgeführte internationale Option verliert allmählich den freiwilligen Charakter und wandelt sich in einer Zwangsumsiedlung um, unter gleichzeitigen Zunahme der Anzahl der betroffenen Bevölkerung. Wenn die, während des und nach dem zweiten Weltkrieg stattgefundenen, Zwangsumsiedlungen, die Millionen von Menschen betreffen, noch als zwar tragische aber unwiederholbare Ausnahmeereignisse betrachtet werden konnten, so haben die Bürgerkriege der Nachkriegszeit – insbesondere im ehemaligen Jugoslawien – die Aktualität wie auch die Brisanz der Frage der ethnischen Säuberung wieder bestätigt.

Diese Abhandlung vertritt die These, daß die, die maßenhaften Zwangsumsiedlungen betreffenden, internationalen Normen (der Haager Landeskriegsordnung, des Genfer Abkommens über den Schutz der Zivilbevölkerung in internationalen bewaffneten Konflikten, der

Menschenrechtspakte, der Europäischen Menschenrechtskonvention wie auch des Gewohnheitsrechts) von dem Standpunkt des „Rechtes auf die Heimat“ – eine doktrinaire Konstruktion der deutschen Fachliteratur – zu betrachten und zu würdigen sind.



Articole, discuții, comentarii

ASPECTE ALE NEGOCIERII CONTRACTELOR

CODRIN MACOVEI

Regulile dreptului nostru civil relative la încheierea contractelor prin realizarea acordului de voință al părților asupra clauzelor contractuale ar putea descinde chiar din principiile dreptului roman privitoare la *contractul consensual*. Dar, alături de contractul consensual, dreptul roman a cunoscut pentru multă vreme și sistemul formalist al *contractului verbis*, unde obligația rezultă dintr-o promisiune (*sponsio*) a debitorului făcută ca răspuns la o propunere (*stipulatio*) a creditorului¹. Multe din textele Digestelor se raportează la această formă de contract, care acorda mai puțină atenție *acordului de voință* în favoarea unei *declarații unilaterale*. Acest fapt a influențat profund dreptul nostru, nu numai sub aspectul vocabularului (obiceiul de a-l identifica pe creditor ca cel care stipulează), dar și al teoriei obligațiilor care este deseori conceptualizată în funcție de o obligație izolată², adeseori născută dintr-o promisiune unilaterală.

În acest sens, însă, trebuie observat că arta de a interpreta semnele și mutismele era mai familiară drepturilor arhaice. De abia Școala dreptului natural se arată preocupată de apropierea acestui teritoriu printr-o semiologie a semnelor ce avea scopul declarat de a nu înșela încrederea pe care alți oameni o pot investi în gesturile noastre, întocmai precum în cazul cuvintelor. Situația se schimbă, însă, odată cu secolul al XVIII-lea când, în calea mecanismului de formare a contractului prin reunirea ofertei cu acceptarea (faza finală a perioadei negocierilor), apare o teamă de abuzurile la care poate da naștere o acceptare prea ușor prezumată în raport cu o ofertă deseori inaptă de a produce efecte juridice. În această ordine de idei, și doctrina noastră se arată prudentă³ plasând aria negocierilor unui contract în afara sferei de influență juridică a ofertei

¹ J. Carbonnier. *Droit civil. Les obligations*, tome 4, 21^e édition refondue, P.U.F. Paris, 1998, p. 72.

² Demolombe. *Cours de droit civil français*, tome XXIV, n. 45.

³ A se vedea în acest sens, C. Stătescu, C. Birsan. *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All. București, 1998, p. 42; L. Pop. *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 47; T.R. Popescu, Petre Anca. *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Științifică, București, 1968, p. 70; E. Safta-Romano. *Drept civil. Obligații*, Ed. Neuron, Focșani, p. 50.

propriu-zise, până când aceasta nu se concretizează într-o formulă clasică. Astfel, de exemplu, reclama, publicitatea nu sunt considerate ca putând fi purtătoarele unei oferte valabile din punct de vedere juridic. Totuși, dezvoltarea fără precedent a mijloacelor de comunicare și importanța lor în viața de zi cu zi impun o reidentificare a ofertei în multiplele sale forme pe care le poate îmbrăca în lumea contemporană, ceea ce ne propunem să facem în continuare prin reconsiderarea noțiunii de ofertă.

Contractul se încheie prin întâlnirea consimțământului părților. Dacă elementele psihologice sau sociologice⁴ ale acestui schimb pot prezenta un interes evident, în schimb analiza juridică clasică se mulțumește să vadă nașterea unui contract doar dintr-o ofertă urmată de acceptare.

Oferta este, mai înainte de toate, o propunere. Pe baza acestei propuneri se va construi edificiul contractual. Este, deci, necesar să definim noțiunea de ofertă. Articolul 1108 din Codul civil francez pune ca primă condiție de validitate a unei convenții consimțământul părții care se obligă. Oferta de a contracta materializează un embrion al consimțământului, mai precis un demi-consimțământ a cărui finalitate urmează să se concretizeze în viitor.

Oferta cunoaște o accepțiune particulară în limbajul juridic⁵. Mai mult decât acțiunea de a propune un contract unei alte persoane, oferta, act unilateral, poate fi definită ca *o propunere de a contracta suficient de fermă și precisă cu acceptarea sa să fie suficientă formării contractului*.

În logica consensualistă a Codului civil, atât francez cât și român, acceptarea ofertei este o condiție suficientă pentru perfectarea contractului.

Aceste prime aspecte subliniate ne permit să evidențiem specificitatea ofertei în raport cu antecontractul și cu contractul definitiv. Putem, mai ales, să delimităm cu acuratețe între oferta neacceptată și simpla invitație de a iniția discuții, negocieri. Identificarea, în continuare, a criteriilor de diferențiere ne va permite să surprindem că deseori oferta poate îmbrăca multiple forme.

Autorii codului civil nu au considerat util să definească noțiunea de ofertă. În tăcerea legii, atât în Franța cât și în România jurisprudența a fost cea care a trasat contururile.

Această definiție a jurisprudenței este însă astăzi insuficientă. Oferta, punct de plecare al contractului, reflectă inevitabil tendințele lumii legislației contemporane.

⁴ J. Carnonnier, *op.cit.*, p. 67.

⁵ J.-L. Aubert, *Notion et rôle de l'offre et l'acceptation dans la formation du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1970.

Adeziunea la conținutul ofertei provoacă încheierea contractului. Pentru a se întâlni voința ofertantului cu cea a acceptantului este imperativ ca oferta să fie precisă și fermă. Mai este de asemenea necesar ca oferta să fie lipsită de orice echivoc. În realitate, aceasta din urmă condiție se confundă cu primele două: oferta a fost caracterizată ca univocă de jurisprudență atunci când ofertantul adresează mai multe propuneri inconciliabile fără posibilitatea destinatarului de a alege între acestea⁶.

Mai mult, oferta trebuie să cuprindă elementele principale ale contractului propus. În caz contrar nu suntem în prezența unei oferte: cu toate acestea, putem vorbi în această situație despre *o ofertă incompletă sau înșelătoare*.

Distincția între elementele principale ale unui contract și cele secundare nu este însă atât de ușor de operat pe cât ar părea. Mai ușor este să ne concentrăm asupra elementelor ce țin chiar de esența contractului. Vom încerca, de asemenea, să observăm dacă un document publicitar reprezintă o ofertă valabilă din punct de vedere juridic.

În primul rând, există în economia contractului elemente esențiale ce pot face obiectul studiului de față. Dacă luăm în considerare contractul de vânzare-cumpărare, Codul civil ne oferă un articol explicit: vânzarea este perfectă între părți și proprietatea este transmisă cumpărătorului de îndată ce părțile s-au înțeles asupra bunului și asupra prețului, chiar dacă bunul nu a fost predat iar prețul nu a fost plătit. O propunere de vânzare fără referință la preț sau care nu indică decât un preț simbolic nu poate valora, deci, o ofertă de vânzare.

Convenția de la Viena din 11 aprilie 1980 asupra vânzării internaționale de mărfuri, elaborată la inițiativa Națiunilor Unite, aduce precizări suplimentare: „o ofertă este suficient de precisă dacă desemnează marfa și, expres sau implicit, fixează cantitatea și prețul sau dă indicații suficiente determinării ulterioare”.

Această soluție poate fi aplicată și altor contracte fondate pe un schimb de bunuri. De asemenea, în cazul contractului de închiriere, oferta ar trebui să conțină indicarea lucrului închiriat și a chiriei. În plus, ar părea că data posibilă de predare a bunului ar fi cerută, însă nu și precizarea cu privire la durata contractului⁷.

În materie de prestări de servicii, jurisprudența franceză a decis că un acord prealabil al părților nu este absolut necesar și că, în lipsă de convenție între părți, judecătorul este competent să determine remunerația. Singura cerință ce trebuie îndeplinită este aceea a informării clientului sub forma unui afiș care să conțină prețul cel puțin estimativ al serviciilor⁸. În ceea ce privește profesiile liberale,

⁶ RTD CIVIL, 1968, p. 355, obs. Chevallier.

⁷ F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 6 ed., 1996, p. 89.

⁸ A se vedea în acest sens, *Code de la consommation* art. L. 113-3.

legislația franceză insistă asupra faptului că contractantul trebuie să fie în măsură să cunoască, fără dificultate, înainte de prestarea serviciului, fie prețul propriu-zis, fie principalii parametri care compun sau determină prețul final.

Bineînțeles, părțile ar putea considera unele elemente accesorii ca elemente esențiale ale contractului. Poate fi vorba despre garantarea obligațiilor sau despre modalitățile de achitare a ratelor. Acestea devin astfel elemente esențiale formării contractului și, întrucât aprobarea lor este necesară ele trebuie să figureze în oferta de contractare.

De asemenea, considerăm că valorează ca ofertă și un anunț publicitar precis, ferm și neechivoc. Un astfel de anunț este deseori însoțit de un bon de comandă care îi permite cumpărătorului să facă act de acceptare.

Această calificare a ofertei trebuie să-și găsească aplicarea și în materia publicității imobiliare. În Franța, instanțele civile⁹ au decis că anunțul făcut în paginile ziarelor leagă ofertantul de primul acceptant ca și când am fi în prezența unei oferte făcute unei persoane determinate. Putem ușor observa că această soluție vizează asigurarea protecției cumpărătorilor de pe piața imobiliară împotriva retragerii abuzive a ofertei ca urmare a unor propuneri ulterioare mai avantajoase pentru vânzător. Trebuie, de asemenea, de remarcat că este suficient să se indice că publicitatea nu are caracter contractual pentru a nu fi calificat anunțul ca ofertă și pentru a se împiedica orice acceptare care ar duce la nașterea unui contract de vânzare cumpărare.

Cu toate acestea, în Franța, doctrina dorește mai degrabă o schimbare a practicii instanțelor în sensul dreptului englez care considera un astfel de anunț publicitar ca fiind o simplă invitație la negocieri. Motivația constă în aceea că o ofertă de vânzare având ca suport un meschin anunț publicitar nu se poate transforma într-o obligație atât de gravă ca aceea a vânzării de imobile¹⁰.

În practică însă frecvența imprecizie a anunțurilor de mică publicitate, în special în ceea ce privește descrierea și localizarea bunului vândut, va împiedica reținerea calificării anunțului ca oferta.

În ceea ce privește propunerea incompletă, aceasta nu poate valora o ofertă: acceptarea sa nu ar avea aptitudinea de a forma un contract căruia nu i-au fost determinate elementele esențiale.

Mai exact, în cazul acesta suntem în prezența a două cazuri de policițaiune: *invitația de angaja tratative și cererea de a emite o ofertă*.

Invitația de angaja tratative nu dorește decât nașterea unui dialog ce ar putea eventual să își găsească concretizarea într-un contract. Este vorba, deci, despre o

⁹ Bulletin des Arrêts de Cour de Cassation, III, nr. 507.

¹⁰ Ph. Malauric, L. Aynes, *Droit civil, Les obligations*, 4 ed., Cujas, Paris, p. 212.

fază precontractuală, de o primă luare de contact ce prezintă un caracter imprecis.

În ceea ce privește cererea de ofertă, ea conține deja unele elemente esențiale ale contractului și invită destinatarul să emită o veritabilă ofertă. Cel mai adesea anunțurile de mică publicitate se înscriu în această categorie.

Așa cum am subliniat deja, un document publicitar poate constitui o ofertă valabilă de a contracta. Pe cale de consecință, un contract este susceptibil de a fi încheiat și ca urmare a unei acceptări obișnuite ca răspuns la o ofertă înșelătoare. Pe terenul dreptului civil un astfel de contract ar putea fi executat prin angajarea responsabilității contractantului. În plus, anulabilitatea contractului pentru dol ar putea sancționa comportamentul culpabil al ofertantului.

Altfel, chiar dacă oferta înșelătoare nu se concretizează într-un contract, ea poate fi cauza rupturii tratativelor. Vina este aici de natură precontractuală și responsabilitatea delictuală a ofertantului ar putea fi angajată în caz de prejudiciu.

În legislația franceză *publicitatea înșelătoare* atrage răspunderea penală constituind un delict. Definiția publicității înșelătoare a fost dată în anul 1973 prin legea numită ROYER care prevedea că orice forme de publicitate conținând afirmații, indicații sau prezentări false sau capabile să inducă în eroare se califică ca publicitate înșelătoare, cu condiția de a se referi la: existența, natura, compunerea, calitățile esențiale, specia, originea, accesorii, cantitate, modalitate și dată de fabricație, modalități de funcționare, preț și condiții de vîndere a bunurilor și serviciilor care fac obiectul publicității, condițiile de utilizare, rezultate care pot fi așteptate prin utilizare, motivele sau procedeele vînzării sau prestării de servicii, garanțiile oferite de autorul anunțului, calități și aptitudini ale fabricantului, concesionarului sau vînzătorului.

Curtea de Casație a Franței a precizat ulterior condițiile și câmpul de aplicare ale acestui text: pentru a fi în prezența delictului nu este necesară intenția¹¹. În concluzie simpla inexactitate culpabilă poate fi sancționată. În virtutea acestei hotărâri un agent imobiliar care a publicat un anunț conținând date eronate a fost condamnat penal pentru că nu a verificat informațiile furnizate de client.

În România, primele referiri ale legislației privind publicitatea înșelătoare au fost făcute în Normele Consiliului Național al Audio-Vizualului din anul 1993 unde se prevedea că publicitatea nu trebuie să fie înșelătoare să dăuneze intereselor consumatorilor, acestea fiind urmate de dispoziții similare și în alte acte normative care reglementau activitatea diverselor medii de presă și informare.

¹¹ Dalloz 1997, p. 502. Note Pirovano.

Definiția publicității înșelătoare a fost dată de abia în anul 2000 prin Legea nr. 148 privind publicitatea. Astfel, în art. 4 al acestei legi se prevede că publicitatea înșelătoare este orice publicitate care, în orice fel, inclusiv prin modul său de prezentare, induce în eroare sau poate induce în eroare orice persoană căreia îi este adresată sau care ia contact cu aceasta și îi poate afecta comportamentul economic, lezându-i interesul de consumator, sau care poate leza interesele unui concurent.

În continuare legea română reia definiția legii franceze pentru o mai bună identificare a publicității înșelătoare.

Potrivit dispozițiilor legii române, publicitatea înșelătoare constituie contravenție și se sancționează cu amendă de la 5 milioane la 40 de milioane.

Noi dispoziții privind publicitatea au fost aduse și prin Ordonanța Guvernului României nr. 99/2000 privind comercializarea produselor și serviciilor de piață, activitatea de publicitate, teleshopping și sponsorizare.

Toate aceste acte normative confirmă faptul că anunțul de publicitate poate constitui o veritabilă ofertă.

Fermitatea ofertei constituie al doilea criteriu al ofertei. În practică, se întâmplă frecvent ca aceasta să fie însoțită de rezerve. În general trebuie să subliniem că rezervele sunt incompatibile cu noțiunea și existența valabilă a ofertei¹². O astfel de așa-zis ofertă nu e, în realitate, decât o invitație de a iniția discuții sau o cerere de ofertă. În mod excepțional, unele rezerve nu afectează fondul ofertei și nu împiedică, deci, acceptarea ofertei. Putem astfel sugera o tipologie ce distinge între *rezerve absolute* și *rezerve relative*. Doar primele, opozabile „erga omnes”, permit celui care le stipulează să-și selecționeze partenerul. Ele sunt deci inconciliabile cu noțiunea de ofertă. Pentru unii autori francezi criteriul de diferențiere între cele două tipuri de rezerve ar consta în facultatea de a se elibera de ofertă într-un mod arbitrar¹³.

În ceea ce privește aceste rezerve incompatibile cu existența ofertei, putem distinge între *rezervele exprese* și *cele tacite*.

Rezervele exprese, perfect valabile, de altfel, transformă o pretinsă ofertă într-o cerere de ofertă. Ori de câte ori oferta este afectată de o rezervă de aprobare, contractul nu poate fi încheiat prin simpla intervenție a unei acceptări. Un exemplu de rezervă expresă îl constituie mențiunea „document non contractual”. Inserarea unei astfel de mențiuni în conținutul unei oferte publicitare marchează voința aparentă a autorului ei de a nu fi obligat prin intervenția unei acceptări. Însă deciziile instanțelor franceze în această materie

¹² V.B. Celice, *Les reserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, L.G.D.J., Paris, 1998.

¹³ F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, p. 91.

sunt de a nu da aplicare acestor tipuri de mențiuni, invocându-se un principiu al coerenței actului juridic, fondat pe adagiul „*protestatio non valent contra factum*”. Nu am putea, astfel, să propunem în mod clar un contract și apoi să-l interzicem.

În ceea ce privește rezerva tacită, ea există atunci când o ofertă destinată publicului privește de fapt un contract *intuitu personae*. O astfel de ofertă nu îl va putea obliga definitiv pe autorul ei, care își rezerva implicit dreptul de a-și alege contractantul.

Suntem în prezența unei rezerve compatibile cu noțiunea de ofertă atunci când ofertantul nu are puterea de a împiedica de o manieră absolută încheierea contractului sau nu are puterea de a se elibera de obligațiile ofertei în mod arbitrar¹⁴.

Exemplul clasic în acest caz este vânzarea în limita stocului existent. Rezerva ar putea fi concretizată, însă, și în efectuarea unui act de către destinatar, cum ar fi propunerea unui constructor de automobile către concesionarul său a unui contract preferențial dacă acesta din urmă renunță la reprezentarea și a altor mărci de autoturisme.

Ceea ce distinge, astfel, oferta este caracterul său perfect. Ea este o propunere care, cu condiția de a fi acceptată, îi reunește pe autor și pe destinatar în cadrul unui contract perfect valabil.

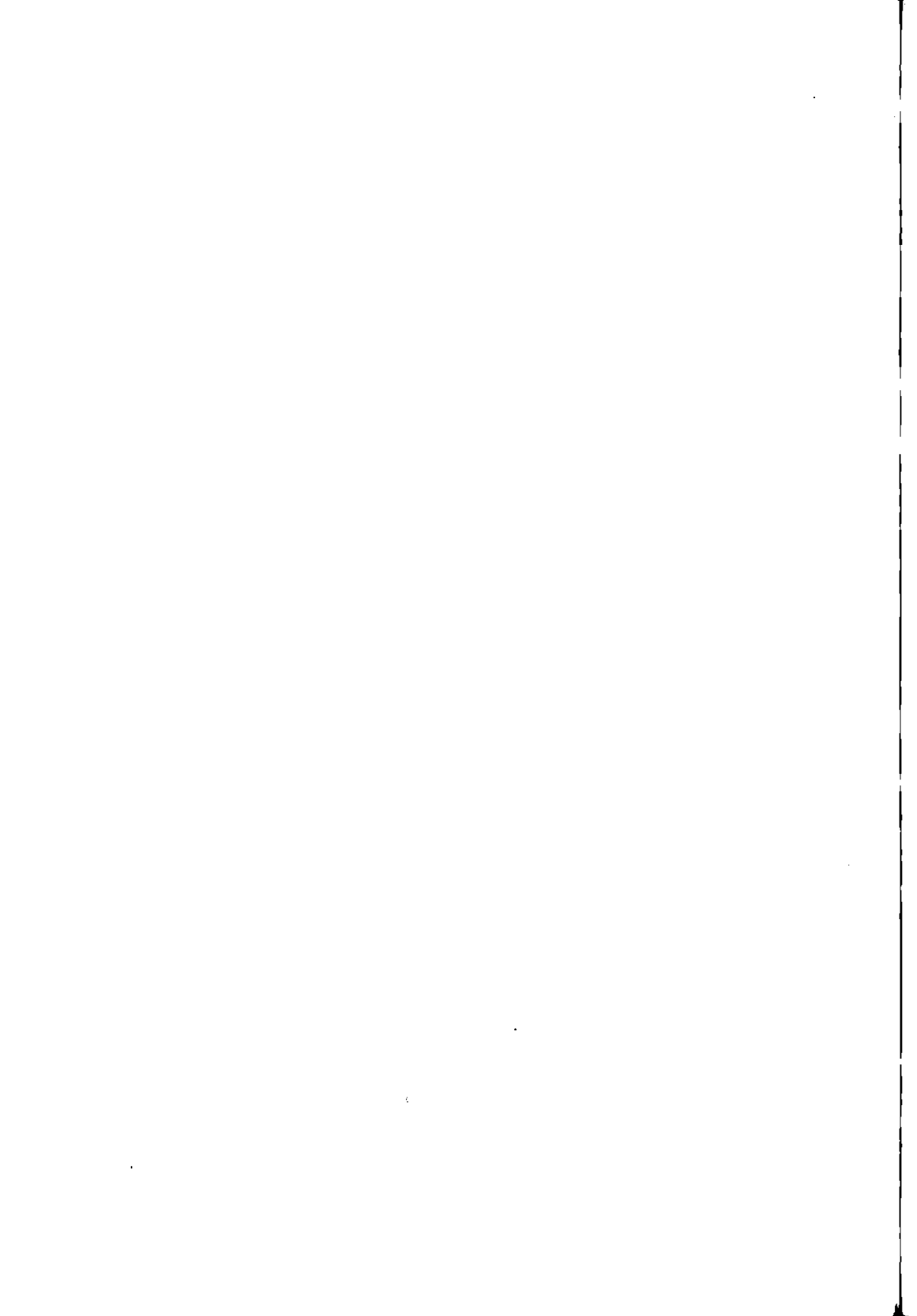
Aspects des negotiation des contrats

- Résumé -

Le contrat resulte de la volonté des parties d'échanger leurs consentements. Si les éléments psychologiques ou sociologiques de cet échange présentent un intérêt manifeste, l'analyse juridique classique se contente de voir naître le contrat d'une offre suivie d'une acceptation. Mais lorsque les enjeux sont importants, l'offre est souvent l'aboutissement de longs pourparles.

L'offre, encore dénommée, sollicitation, est d'abord une proposition. C'est sur cette proposition que va se bâtir l'édifice contractuel. Il est donc nécessaire de définir la notion d'offre aujourd'hui.

¹⁴ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Contrats*, Litec, Paris, 1998, pp. 28-29.



CONTRACTUL DE VÂNZARE-CUMPĂRARE LA DISTANȚĂ

CARMEN TAMARA UNGUREANU

Reglementarea contractului de vânzare-cumpărare la distanță printr-o lege specială se înscrie în efortul României de a armoniza legislația sa, în domeniul protecției consumatorilor, cu aceea din Uniunea Europeană, în vederea satisfacerii cerinței de preluare a aquis-ului european.

Contractul de vânzare-cumpărare la distanță reprezintă o varietate nouă a contractului de vânzare-cumpărare, căruia i se aplică reguli derogatorii de la dreptul comun, cuprinse în Ordonanța Guvernului 130/2000 privind regimul juridic al contractelor la distanță. Reprezintă o varietate nouă în considerarea calității uneia dintre părțile contractante, și anume aceea de *consumator*.

Consumatorul este considerat partea slabă în contractele încheiate cu profesioniștii, deoarece se află într-o poziție de inferioritate economică, financiară și juridică față de contractanții săi, puternici din punct de vedere economic, bine organizați și informați, care se impun pe piață și stabilesc, prin voința lor unilaterală, termenii încheierii contractelor¹. Pentru diminuarea dezechilibrului contractual, se impune protecția consumatorului.

Consumatorul² are în literatura juridică două accepțiuni: una subiectivă – restrânsă, conform căreia consumator este orice persoană care achiziționează, posedă sau utilizează bunuri sau servicii în scop privat, și alta obiectivă-largă, potrivit căreia consumator este orice persoană care consumă, indiferent de scop (profesioniștii care achiziționează bunuri pentru desfășurarea activității lor, dobânditorii de bunuri pentru uzul lor privat).

Noțiunea de consumator, în Ordonanța Guvernului 130/2000, este utilizată în sensul ei subiectiv, consumator fiind orice persoană fizică ce achiziționează, utilizează sau consumă produse ori beneficiază de prestarea unor servicii în afara activității sale profesionale, în baza unui contract încheiat cu un comerciant (articolul 2 (1)b). Comerciant este orice persoană fizică sau juridică ce, în

¹ Pentru detalii a se vedea Carmen Tamara Ungureanu, *Drept internațional privat. Protecția consumatorilor și răspunderea pentru produsele nocive*, Editura All Beck, București, 1999, p. 2.

² H.D. Tebbens, *International product liability, a study of comparative and international legal aspects of product liability*, Edition Sijthoff & Noordhoff International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 1980, p. 6; Y. Markovits, *La directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Edition L.G.D.J., Paris, 1990, p. 158.

contractele încheiate în condițiile Ordonanței Guvernului 130/2000, acționează în cadrul activității sale profesionale (articolul 2 (1)c)³.

Contractul la distanță, este contractul de furnizare de produse sau servicii, încheiat între un comerciant și un consumator, în cadrul unui sistem de *vânzare*, organizat de comerciant, care utilizează în mod exclusiv, înainte și la încheierea acestui contract, una sau mai multe tehnici de comunicație la distanță (articolul 2a). Prin tehnică de comunicație la distanță se înțelege orice mijloc ce poate fi utilizat pentru încheierea unui contract între comerciant și consumator și care nu necesită prezența fizică simultană a celor două părți (articolul 2d). Astfel, de exemplu, sunt considerate tehnici de comunicație la distanță: imprimare adresate sau neadresate, publicitate tipărită cu bun de comandă, catalog, telefon, radio, e-mail, teleshopping și altele, așa cum apar în lista anexă la Ordonanța Guvernului 130/2000. Deci, contractul de vânzare-cumpărare la distanță se caracterizează prin:

- lansarea unei oferte transmisă printr-o tehnică de comunicație la distanță;
- acceptarea ofertei de către consumator și comunicarea ei în același mod sau similar;
- absența contactului fizic dintre consumator și comerciant⁴.

Domeniul de aplicare al Ordonanței Guvernului 130/2000 cuprinde contractele la distanță încheiate între consumatori și comercianți, cu excepția următoarelor contracte, care sunt excluse:

- a) contractele privind servicii de investiții, operațiuni de asigurare și reasigurare, servicii bancare, operațiuni legate de fondul de pensii, operațiuni de bursă;
- b) contractele încheiate prin intermediul distribuitorilor automate sau în localurile comerciale automatizate;
- c) contractele încheiate prin intermediul telefoanelor publice;
- d) contractele încheiate pentru construirea și vânzarea de bunuri imobiliare sau care se referă la alte drepturi privind bunuri imobiliare, cu excepția contractelor de închiriere;
- e) contractele încheiate în cadrul vânzărilor la licitație;
- f) în cazul comerțului electronic (articolul 6).

³ Deși una dintre părțile contractante este comerciant, contractul nu este comercial, ci civil, întrucât nu există intenția de revânzare. A se vedea articolul 5 C.com.: Fr. Deak, St. Cârpenaru, *Contracte civile și comerciale*, Editura Lumina Lex, București, 1993, p. 261.

⁴ C.T. Ungureanu, *op.cit.*, p. 73; J. Allix, *La protection du consommateur en matière de contrat à distance*, în *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2/1993, p. 99; B. Zouaoui, *L'ordre public économique de protection dans le nouveau droit tunisien des ventes au consommateur*, în *Revue de Droit International et de droit comparé*, 2/2001, p. 185.

Momentul încheierii contractului este acela al primirii comenzii de către comerciant (articolul 5); se aplică *teoria recepției*⁵ în ce privește momentul încheierii contractului între absenți⁶. Apare însă o neconcordanță între acest text și prevederile articolului 11(1), conform căruia comerciantul trebuie să-și îndeplinească obligațiile contractuale în termen de 30 de zile de la data la care consumatorul a transmis comanda, cu excepția cazului în care părțile au convenit altfel. Conform dreptului comun, efectele contractului se produc, ca regulă, începând cu momentul încheierii acestuia⁷. Din redactare reiese că, momentul încheierii contractului ar fi acela al transmiterii comenzii de către consumator, adică momentul determinat conform *teoriei expediției*, și nu momentul primirii comenzii de către comerciant, cum se arată în articolul 5. Dacă ar funcționa regula cuprinsă în articolul 5, ar însemna că vânzătorul trebuie să-și îndeplinească obligațiile contractuale înainte de încheierea contractului. De altfel, acest text nu are un corespondent în Directiva 97/7/CE, pe când articolul 11(1) are. Din articolul 7 al Directivei reiese că momentul încheierii contractului este acela al transmiterii comenzii de către consumator, dată de la care începe să curgă termenul în care profesionistul este obligat să execute comanda⁸. Considerăm, astfel, că legiuitorul român ar trebui să modifice prevederile articolului 5, pentru a realiza concordanța cu reglementarea europeană.

Tăcerea consumatorului în cazul livrării de produse sau prestării de servicii fără o comandă prealabilă nu semnifică exprimarea consimțământului lui în sensul încheierii contractului. Articolul 14 interzice asemenea practici și exonerează pe consumator de orice contraprestație⁹.

Între obligațiile vânzătorului comerciant, în afara acelor prevăzute în dreptul comercial (să predea lucrul vândut și să-l garanteze pe cumpărător împotriva viciilor și a evicțiunii), Ordonanța Guvernului 130/2000 include și *obligația acestuia de informare* a consumatorului. Această obligație a fost enunțată ca atare mai întâi în Ordonanța Guvernului 21/1992 privind protecția consumatorului¹⁰ – legea cadru – ce a stabilit principiile fundamentale ale

⁵ Conform acestei teorii, încheierea contractului are loc în momentul în care răspunsul acceptantului a ajuns la ofertant, indiferent dacă ofertantul a luat sau nu cunoștință de cuprinsul lui; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All, București, 1995, p. 51.

⁶ C. Toader, A. Ciobanu, *Un pas important spre integrarea europeană: legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive. Ordonanța Guvernului nr. 87/2000 privind răspunderea producătorilor și Ordonanța Guvernului nr. 120/2000 privind contractele la distanță*, în *Revista de Drept Comercial* 3/2001, p. 79.

⁷ C. Stătescu, C. Bîrsan, *op.cit.*, p. 52.

⁸ *Ibidem*, p. 50.

⁹ C. Toader, A. Ciobanu, *op.cit.*, p. 79; C. Stătescu, C. Bîrsan, *op.cit.*, p. 49.

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 212 din 28 august 1992, aprobată prin legea 11/1994, (publicată în Monitorul Oficial al României nr. 65 din 14 martie 1994, cu modificări) și

protecției consumatorilor¹¹, care ulterior au fost explicate și detaliate în legi speciale, precum Ordonanța Guvernului 130/2000. Obligația de informare se întinde atât în perioada dinaintea încheierii contractului (obligație precontractuală), cât și în timpul executării contractului. Obligația de informare își are originea, pe de o parte, în principiul bunei credințe, ce impune părților o conduită onestă și loială, iar pe de altă parte, în cerința existenței unui consimțământ valabil exprimat la încheierea contractului¹².

Înainte de încheierea contractului, comerciantul are obligația de a-l informa pe consumator în timp util, corect și complet asupra unor aspecte precum: identitatea comerciantului, prețul vânzării, caracteristicile esențiale ale produsului, modalitățile de plată, dreptul de denunțare unilaterală a contractului, perioada de valabilitate a ofertei etc. (articolul 3 (1)). Informațiile trebuie comunicate consumatorului pe înțelesul lui, clar, fără echivoc, ținând seama de principiile de bună practică comercială în tranzacții și de principiile care guvernează protecția persoanelor lipsite de capacitate de exercițiu (articolul 3 (2)). Neîndeplinirea obligației de informare precontractuală poate fi calificată, în același timp, ca dol prin reticență (comerciantul păstrează tăcere asupra unor împrejurări pe care ar trebui să le aducă la cunoștința consumatorului) și ca faptă ilicită cauzatoare de prejudicii, sancțiunea fiind anularea contractului și respectiv răspunderea comerciantului pentru prejudiciul cauzat¹³.

În ceea ce privește referirea pe care o face legiuitorul la principiile care guvernează protecția persoanelor lipsite de capacitatea de exercițiu, ar trebui interpretată în sensul unei protecții speciale a consumatorului, considerat parte slabă în cadrul acestor contracte, aflat într-o stare de inferioritate: consumatorul cumpără bunuri ale căror caracteristici nu le poate verifica în concret și care pot să nu corespundă exigențelor lui. Acesta este și motivul pentru care el are facultatea de a denunța unilateral contractul, așa cum vom arăta în continuare.

modificată prin Ordonanța Guvernului 58/2000 pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului 21/1992 privind protecția consumatorilor (publicată în Monitorul Oficial al României nr. 43 din 31 ianuarie 2000).

¹¹ A se vedea articolul 3 și cap. IV (articolele 18-27): informarea și educarea consumatorilor din Ordonanța Guvernului 21/1992.

¹² Șt. Răusch, C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*. Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1995, pp. 74-78; Ghe. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Editura Șansa, București, 1992, pp. 131-137.

¹³ C. Foader, A. Ciobanu, *op.cit.*, p. 80; C.T. Ungureanu, *op.cit.*, p. 57; D. Chirică, *Obligația de informare și efectele ei în faza precontractuală a vânzării-cumpărării*, în *Revista de Drept comercial* 7-8 1999, p. 57; O. Căpățână, *Obligația vânzătorului comercial de informare a cumpărătorului*, în *Revista de Drept comercial* 10/1999, p. 6 și urm.

În timpul executării contractului, obligația de informare a comerciantului nu se stinge; acesta trebuie să transmită consumatorului în scris sau pe un alt suport durabil, în timp util, informații precum: condițiile de exercitare a dreptului de denunțare unilaterală a contractului, de service postvânzare și garanție, sediul comerciantului etc.¹⁴ Sancțiunea în cazul neîndeplinirii obligației de informare în timpul executării contractului constă în prelungirea termenului de denunțare unilaterală a contractului, de la 10 zile la 90 zile.

În Ordonanța Guvernului 130/2000 apare (așa cum am arătat) noțiunea denunțării unilaterale a contractului de către consumator: acesta, fără a avea vreun motiv și fără penalități, poate denunța contractul în termen de 10 zile lucrătoare; termenul curge diferit în funcție de natura obiectului contractului și de îndeplinirea obligației de informare a comerciantului și anume:

– pentru produse, de la data primirii lor de către consumator, când comerciantul și-a îndeplinit obligația de informare conform articolului 4;

– pentru servicii, din ziua încheierii contractului sau după încheierea contractului, de la data îndeplinirii obligației de informare conform articolului 4, dar nu mai mult de 90 de zile. Neîndeplinirea obligației de informare prevăzută de articolul 4 atrage prelungirea termenului de denunțare a contractului la 90 de zile, care curge, pentru produse, de la data primirii lor de către consumator și pentru servicii de la data încheierii contractului.

Conform dreptului comun contractele se pot revoca numai prin consimțământul mutual al părților sau din cauze autorizate de lege (articolul 969 C. civ.)¹⁵. Dreptul consumatorului de a denunța unilateral contractul este prevăzut de lege și derogă de la principiul general. În ceea ce privește natura juridică a dreptului de denunțare unilaterală a contractului s-au exprimat mai multe opinii în literatura juridică străină. Astfel, unii autori au considerat că este vorba de un contract de vânzare-cumpărare sub condiție potestativă, suspensivă sau rezolutorie¹⁶, întrucât denunțarea contractului, este la discreția consumatorului, fără ca acesta să aibă vreun motiv; dacă este suspensivă, contractul nu-și produce efectele până în momentul expirării termenului de exercitare a acestui drept, iar dacă este rezolutorie, contractul încheiat se desființează retroactiv dacă este denunțat de consumator sau se consolidează după împlinirea termenului în care ar putea fi denunțat, dacă nu a fost exercitat dreptul de denunțare. Alți autori¹⁷ au

¹⁴ C. Toader, A. Ciobănu, *op.cit.*, p. 79.

¹⁵ C. Stătescu, C. Bărsan, *op.cit.*, p. 59.

¹⁶ F. Domont-Naert, *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge*, în *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaison franco-belge*, Edition L.G.D.J., Paris, 1996, p. 227.

¹⁷ A. Sinay-Cytermann, *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français*, în *La protection...*, ed.cit., p. 253.

arătat că facultatea de a reveni asupra consimțământului dat aduce în discuție principiul forței obligatorii a contractului, pentru că permite revenirea asupra unui contract deja încheiat (contractul se încheie în momentul în care consumatorul a transmis comanda către comerciant¹⁸ și nu în momentul expirării termenului de denunțare). Astfel, dreptul de denunțare unilaterală ar fi echivalent cu *facultatea de dezicere*, asemănătoare cu cea prevăzută la *vânzarea-cumpărarea cu arvună*, numai că, în acest caz, dezicerea ar fi legală și gratuită.

Legiuitorul român, în concordanță cu legislația europeană, a instituit dreptul de denunțare unilaterală a consumatorului în scopul de a-i acorda o protecție eficientă, având în vedere natura contractului, faptul că el contractează fără ca să ia direct cunoștință de produs, fiind posibil ca acesta să nu corespundă imaginii pe care i-au creat-o mijloacele de publicitate, cataloagele etc. În ceea ce privește natura juridică a acestui drept, considerăm că este vorba de un contract de vânzare-cumpărare pur și simplu, neafectat de nici o modalitate; condiția nu poate fi modalitate a contractului – așa cum s-a apreciat în literatura juridică – întrucât evenimentul viitor și incert (exprimarea sau nu a voinței consumatorului, în sensul denunțării contractului) nu este stipulat în contract prin voința părților ci este prevăzut de lege¹⁹. Dreptul de denunțare unilaterală reprezintă o „cauză autorizată de lege”, în sensul articolului 969 C.civ., prevăzută de legiuitor în scopul protejării unei părți contractante, aflată într-o poziție de inferioritate.

Efectele denunțării unilaterale a contractului de către consumator constau în repunerea părților în situația anterioară, fiecare fiind obligată să restituie celeilalte ceea ce a primit (articolul 7 (1) și articolul 8); se desființează și contractul de credit (dacă există) încheiat între consumator și comerciant sau între consumator și un terț, pe baza acordului dintre comerciant și terț (articolul 9), ca efect al principiului desființării actului accesoriu ca urmare a desființării actului principal. Când consumatorul nu-și exercită dreptul de denunțare unilaterală a contractului în termen de 10 zile, contractul se consolidează.

Există situații prevăzute în articolul 10, în care consumatorul nu are dreptul de a denunța unilateral contractul, și anume în cazul contractelor de:

- a) furnizare de servicii a căror executare a început, cu acordul consumatorului, înainte expirării termenului de 10 zile lucrătoare;
- b) furnizare de produse sau servicii al căror preț depinde de fluctuațiile cursurilor pieței financiare, care nu pot fi controlate de comerciant;
- c) furnizare a unor produse executate după specificațiile consumatorului sau a unor produse distinct personalizate, precum și a aceluia care, prin natura lor, nu pot fi returnate sau care se pot degrada ori deteriora rapid;

¹⁸ A se vedea comentariul cu privire la momentul încheierii contractului (p. 2).

¹⁹ D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Editura Științifică, București, 1969, pp. 275-276.

d) furnizare a înregistrării audio, video sau a programelor informatice, în cazul în care au fost desigilate de către consumator;

e) furnizare a ziarelor, periodicelor, jurnalelor-magazin;

f) servicii de pariuri sau loterii.

Tot în scopul protecției consumatorului, a fost inversată sarcina probei în ceea ce privește dovedirea obligațiilor comerciantului și a acordului exprimat de către consumator, în situațiile în care legea permite. Când consumatorul pretinde că cocontractantul său – comerciantul – nu și-a îndeplinit obligația de informare ori nu a respectat termenele, sarcina probei revine comerciantului; el trebuie să dovedească drept false cele pretinse de consumator, întrucât el dispune de datele necesare, iar pentru consumator ar fi practic imposibil de probat. Când comerciantul susține că consumatorul și-ar fi dat consimțământul ca momentul încheierii contractului să fie altul decât cel prevăzut în Ordonanța Guvernului 130/2000, tot el trebuie să facă dovada (articolul 23).

Contractul de vânzare-cumpărare la distanță este supus unor norme derogatorii de la dreptul comun. Aceste norme edictate datorită naturii contractului și calității de consumator a uneia dintre părțile contractante au ca scop asigurarea unei protecții sporite a consumatorului-cumpărător.

Prin Ordonanța Guvernului 130/2000 a fost inclusă în legislația română o parte corespunzătoare legislației europene în domeniul protecției consumatorilor.

Le contrat de vente à distance

– Résumé –

Le contrat de vente à distance, réglementé par l'Ordonance de Gouvernement 130/2000, est une nouvelle variété de contract de vente, par laquelle on songe à une assurance d'une protection augmentée du consommateur-acheteur.

Le contrat de vente à distance est le contrat de livraison des produits ou des services, conclu entre un commerçant et un consommateur dans le cadre d'un système de vente, organisé par le commerçant, utilisant exclusivement, avant et au moment de la conclusion de ce contrat, une ou plusieurs techniques de communication à distance.

Le moment de la conclusion du contrat de vente à distance est celui où le consommateur transmet sa comande (théorie de l'expédition).

Si le consommateur reçoit des produits/services pour lesquels il n'a pas fait une comande préalable, il est dispensé de toute contre-prestation.

Le commerçant-vendeur a des obligations prévues dans le droit commercial et, en plus, l'obligation d'information, sévèrement sanctionnée lorsqu'elle n'est pas respectée, comme elle est présentée en détail dans l'Ordonance de Gouvernement 130/2000.

Vu la nature du contrat, un droit de rétractation du contrat de vente à distance est établi en faveur du consommateur, par l'Ordonance de Gouvernement 130/2000, sans indication du motif et sans pénalités, dans un délai expressément prévu.

Dans le but d'une protection augmentée du consommateur, le fardeau de la preuve est inversé, en ce qui concerne la preuve des obligations du commerçant et de l'accord exprimé par le consommateur; dans tous ces cas, le commerçant doit faire la preuve.

L'Ordonance de Gouvernement 130/2000, qui suit, avec une grande fidélité, la Directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, fait partie du paquet des actes normatifs adoptés en vue de rapprochement à la législation de l'Union Européenne.

RESTITUIREA ÎN NATURĂ A IMOBILELOR PRELUATE ABUZIV ÎN LUMINA DISPOZIȚIILOR LEGII NR. 10/2001

ȘTEFAN RĂUSCHI și ANDREI-MARIAN HOMEUCĂ

Încercările legiuitorilor români în perioada următoare apariției Legii nr. 112/1995 de a complini lipsurile acestui act normativ s-au materializat, în final, prin Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945–22 decembrie 1989. Ca o caracteristică generală a acestei legi în ceea ce privește domeniul de aplicare, remarcăm că vizează, cu anumite excepții, întreaga arie a imobilelor preluate sub orice formă – cu titlu valabil, fără titlu valabil sau fără titlu – de stat, de organizații cooperatiste sau de orice alte persoane juridice, fiind irelevant faptul că sunt imobile cu destinația de locuință sau cu altă destinație.

Referitor la restituirea acestor bunuri, Legea nr. 10/2001 consacră prin art. 1 ca regulă de bază principiul restituirii în natură, pe cât posibil și numai în cazurile expres prevăzute de lege (art. 16): când restituirea nu mai este posibilă în natură, măsura reparatorie stabilește prin echivalent.

Cât privește pe cei îndreptățiți la măsurile reparatorii în temeiul prezentei legi, se observă față de reglementările anterioare că beneficiază de restituire nu numai persoanele fizice, cetățeni români, ci și acela devenite între timp cetățeni străini sau apatrizi, precum și persoanele juridice. Face excepție numai persoanele care au primit despăgubiri potrivit acordurilor internaționale încheiate de România privind reglementarea problemelor financiare în suspensie, enumerate exemplificativ în anexa I la Legea nr. 10/2001.

Totuși, ca o deficiență a legii, nu este reglementat regimul juridic al imobilelor care au aparținut cultelor religioase sau comunităților de minorități naționale. Apreciem „de lege ferenda” ca necesară o intervenție legislativă în acest sens.

Departee de a fi perfectă, prin prevederile sale, Legea nr. 10/2001 constituie un instrument practic de reconsiderare pe baze noi a proprietății private și de racordare a legislației noastre în această materie la cerințele Uniunii Europene.

Concepția legiuitorului român privind categoria juridică „imobile preluate în mod abuziv”

Ca urmare a recomandărilor organismelor europene referitoare la modificarea legislației interne, precum și a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în materia dreptului de proprietate – garantat prin art. 1 din Primul protocol adițional la Convenția Internațională a Drepturilor Omului¹ – Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989² încearcă a repara abuzurile săvârșite față de acei proprietari – persoane fizice sau juridice – care au fost privați de dreptul lor de proprietate asupra unor imobile, terenuri și/sau construcții.

Dacă prin Legea nr. 112/1995 pentru reglementarea situației juridice a unor imobile cu destinația de locuințe trecute în proprietatea statului³, sfera imobiliară avută în vedere de legiuitor se limita doar la imobilele construcții cu destinația de locuințe, noua lege de restituire vizează nu doar locuințele, ci generic bunurile imobile, terenuri și/sau construcții. Edificatoare în acest sens este dispoziția art. 6 alin. 1 din Legea nr. 10/2001, potrivit căreia „prin imobile, în sensul prezentei legi, se înțelege terenurile, cu sau fără construcții, cu oricare dintre destinațiile avute la data preluării în mod abuziv, precum și bunurile mobile devenite imobile prin încorporare în aceste construcții, inclusiv terenurile fără construcții afectate de lucrări de investiții de interes public aprobate, dacă nu a început construcția acestora”. Potrivit alin. 2 al aceluiași articol „măsurile reparatorii privesc și utilajele și instalațiile preluate de stat sau de alte persoane juridice o dată cu imobilul, în afară de cazul în care au fost înlocuite, casate sau distruse”.

În aceeași ordine de idei, reprezintă abuz atât preluările cu titlu (valabil sau fără titlu valabil), cât și cele fără titlu, singura condiție necesară a fi îndeplinită fiind preluarea în perioada 06.03.1945-22.12.1989⁴.

¹ A se vedea în acest sens cauza *Brumărescu contra României* publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 414 din 31 iulie 2000.

² Publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr.75 din 14 februarie 2001.

³ Publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr.279 din 29 noiembrie 1995.

⁴ A se vedea prin comparație dispozițiile art.1 alin. 1 din Legea nr.112/1995 care dispune că beneficiază de măsurile reparatorii prevăzute de această lege foștii proprietari – persoane fizice – ai imobilelor cu destinația de locuințe, trecute în proprietatea statului sau a altor persoane juridice, după 6 martie 1945, numai în baza unui titlu: cele ale art.1 alin. 4 din H.G. nr.20/1996 pentru stabilirea normelor metodologice privind aplicarea Legii nr.112/1995, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr.16 din 23 ianuarie 1996, modificată prin H.G. nr. 11/1997, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr.16 din 4 februarie 1997, precum și cele ale art.6 alin.2 din Legea nr.213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr.448 din 24 noiembrie 1998, care prevăd că pot fi revendicate de foștii proprietari sau succesorii acestora numai bunurile preluate de stat fără un titlu valabil, inclusiv cele obținute prin viciera consimțământului. În consecință, aceste

Restituirea – mijloc de realizare a reparării integrale a prejudiciilor cauzate prin preluarea abuzivă a imobilelor

Din punct de vedere semantic, noțiunea de „restituire” are un conținut juridic diferit de cel al noțiunii de „reconstituire” sau „reîmproprietărire”. Astfel, reconstituirea vizează însăși încetarea existenței – „ipso iure” – în patrimoniul unei persoane determinate, a dreptului, în cazul nostru, a dreptului real de proprietate asupra unui imobil, în timp ce, restituirea are în vedere ipoteza în care dreptul de proprietate exista ca drept subiectiv civil, însă a fost golit de conținutul său juridic – „ipso re” – întrucât bunul asupra căruia titularul își exercită prerogativele dreptului respectiv a fost preluat de către stat⁵.

Prin urmare, prin reconstituire se urmărește renașterea dreptului de proprietate asupra imobilelor, iar prin restituire se are în vedere înapoierea către titularii dreptului de proprietate a bunurilor imobile preluate.

Făcând această observație, remarcăm formularea improprie atât a Legii nr. 112/1995, cât și a Legii nr. 10/2001, care, fără a face distincția necesară susținută mai sus între cele două noțiuni, dispune în același timp atât restituirea imobilelor, cât și reconstituirea dreptului de proprietate, sub titulatura de „restituire” și aceasta fără a ține cont de faptul că dacă vorbim despre reconstituirea dreptului de proprietate avem în vedere numai imobilele preluate cu titlu valabil sau fără titlu valabil (adică acele imobile preluate în baza unor acte normative, cu aplicarea întocmai a dispozițiilor lor sau, dimpotrivă, când aplicarea lor s-a făcut în mod abuziv), în timp ce restituirea nu poate viza decât imobilele preluate fără titlu, adică în fapt⁶. Astfel, dacă statul a dobândit dreptul de proprietate ca efect al unor legi⁷ – „ope legis” – chiar și în situația în care nu a fost înscris în registrele de publicitate imobiliară, înseamnă că dreptul real a fost transferat prin această modalitate legală din patrimoniul particularului – persoana fizică sau juridică – în patrimoniul său. Ca urmare, măsura de reparație ce se impune este aceea a reconstituirii dreptului de proprietate. Dacă, însă, valabilitatea unui astfel de titlu este contestată, forța sa juridică urmează să fie apreciată numai de instanța de judecată competentă.

acte normative au o sferă de aplicabilitate mult redusă față de aceea avută în vedere de Legea nr. 10/2001.

⁵ A se vedea pentru amănunte Ioan Adam, *Legea nr. 10/2001. Regimul juridic aplicabil imobilelor preluate abuziv*, Editura All Beck, București 2001, p.148.

⁶ De exemplu, în situația în care proprietarul unui imobil este evacuat prin violență, iar imobilul său este ocupat în fapt de acoliții regimului totalitar, fără a se face aplicarea vreunei dispoziții legale.

⁷ De exemplu, Legea nr. 119/1948 pentru naționalizarea întreprinderilor industriale, bancare, de asigurări miniere și de transporturi, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 133 din 11 iunie 1948.

Situația este identică și în cazul imobilelor preluate fără titlu valabil, adică cu încălcarea dispozițiilor legii de preluare.

În concluzie, pentru o corectă și eficientă aplicare a Legii nr. 10/2001, se impune a se face distincția între statutul juridic al imobilelor preluate cu titlu și cel al imobilelor preluate fără titlu, din punct de vedere al dobândirii dreptului de proprietate.

Principiul restituirii în natură a imobilelor abuziv preluate

Potrivit art. 1 coroborat cu art. 9 din Legea nr. 10/2001, se instituie principiul restituirii în natură a imobilelor preluate abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989. Astfel, în art. 9 alin. 1 cu titlu de normă guvernatoare imperativă se prevede faptul că „imobilele preluate în mod abuziv, indiferent în posesia cui se află în prezent, se restituie în natură, în starea în care se află la data cererii de restituire și libere de orice sarcini”.

Restituirea se poate face și „pro parte”, în ipoteza în care restituirea „pro toto” este imposibilă, restul rămas până la întreg urmând a face obiectul unei restituiri prin echivalent.

Imobilele vor fi restituite libere de orice sarcini (art. 9 alin. 1, teza finală). Ca urmare, dacă deținătorul actual al imobilului a constituit o garanție reală asupra acesteia, de pildă, o ipotecă convențională pentru garantarea unei creanțe, aceasta se va stinge ca efect al restituirii în natură. Prin această prevedere, se instituie un caz special de stingere a sarcinilor reale care pot greva imobilele și aceasta indiferent dacă imobilul va fi restituit ca urmare a stabilirii dreptului de proprietate sau a constatării lui.

Cu privire la imobilele pentru care s-a dispus demolarea, art. 10 alin. 1 precizează că „în situația imobilelor preluate în mod abuziv și demolate total sau parțial, restituirea în natură se dispune pentru terenul liber și pentru construcțiile rămase nedemolate”.

Prin „teren liber”, trebuie să înțelegem terenul pe care nu au fost ridicate între timp alte construcții, lucrări de exerciții sau care nu a fost afectat de alte detalii de sistematizare.

În situația în care pe terenurile imobilelor preluate în mod abuziv s-au ridicat construcții, persoana îndreptățită poate obține restituirea în natură a părții de teren rămase liberă (alin. 2).

O notă de contradicție aduce alin. 3 care dispune că „se restituie în natură terenurile pe care s-au ridicat construcții neautorizate în condițiile legii după data de 1 ianuarie 1990, precum și construcții ușoare sau demontabile”. Coroborat cu dispozițiile art. 6 alin. 1, teza finală care precizează sfera imobilelor terenuri ce

pot face obiectul restituirii în natură, respectiv numai terenurile fără construcții, afectate de lucrări de investiții de interes public aprobate, dacă nu a început construcția acestora, în literatura de specialitate⁸ se apreciază că alin. 3 al art. 10 reprezintă o excepție față de regula înscrisă în art. 6 alin. 1, teza finală.

Cu alte cuvinte, formează obiect al restituirii numai terenurile care au fost preluate în mod abuziv și pe care nu s-au ridicat construcții, cu singura excepție când construcțiile sunt neautorizate, ușoare sau demontabile.

Categoriile de construcții neautorizate, ușoare sau demontabile nu sunt definite de lege, astfel încât revine literaturii juridice de specialitate și practicii judiciare sarcina de a învedera conținutul și sfera de aplicabilitate a lor, prin raportare la legislația existentă. Totuși, în ceea ce privește construcțiile demontabile există o reglementare în materie civilă și anume Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării construcțiilor și unele măsuri pentru realizarea locuințelor⁹ care dispune în art. 3 lit. g că pot fi considerate demontabile doar construcțiile cu caracter provizoriu, respectiv: chioșcuri, tonete, cabine, spații de expunere, corpuri și panouri de afișaj, firme și reclame etc. Enumerarea nu este limitativă, după cum rezultă, de altfel, și din formularea legii.

Potrivit alin. 4 art. 10, „în cazul imobilelor preluate în mod abuziv și distruse ca urmare a unor calamități naturale, persoana îndreptățită beneficiază de restituirea în natură pentru terenul liber”. Astfel, prin pierrea fizică a imobilului construcție, restituirea în natură va privi numai imobilul teren. În situația în care terenul este parțial liber, acesta va fi restituit în natură „pro parte”, pentru partea de teren ocupată, persoana îndreptățită urmând a primi despăgubiri. Dacă terenul nu este liber, măsurile reparatorii se stabilesc numai prin echivalent.

Același regim juridic îl vor avea și imobilele rechiziționate în temeiul Legii nr. 139/1940¹⁰. În acest sens art. 10 alin. 5 din Legea nr. 10/2001 prevede că „dispozițiile alin. 4 se aplică în mod corespunzător imobilelor rechiziționate în baza Legii nr. 139/1940 și distruse în timpul războiului, dacă (subl.ns. persoanele îndreptățite) nu au primit despăgubiri”.

Construcțiile preluate în mod abuziv și demolate, precum și terenurile ori construcțiile nedemolate preluate tot abuziv, dar care nu se pot restitui în natură, nici total, nici parțial foștilor proprietari, vor fi evaluate în bani, potrivit actelor normative în vigoare. În acest caz, restituirea se va face prin echivalent¹¹.

⁸ A se vedea Ioan Adam, *op.cit.*, p. 153.

⁹ Publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 163 din 7 august 1991.

¹⁰ Publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 48 din 27 februarie 1940.

¹¹ Spre deosebire de dreptul comun și în plus față de acesta, repararea prin echivalent a prejudiciului suferit prezintă în lumina prevederilor Legii nr. 10/2001 mai multe variante. Astfel,

Art. 11 alin. 1 prevede că „imobilele expropriate și ale căror construcții nu au fost demolate se pot restitui integral persoanelor îndreptățite, dacă nu au fost înstrăinate cu respectarea dispozițiilor legale”.

Textul consacră o aplicare clară principiului „restitutio in integrum”, dându-se astfel eficiență legislativă unor soluții jurisprudențiale¹² cu valoare de principiu care sancționau actele ce nu îndeplineau condițiile exproprierii, în prezent prevăzute de Legea nr. 33/1994¹³ privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, respectiv utilitatea publică care trebuie declarată ca atare prin lege precum și dreapta și prealabila despăgubire (art. 1 din Lege).

Principalul efect al exproprierii constă în dobândirea dreptului de proprietate de către expropriator asupra bunului expropriat, concomitent cu transformarea calitativă a proprietății din proprietate privată în proprietate publică¹⁴.

Exproprierea este cea mai severă restricție adusă dreptului de proprietate privată¹⁵, drept a cărui protecție se realizează de altfel prin ocrotirea sa de către lege, în mod egal, indiferent de titular. Acest lucru a determinat pe unii autori să afirme că exproprierea „nu este doar o simplă îngrădire a dreptului de proprietate, ci un veritabil mod de încetare a acestuia”¹⁶.

Inițial, practica judiciară¹⁷, inclusiv cea a Curții Constituționale a statuat că prevederile art. 35 și 36¹⁸ din Legea nr. 33/1994 pot fi invocate pentru a obține retrocedarea imobilelor, numai dacă acestea au fost expropriate după procedura

prejudiciul creat prin preluarea abuzivă a imobilelor de către stat poate fi acoperit fie prin plata unor sume de bani, fie prin acordarea de titluri de valoare nominală folosite exclusiv în procesul de privatizare, de acțiuni la societăți comerciale tranzacționate pe piața de capital ori prin compensarea cu alte bunuri și servicii oferite în echivalent de deținătorul bunului, cu acordul persoanei îndreptățite la restituire (art. 9 alin. 2).

¹² A se vedea C.S.J., secț.civ., dec.nr. 3884 din 17 noiembrie 1999, nepublicată.

¹³ Publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 139 din 2 iunie 1994.

¹⁴ A se vedea Fl. Baias, B. Dumitrache, *Discuții pe marginea legii nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică*, în „Dreptul”, nr. 4/1995, p. 90; C. Bârsan, M. Gaiță, M.M. Pivniceru, *Drepturile reale*, Institutul European, Iași, 1997; E. Chelaru, *Exproprierea pentru cauză de utilitate publică*, în „Dreptul” nr. 4/1998, pp. 14-19.

¹⁵ A se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti-Balânescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Editura Națională C. Ciomei, București, 1928, p. 60.

¹⁶ I. Filipescu, *Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Editura Actami, București, 1998, p. 191.

¹⁷ C.S.J., secț.civ., dec.nr.2255 din 10 iulie 1996, în „Dreptul” nr. 6/1997, p. 11-112; C.S.J., sec.civ., dec. nr. 21984 din 4 iulie 1996, în „Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1996”, Editura Proema, Baia Mare, 1997, p. 44.

¹⁸ Art. 35: „Dacă bunurile expropriate nu au fost utilizate în termen de 1 an potrivit scopului pentru care au fost preluate de la expropriat, respectiv lucrările nu au fost începute, foștii proprietari pot să ceară retrocedarea lor, dacă nu s-a făcut o nouă declarație de utilitate publică”; art. 36: „Cererea de retrocedare se va adresa tribunalului, care, verificând temeiurile acesteia, va putea dispune retrocedarea”.

instituită de această lege, iar nu și în cazul celor expropriate prin decretele adoptate anterior¹⁹ intrării în vigoare a Legii 33/1994.

Ulterior, C.S.J. și-a schimbat practica, în sensul că se va putea cere și retrocedarea imobilelor expropriate prin decrete adoptate anterior intrării în vigoare a Legii 33/1994, dacă sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 35-36²⁰.

Singura condiție ce se cere a fi îndeplinită este ca imobilul să nu fi făcut obiectul unui act de înstrăinare prin care acesta a ieșit din patrimoniul statului și a intrat în patrimoniul altei persoane fizice sau juridice. „Per a contrario” restituirea în natură în condițiile Legii nr. 10/2001 nu mai este posibilă.

Potrivit tezei finale a alin. 1 al art. 11 din Legea nr. 10/2001, dacă persoana îndreptățită a primit o despăgubire cu ocazia exproprierii imobilului, restituirea în natură este condiționată de rambursarea sumei de bani, reprezentând valoarea despăgubirii actualizată cu indicele inflației. Se face astfel aplicarea a două principii de drept, respectiv cel al îmbogățirii fără justă cauză, prin eliminarea situațiilor în care persoanele îndreptățite la restituire ar fi beneficiat atât de echivalentul valoric al bunului obiect al exproprierii, cât și de bun în materialitatea sa, și cel al teoriei imprevizunii²¹. Se cere restituirea nu numai a sumei de bani primită de cel expropriat, cu titlu de despăgubire, ci și a diferenței rezultată din valoarea actuală a imobilului supus cererii de restituire și cea de la data exproprierii. Cu alte cuvinte, despăgubirea primită de expropriat trebuie actualizată potrivit indicelui inflației.

În cazul în care construcțiile expropriate au fost demolate parțial sau total, dar nu s-au executat lucrările pentru care s-a dispus exproprieria, terenul liber se restituie în natură cu construcțiile rămase (alin. 2 al art. 11).

Textul reglementează situația restituirii „pro parte” a imobilului ce a făcut obiectul exproprierii, parțialitatea restituirii constând fie în înapoierea parțială a construcțiilor, împreună cu terenul, fie în restituirea numai a terenului.

¹⁹ În perioada 06.03.1945-22.12.1989, exproprieria a fost reglementată de diverse acte normative, precum: Decretul nr. 545/1958 privind asigurarea terenurilor necesare construcțiilor sau pentru efectuarea altor lucrări de interes de stat; Decretul nr. 467/1979 privind evaluarea construcțiilor, terenurilor și plantațiilor etc. În ceea ce privește perioada 22.12.1989-27.05.1994, deși Decretul nr. 467/1979 era încă în vigoare, aceasta a fost considerat ca fiind căzut în desuetudine. Abrogarea sa expresă s-a făcut odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 33/1994.

²⁰ C.S.J., Secțiile Unite, dec.nr.VI/1999, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 636 din 27 decembrie 1999 și în „Dreptul” nr. 2/2000, p. 162-165; C.S.J., sec.civ., dec.nr. 667 din 5 noiembrie 1999, în „Dreptul” nr. 12/2000, p. 135; C.S.J., sec.civ., dec.nr.3212 din 5 octombrie 2000, în „Dreptul” nr. 12/2000, p. 137.

Pentru o analiză detaliată a prevederilor art. 35 și 36 din Legea nr. 33/1994, a se vedea M. Scheaua, „Comentariu la decizia nr. VI/1999 a C.S.J.”, Secțiile Unite, în „Juridica” nr. 1/2000, p. 34-35.

²¹ A se vedea Gr. Giurca (I) și Gh. Beleiu (II), „Teoria imprevizunii – *Rebus sic stantibus* – în dreptul civil”, în „Dreptul” nr. 10-11/1993, pp. 29-36.

construcția fiind în întregime demolată. Restituirea în natură a unui asemenea imobil este, însă, condiționată de inexistența acelor lucrări pentru care s-a dispus exproprierea. „Per a contrario”, dacă după demolarea parțială sau totală a construcțiilor au fost executate lucrările pentru care s-a dispus exproprierea, restituirea în natură nu mai este posibilă și singura modalitate de reparație rămâne cea prin echivalent.

Potrivit tezei finale a alin. 2 al art. 11, dacă persoana îndreptățită la restituire a primit o despăgubire, retrocedarea este condiționată de rambursarea diferenței dintre valoarea despăgubirii primite și valoarea construcțiilor demolate, actualizată cu indicele inflației la data plății efective.

Atât valoarea despăgubirii cât și valoarea construcțiilor demolate este aceea de la data exproprierii (alin. 5 art. 11).

Potrivit art. 11 alin. 3, „în cazul în care construcțiile expropriate au fost integral demolate și lucrările pentru care s-a dispus exproprierea ocupă terenul parțial, persoana îndreptățită poate obține restituirea în natură a părții de teren rămase liberă...”.

Prin acest text de lege, legiuitorul oferă posibilitatea celor îndreptățiți să obțină bunul în natură chiar și în parte, dar numai în ceea ce privește terenul rămas liber, întrucât „pentru cea ocupată de construcții noi și pentru cea necesară în vederea bunei utilizări a acestora” măsurile reparatorii se stabilesc prin echivalent (alin. 3 art. 11 teza finală).

Legea nu face nici o precizare ce se înțelege prin terenuri care servesc unei bune utilizări a construcțiilor, astfel încât urmează ca această analiză, deopotrivă tehnică și juridică, să se facă ținând cont de caracteristicile constructiv-arhitectonice ale supraedificiului, de utilitățile acestuia, de anexele exterioare etc., în scopul delimitării precise a terenului necesar bunei sale utilizări, de terenul excedentar care poate face obiectul restituirii în natură în condițiile Legii nr. 10/2001²².

Art. 12 din lege are în vedere „situația imobilelor preluate cu titlu valabil, deținute de stat, de o organizație cooperatistă sau de orice altă persoană juridică”. Trebuie precizat faptul că imobilele preluate cu titlu valabil de către stat sunt acele imobile ce au intrat în proprietatea acestuia în temeiul unor acte normative de transfer a proprietății, aplicate corect la cazurile anume prevăzute de ele.

Dacă trecerea în proprietatea statului, a unei organizații cooperatiste sau a oricărei persoane juridice s-a făcut cu titlu oneros, persoana îndreptățită la restituire va primi bunul imobil în natură numai condiționat, în prealabil, de rambursarea sumei reprezentând valoarea despăgubirii primite, actualizată cu indicele inflației.

²² A se vedea Ioan Adam, *op.cit.*, p. 164.

În ipoteza în care imobilul ce va fi restituit fie prin procedura administrativă prevăzută de art. 20 și urm. din Lege, fie prin hotărâre judecătorească face obiectul unui contract de concesiune, locație de gestiune, asociere în participațiune sau al unei operațiuni de leasing, persoana îndreptățită poate opta pentru restituirea în natură sau pentru măsuri reparatorii în echivalent, după cum se exprimă art. 14 alin. 1 din Legea nr. 10/2001. Dacă va opta pentru restituirea în natură, se va subroga în drepturile statului sau ale persoanei juridice deținătoare, în contractele respective, dar numai dacă acestea au fost încheiate cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare la data perfectării lor (alin. 2 al aceluiași articol), însă va fi obligată, în același timp, să și respecte situația juridică impusă prin contract. Suntem în acest caz din urmă în prezența unei obligații „scriptae in rem” care impune persoanei îndreptățite – viitor posesor al imobilului – respectul față de raportul juridic obligațional, născut anterior valabil, chiar dacă nu a participat direct și personal la formarea acestuia. Altfel spus, obligațiile născute din contractele mai sus menționate sunt opozabile persoanei ce va opta pentru restituirea în natură (deși este terț față de aceste contracte).

O ultimă situație de restituire în natură a imobilelor abuziv preluate și cu totul diferită față de cele analizate anterior este reglementată de art. 19 din Lege care în alin. 1 dispune că „persoanele care au primit despăgubiri în condițiile Legii nr. 112/1995 pot solicita numai restituirea în natură, cu obligația returnării sumei reprezentând despăgubirea primită, actualizată cu indicele inflației”. Singura condiție negativă ce se cere îndeplinită este ca imobilul să nu fi fost vândut până la data intrării în vigoare a prezentei legi.

În aceste condiții, beneficiază de restituire în natură acele persoane care sub imperiul Legii nr. 112/1995 au primit despăgubiri pentru bunul imobil trecut în proprietatea statului. Nuanța imperativă a acestei norme „...pot solicita restituirea în natură...” este dată tocmai de existența anterioară a unei măsuri de restituire prin echivalent, astfel încât a apela și sub egida noii legi la aceeași măsură (prin echivalent) ar fi superfluu²³.

Pentru a beneficia de restituirea în natură, este necesar să fie îndeplinite cumulativ două condiții:

a) solicitantul trebuie să întoarcă despăgubirea primită în condițiile art. 12 din Legea nr. 112/1995. „Per a contrario” ar însemna să i se recunoască persoanei îndreptățită la restituire un folos patrimonial, în plus peste ceea ce i se cuvine, fără ca pentru aceasta să existe un temei juridic. Am fi astfel în prezența unei

²³ A se vedea Ioan Adam, *op.cit.*, p. 168.

îmbogățiri fără justă cauză²⁴. Returnarea sumei primită cu titlul de despăgubire trebuie actualizată cu indicele inflației;

b) imobilul ce face obiectul cererii de restituire să nu fi fost înstrăinat prin vânzare-cumpărare titularilor contractelor de închiriere. Așadar, Legea nr. 112/1995 protejează situația juridică statornică de părțile contractului de închiriere.

Imobilul se restituie în starea în care se află la data cererii de restituire și liber de orice sarcini. Distrugerile, degradările cauzate acestuia după intrarea în vigoare a Legii nr. 10/2001 și până în momentul predării efective către persoana îndreptățită sunt suportate de deținătorul imobilului. Aceasta are obligația de pază și supraveghere a imobilului, răspunderea sa pentru eventualele prejudicii cauzate putând avea la bază și culpa „in vigilando”, nu numai intenția, cunoscut fiind că în dreptul civil răspunderea juridică intervine și pentru cea mai ușoară formă de vinovăție (culpa).

Implicații juridice ale restituirii în natură a imobilelor asupra chiriașilor și a altor categorii de detentori

Legea nr. 10/2001, pe lângă măsurile reparatorii de care beneficiază foștii proprietari ai imobilelor (terenuri și/sau construcții) preluate abuziv în perioada regimul comunist, instituie și măsuri pentru protecția chiriașilor și a altor categorii de detentori, care în temeiul unui titlu locativ dețin imobile ce fac obiectul restituirii în natură.

Reglementarea situației juridice a acestora este făcută de prevederile O.U.G. nr. 40/1999²⁵ privind protecția chiriașilor și stabilirea chiriei pentru spațiile cu destinația de locuințe.

O primă situație pe care o vom analiza este cea prevăzută de art. 6 din ordonanță, care se referă la statul juridic al chiriașilor care au cumpărat locuințele în care aceștia locuiau efectiv, cu încălcarea prevederilor Legii nr. 112/1995, iar ulterior, prin hotărâri judecătorești definitive, contractele de vânzare-cumpărare respective au fost desființate.

În acest caz, proprietarul imobilului are îndatorirea în temeiul art. 15 alin. 1 din Legea nr. 10/2001 să încheie cu chiriașul căruia i-a fost desființat contractul

²⁴ A se vedea Constantin Stătescu și Corneliu Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All Beck, București, 1999, p. 116.

²⁵ Publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 148 din 8 aprilie 1999 și aprobată prin Legea nr. 241/2001, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 265 din 23 mai 2001.

de vânzare-cumpărare un nou contract de închiriere pe o durată de 5 ani. Se realizează astfel o prorogare legală a termenului de închiriere.

Totuși, proprietarul care și-a recăpătat imobilul are posibilitatea potrivit art. 15 alin. 1, teza finală, de a pune la dispoziția chiriașului „o altă locuință corespunzătoare”, cu obligația pentru acesta din urmă de a elibera imediat locuința ocupată.

Legea nu definește ce se înțelege prin sintagma „locuință corespunzătoare”. În literatura de specialitate²⁶ se apreciază că o locuință pentru a fi considerată corespunzătoare trebuie să respecte condiția suprafeței locative și a normei locative în funcție de numărul de persoane, să fie dotată cu dependențele necesare unui trai civilizat, să fie situată în aceeași localitate sau, dacă chiriașul este de acord, în altă localitate. Nu se cere ca locuința nouă pusă la dispoziția acestuia să aibă aceeași configurație arhitectonică și constructivă, să aibă același număr de încăperi sau să fie situată în aceeași zonă civică.

Prin excepție de la cele precizate mai sus cu privire la condițiile cerute pentru realizarea schimbului de locuințe, art. 15 alin. 4 din Legea nr. 10/2001²⁷, ținând cont de calitatea specială a chiriașilor, dispune că la efectuarea schimbului obligatoriu (subl.nr. schimb forțat) locuința oferită trebuie să asigure condiții de folosință *similare* celor existente în locuința deținută.

Potrivit art. 15 alin. 2, „neîncheierea noului contract de închiriere în cazul prevăzut la art. 9 și 10 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 40/1999, cauzată de neînțelegerea asupra cuantumului chiriei cerute de proprietar sau de pretenția acestuia de restrângere a suprafeței locative pentru persoanele prevăzute la art. 32 alin. 1 din aceeași ordonanță (subl.ns. chiriașii care ocupă efectiv locuința) atrage prelungirea de drept a contractului de închiriere până la încheierea noului contract.

Astfel, în situația intervenirii unor dezacorduri între proprietar și chiriaș cu privire la stabilirea chiriei solicitate sau restrângerea suprafeței locative cerută de proprietar acestuia, contractul de închiriere *se prelungește de drept* până la încheierea noului contract.

În caz de divergență asupra cuantumului chiriei pentru imobilele ce se restituie în natură către foștii proprietari, precum și pentru locuințele prevăzute

²⁶A se vedea Ioan Adam, *op.cit.*, pp. 113-114.

²⁷ Categoriile de chiriași prevăzute de art.15 alin.4 sunt: „persoanele cu handicap, (...) persoanele prevăzute în Legea nr. 42/1990 pentru cinstitirea eroilor-martiri și acordarea unor drepturi urmașilor acestora, răniților, precum și luptătorilor pentru victoria Revoluției din Decembrie 1989, în Legea nr. 44/1994 privind veteranii de război, precum și unele drepturi ale invalizilor și văduvelor de război și în Decretul-lege nr. 118/1990 privind acordarea unor drepturi persoanelor persecutate din motive politice de dictatura instaurată cu începerea de la 6 martie 1945, precum și celor deportate în străinătate ori constituite în prizonieri (...)”.

la art. 26 alin. 1 din O.U.G. nr. 40/1999²⁸, art.15 alin. 3 din Legea nr. 10/2001 arată că nivelul maxim al chiriei nu poate depăși 25% din venitul net lunar pe familie. Pentru acesta se cere însă ca veniturile nete lunare ale celor care dețin asemenea imobile să se situeze între venitul mediu net lunar pe economie și dublul acestuia.

Dacă cuantumul chiriei stabilite este mai mic decât cel calculat potrivit art. 26 – 30 din O.U.G. nr. 40/1999²⁹, proprietarul ce a obținut restituirea în natură a imobilului este scutit de plata impozitului pe teren și clădire, precum și de impozitul pe chiria ce o percepe. Mai mult, așa cum prevede teza finală a alin. 3 al art. 15 din Legea nr. 10/2001, proprietarul este exonerat de răspundere pentru obligațiile ce îi revin pe durata contractului de închiriere respectiv.

Contractele de locațiune pentru imobilele restituite în natură, ocupate de misiunile diplomatice, oficiile consulare, reprezentanțele organizațiilor internaționale interguvernamentale acreditate în România și de personalul străin al acestora, se prelungesc de drept pe o perioadă de 5 ani, însă cu renegocierea celorlalte clauze ale contractului (art. 13 alin. 2 din Legea nr. 10/2001).

Din coroborarea acestui text de lege cu cel al art. 17 alin. 1 din Legea nr. 10/2001, observăm că legiuitorul a creat posibilitatea pentru persoanele juridice titulare ale contractului de închiriere, respectiv statul, instituțiile publice, unitățile de învățământ sau așezămintele socio-culturale, să poată cumpăra imobilul ce face obiectul unui astfel de contract.

În favoarea acestor persoane juridice este instituit un drept de preemțiune³⁰ la cumpărare, dar numai în cazul în care proprietarul căruia i-a fost restituit imobilul dorește să-l înstrăineze.

Dreptul de preemțiune trebuie respectat doar atunci când înstrăinarea se face sub forma vânzării-cumpărării³¹. În caz contrar, textul de lege nu este aplicabil.

Termenul de exercitare a acestui drept este 90 de zile de la data când fostul proprietar ce a redobândit imobilul în natură a notificat intenția sa de vânzare persoanelor juridice deținătoare. Nerespectarea acestui termen se sancționează cu decăderea persoanei îndreptățite din dreptul de a mai putea invoca încălcarea dreptului de preemțiune.

²⁸ Adică locuințele care aparțin domeniului public sau privat al statului, unităților administrativ-teritoriale ale acestuia, locuințele de serviciu, căminele pentru salariați ale societăților comerciale, companiilor, societăților naționale și regiilor autonome.

²⁹ Aceste texte prevăd procedura ce trebuie urmată de persoana juridică (care a deținut locuința ce ulterior a fost restituită fostului proprietar), proprietar și chiriaș, în vederea încheierii noului contract de locațiune.

³⁰ A se vedea Gh. Beleiu, *Dreptul de preemțiune reglementat prin Legea nr. 18/1991 a Fondului funciar*, în „Dreptul” nr. 12/1992, pp. 3-13.

³¹ A se vedea Fr. Deak, *Dreptul de preemțiune*, în „Dreptul” nr. 7/1992, pp. 34-43.

Notificarea se face prin executorul judecătoresc, potrivit regulilor prevăzute în Codul de pr.civ.³²

În cazul vânzării imobilului ce a fost restituit în natură fostului proprietar, cu încălcarea dreptului de preemțiune, sancțiunea prevăzută de lege (art. 17 alin. 4 din Legea nr. 10/2001) este *nulitatea absolută* a contractului de înstrăinare³³.

Din modul de redactare a legii, se observă că legiuitorul încearcă pe cât posibil aplicarea principiului general de drept al reparării în natură a prejudiciilor cauzate prin abuzurile săvârșite în perioada comunistă cu privire la proprietatea privată, legiferând, deopotrivă, situațiile în care restituirea în natură se face integral sau numai în parte. Prin aceasta, se promovează pe primul loc principiul reparării în natură a prejudiciului și numai în subsidiar dă eficacitate juridică principiului reparării prin echivalent. Pe de altă parte, prin lege se instituie și măsuri de protecție a chiriașilor sau a altor categorii de detentori care, altfel, sub vechea reglementare ar fi fost expuși abuzurilor săvârșite de foștii proprietari, acum reîmproprietați.

Departee de a fi perfectă, prin dispozițiile sale, Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate abuziv în perioada 6.03.1948-22.12.1989 constituie un instrument practic de reconsiderare pe baze noi a proprietății private.

Mai mult, prin această lege se aduc numeroase completări unor alte acte normative existente deja în legislația noastră, cu precădere Legii nr. 112/1995 pentru reglementarea situației juridice a unor imobile cu destinația de locuință trecute în proprietatea statului și Legii nr. 213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia.

Rămân, însă, nereglementate juridic suficiente categorii de bunuri imobile și care „de lege ferenda” ar trebui să facă obiectul unor intervenții legislative, cum ar fi de exemplu imobilele care au aparținut cultelor religioase sau comunităților de minorități naționale.

³² A se vedea modificările aduse Codului de pr.civ. prin O.U.G. nr. 138/2000, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 479 din 2 octombrie 2000; O.U.G. nr. 290/2000, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 706 din 29 decembrie 2000; O.U.G. nr. 59/2001, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 217 din 27 aprilie 2001.

³³ Prin comparație, nerespectarea dreptului de preemțiune în cazul înstrăinării prin vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan se sancționează cu *nulitatea relativă* a actului, potrivit art. 14 din Legea nr. 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor.

The Restitution in Nature of the Abusively Taken Over Buildings under Law no. 10/2001

– Summary –

After the Law no. 112/1995 came into view, the attempts of the Romanian Legislators to complete the lacks of this normative act, materialized, eventually, in Law no. 10/2001, regarding the juridical regime of some buildings, abusively taken over between the 6th of March 1945 and the 22nd of December 1989. As a general feature of this law, regarding the usage area, one could notice that, with some exceptions, it refers to all the buildings taken over under any circumstances – with or without a valid title, or without any title at all – by the state, by cooperative organizations or by any other juridical personas, the fact that there are buildings with destination of dwelling or any other destination being irrelevant.

Regarding the restitution of this goods, Law no. 10/2001 establishes, through its article no. 1, as a basis rule, the principle of restitution in nature, as it is possible, and only in the cases especially stipulated by the law (art. no. 16) when the restitution is not longer possible in nature, the reparatory measure is established through equivalent.

Concerning those who are right in reparatory measure on the basis of the present law, one can notice that, comparatively with the previous settlements, not only the private persons, Romanian citizens, benefit from restitution, but tacitly, also those persons that, in the meantime, became foreign citizens or stateless, and the juridical persons. Only the persons who have received damages, in keeping with the international agreements concluded by Romania, regarding the settlement of the suspended financial problems, enumerated, as an example, in the Supliment no. 1 of Law no. 10/2001 are excepted from the rule.

Although, as a lack of the law, the juridical regime of the buildings that belonged to the religious cults or to the communities of national minorities is not regulated.

We appreciate „de lege ferenda”, a legislative intervention in this sense is necessary.

Far from being perfect, through its stipulations, the Law no. 10/2001 can be considered a practical tool to reconsider, on new bases, the private property and to connect our legislation in this area to the European Union requirements.

CARACTERUL ACCESORIU AL RĂSPUNDERII COMITENTULUI PREVĂZUTĂ DE ART.1000, AL.3 COD CIVIL

HORIA ȚIȚ

1. Precizări prealabile

Răspunderea comitentului pentru fapta prepusului, reglementată de art.1000, alin.3 Cod Civil, este o formă de răspundere pentru fapta altuia, alături de răspunderea părinților pentru faptele ilicite ale copiilor lor minori care locuiesc împreună cu ei (art.1000, alin.2 Cod Civil) și răspunderea institutorilor și meșteșugarilor pentru prejudiciile cauzate de elevii și ucenicii aflați sub supravegherea lor (art.1000, alin.4).

În doctrina de drept civil, s-a apreciat că răspunderea comitentului prezintă următoarele caracteristici: este o răspundere indirectă, în sensul că este angajată nu pentru o faptă ilicită comisă cu vinovăție de către cel chemat a răspunde, ci pentru fapta celui pentru care există o obligație de garanție; este o răspundere accesorie în relație cu răspunderea directă și principală a prepusului.

Dacă în privința caracterului indirect al răspunderii comitentului nu au existat polemici în literatura de specialitate, lucrurile sunt diferite atunci când este vorba despre caracterul accesoriu al acestui tip de răspundere.

Opinia doctrinară dominantă¹, susținută de marea majoritate a deciziilor de practică², afirmă ideea caracterului accesoriu al răspunderii comitentului, legată de necesitatea dovedirii condițiilor generale ale răspunderii și în special a culpei prepusului. Astfel, s-a arătat că, din moment ce comitentul este un simplu garant al prepusului, obligația cautiunii presupune, de drept comun, existența obligației debitorului garant, ceea ce în speță, fiind vorba de o obligație ex delicto, implică stabilirea tuturor elementelor răspunderii delictuale pentru fapta proprie a

¹ R. Sanilevici, *Drept civil. teoria generală a obligațiilor*, Iași, 1976, p. 168; M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1972, p. 293 ș.u.; T. R. Popescu, P. Anca, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Științifică, București, 1968, pp. 219 și 232; L. Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 265; C. Stătescu, C. Bărsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. ALL, București, 1994, p. 226.

² Plenul Tribunalului Suprem, decizia de îndrumare nr. 2/1960, în Savelly Zilberstein, Francisc Deak, Ada Petrescu, Corneliu Bărsan, Viorel Ciobanu, Lucian Mihai, *Îndreptar interdisciplinar de practică judiciară*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 150; Idem, decizia de îndrumare nr. 10/1961, în *Culegere de decizii ale Plenului și Colegiilor Tribunalului Suprem pe anul 1961*, Ed. Științifică, București, 1962, p. 65.

prepusului, adică, inter alios, dovada culpei sau intenției acestuia³. Tragem concluzia că este necesar ca mai întâi să ia naștere raportul juridic de obligație izvorât dintr-un fapt juridic ilicit în sarcina prepusului, raport juridic principal, pentru ca accesoriu și grefat pe acesta să ia naștere raportul juridic de obligație izvorât din garanția legală instituită de art.1000 alin.3 Cod Civil în sarcina comitentului.

Se pornește, așadar, de la fundamentul răspunderii comitentului pentru a se ajunge la necesitatea dovedirii tuturor condițiilor răspunderii prepusului și de aici se desprinde caracterul accesoriu al obligației comitentului.

Această opinie nu este împărtășită în unanimitate de autorii din literatura noastră de specialitate. Conform tezei contrare, răspunderea comitentului are un caracter principal, deși acționează ca o garanție a faptei prepusului⁴. În demonstrarea acestei teze s-a pornit fie de la problema culpei prepusului, fie de la raporturile procesuale ce se stabilesc în baza asumării răspunderii de către comitent și prepus.

2. Controversa privind culpa prepusului

Pentru a demonstra caracterul accesoriu sau principal al răspunderii comitentului, o primă arie de investigare o constituie problema culpei prepusului. Dacă pe bază de argumente ajungem la concluzia necesității dovedirii vinovăției prepusului de către victima faptei ilicite cauzatoare de prejudiciu, determinăm prin aceasta și caracterul accesoriu al răspunderii comitentului. Concluzia contrară ar implica și existența caracterului principal al acestei răspunderi.

Nașterea răspunderii comitentului este condiționată de săvârșirea de către prepus a unei fapte ilicite și culpabile. Trebuie însă ca victima să dovedească vinovăția prepusului în litigiul cu comitentul? Practica judiciară, în unanimitate, a impus soluția necesității dovedirii culpei prepusului⁵. Aceasta însă nu a împiedicat nașterea în literatura de specialitate a unei controverse în această chestiune. Problema s-a pus, după cum am arătat mai sus, și în legătură cu caracterul accesoriu sau principal al răspunderii reglementată de art.1000 alin.3 Cod Civil.

³ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 294.

⁴ I. M. Anghel, Fr. Deak, M. F. Popa, *Răspunderea civilă*. Ed. Științifică, București, 1970, pp. 167-169; Dan Chirică, *Este greșeala prepusului o condiție a răspunderii comitentului?*, în „Revista română de drept”, nr. 4/1983, p. 29; E. Lîpcanu, *Răspunderea comitentului pentru fapta prepusului. Probleme actuale privind răspunderea civilă prevăzută de articolul 1000 alineatul 3 Cod Civil*. Ed. Lumina Lex, București, 1999, pp. 73-81.

⁵ Plenul T.S., dec. de îndrumare nr. 2/1960, în *loc. cit.*, p. 150.

În opinia clasică, susținută de majoritatea autorilor⁶, culpa prepusului trebuie dovedită de victimă în procesul intentat comitentului. Indiferent de fundamentarea răspunderii comitentului, concluzia se impune pentru că instituirea răspunderii indirecte a comitentului are drept scop înlesnirea situației victimei, în sensul de a o feri de pericolul insolvabilității prepusului, dar nu și de a o scuti de sarcina dovedirii culpei autorului faptei ilicite⁷.

Astfel, autorii care au susținut prezumția de culpă întemeiată pe art.1000 alin.3 Cod Civil în sarcina comitentului au arătat că această prezumție este de strictă interpretare, neputându-se presupune, prin analogie, că nu trebuie stabilită nici culpa prepusului⁸. Textul art.1000 alin.3 Cod Civil prevede răspunderea comitentului pentru prejudiciul creat prin fapta prepușilor, dar aceasta nu poate însemna consacarea răspunderii pentru orice fel de prejudiciu, adică pentru acele prejudicii pricinuite printr-o faptă care nu are caracter ilicit și/sau culpabil. Răspunderea pentru fapta altuia presupune, în general, răspunderea pentru culpa proprie a celui care a săvârșit-o.

Situația victimei este înlesnită prin faptul că ea poate cere despăgubirea și comitentului – iar nu numai prepusului – dar această înlesnire nu presupune că dreptul la despăgubire ar putea fi exercitat în alte condiții de probă decât cele care sunt obligatorii în cazul în care se reclamă prepusului despăgubirea⁹. Cu alte cuvinte, elementele răspunderii nu pot varia în funcție de calitatea pârâtului. Cel păgubit nu se poate exonera de necesitatea stabilirii culpei prin simplul fapt că și comitentul are calitate procesuală pasivă în acțiunea în despăgubire.

Fundamentarea pe ideea de garanție a răspunderii comitentului conduce spre aceeași soluție. Răspunderea comitentului fiind o răspundere indirectă, pentru fapta altuia, și acționând ca o măsură de garanție a executării obligației prepusului, pentru ca existența obligației de despăgubire să fie stabilită este necesar să se dovedească în întregime elementele răspunderii, întocmai ca în cazul în care despăgubirea ar fi reclamată exclusiv prepusului¹⁰. Astfel, ar însemna că, împotriva naturii specifice măsurilor de garanție, comitentul să nu fie subrogat – să nu aibă

⁶ T. R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, pp. 231-233; M. Eliescu, *op. cit.*, pp. 293-295; C. Stătescu, *op. cit.*, p.143-146; R. Samilevici, *op. cit.*, p. 168; A. Ionașcu, *Răspunderea comitenților pentru repararea prejudiciilor cauzate de prepuși*, în: Aurelian Ionașcu, Mircea Mureșan, Mircea Costin, Victor Ursu, Gabriela Chivu, Maria Banciu, *Contribuția practicii judecătorești la dezvoltarea principiilor dreptului civil român*, Ed. Academiei, București, 1978, p. 81-85; C. Stătescu, C. Bârsan, *op. cit.*, pp. 226-227; L. Pop, *op. cit.*, pp. 264-265; Ioan-Dorel Romoșan, *Unovăția în dreptul civil român*, Ed. A.L.L.-Beck, București, 1999, pp. 141-143.

⁷ A. Ionașcu, *op. cit.*, în *loc. cit.*, p. 84; M. Eliescu, *op. cit.*, p. 294

⁸ T. R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, p. 232 și autorii acolo citați.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 294.

acțiunea recursorie împotriva prepusului pe baza simplului fapt că a plătit victimei despăgubirea – ci numai dovedind el culpa prepusului. Or, comitentul solvens are acțiune recursorie în temeiul simplei dovediri a plății efectuate.

Opinia contrară, conform căreia vinovăția prepusului nu trebuie dovedită, a fost susținută sporadic¹¹. Argumentele aduse în acest sens au fost puternic combătute de către susținătorii tezei majoritare.

S-a argumentat în favoarea acestei opinii că, la fel cum nu este prevăzută în cazul răspunderii părinților, institutorilor și artizanilor pentru faptele copiilor, elevilor și ucenicilor, culpa celui pentru a cărui faptă ilicită se răspunde nu apare ca o condiție nici în cazul răspunderii comitentului. Așadar, o soluție conform căreia răspunderea părinților, institutorilor și artizanilor nu este condiționată de culpa minorului, elevului sau ucenicului, în timp ce răspunderea comitentului este condiționată de culpa prepusului nu ar fi justificată de textele de lege¹².

Acestui argument i s-a răspuns că împrejurarea că prin lege nu se prevede expres condiția culpei prepusului nu este, prin ea însăși, decisivă; de vreme ce ne aflăm în fața unei răspunderi pentru fapta prepusului, înseamnă că în privința acestuia trebuie făcută aplicarea prevederilor art.998-999 Cod Civil, prevederi care implică întrunirea tuturor condițiilor cerute pentru angajarea răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie, deci și a culpei¹³.

În plus, spre deosebire de părinți, institutori și artizani, comitenții nu au posibilitatea exonerării de răspundere probând că nu au putut împiedica faptul prejudiciabil, conform alin.4 art.1000 Cod Civil. Ar fi injust să nu dăm posibilitatea comitenților de a înlătura răspunderea făcând proba lipsei de vinovăție a prepusului în procesul cu victima. În acest fel se explică, de altfel, și diferența față de răspunderea părinților, institutorilor sau artizanilor în ceea ce privește dovada culpei autorului faptei.

Un alt argument în sprijinul opiniei potrivit căreia răspunderea comitentului nu ar implica necesitatea dovedirii culpei prepusului a fost dedus și din împrejurarea că prepusul poate evita rambursarea despăgubirilor plătite de comitent victimei, dacă – în cadrul acțiunii în regres introdusă de comitent împotriva sa – el dovedește că prejudiciul se datorează culpei comitentului: se arată că prepusul nu ar putea face dovada culpei comitentului decât „dacă se admite că

¹¹ I. M. Anghel, Fr. Deak, M. F. Popa, *op. cit.*, pp. 167-169; Dan Chirică, *Este greșeala prepusului o condiție a răspunderii comitentului?*, în „Revista română de drept”, nr. 4/1983, pp. 29-33; E. Lipcanu, *Răspunderea...*, pp. 78-81; Idem, *Cu privire la caracterul principal – și independent de culpa prepusului – a răspunderii comitentului, reglementată prin art.1000 alin.3 Cod Civil*, în „Dreptul”, nr. 10/1997, pp. 26-31.

¹² I. M. Anghel, Fr. Deak, F. R. Popa, *op. cit.*, p. 168.

¹³ A. Ionașcu, *op. cit.*, în *loc. cit.*, p. 82; Constantin Stătescu, *Răspunderea civilă delictuală pentru fapta altei persoane*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1984, p. 144.

răspunderea comitentului nu este condiționată de culpa prepusului¹⁴. Cu alte cuvinte, dacă vinovăția prepusului este o condiție a răspunderii comitentului și această culpă a fost deja stabilită, nu mai este posibil ca ulterior, cu ocazia judecării acțiunii în regres a comitentului, prepusul să facă dovada culpei comitentului, de unde concluzia că dacă prepusul are posibilitatea de a dovedi culpa comitentului, cu ocazia acțiunii în regres, aceasta înseamnă că dovedirea culpei sale nu este o condiție a răspunderii comitentului.

Chestiunea diferă însă, după cum stabilirea culpei prepusului este sau nu opozabilă acestuia cu autoritate de lucru judecat. Astfel, dacă acțiunea a fost introdusă de victimă atât împotriva comitentului, cât și a prepusului și dacă vinovăția prepusului a fost stabilită exclusiv în sarcina sa, în contradictoriu cu el, hotărârea respectivă căpătând autoritate de lucru judecat, desigur că prepusul nu va mai putea ulterior – cu ocazia judecării acțiunii în regres – să dovedească vinovăția comitentului, de vreme ce cauza prejudiciului – fapta culpabilă exclusivă a prepusului – a fost stabilită cu autoritate de lucru judecat.

În cazurile în care culpa prepusului a fost stabilită numai în parte, el va avea posibilitatea să dovedească, în cazul judecării acțiunii în regres a comitentului, partea de culpă a acestuia.

Dacă însă victima a acționat numai pe comitent, stabilirea culpei prepusului în lipsa sa nu va fi opozabilă acestuia, iar prepusul va avea posibilitatea de a dovedi culpa comitentului în cadrul judecării acțiunii în regres¹⁵.

În această din urmă ipoteză, când deci prepusul va reuși să facă dovada culpei exclusive comitentului, ieșim de sub incidența art.1000 alin.3 Cod Civil și ne situăm, chiar în privința comitentului, pe temeiul răspunderii directe instituite prin art.998-999 Cod Civil: comitentul plătitor nu mai are, în fapt, calitatea de „comitent”, ci a plătit pentru sine, pentru propria sa faptă. În asemenea ipoteză s-ar putea, eventual, pune o problemă de răspundere directă a persoanei juridice, determinată de o dispoziție ilegală dată unui prepus, de către un organ al acesteia. În continuare s-ar putea pune o problemă de regres al persoanei juridice plătitoare a daunelor împotriva aceluia care, ca organ al său, a dat dispoziția ilegală ce a dus la producerea prejudiciului, regres care și-ar afla temeiul în prevederile art.34 alin.4 din Decretul nr. 31/1954¹⁶.

Într-o singură ipoteză dovada culpei prepusului nu este necesară: ipoteza în care prepusul a cauzat prejudiciul prin utilizarea unui lucru ce intră sub incidența prevederilor art.1000 alin.1 Cod Civil. În măsura în care problema răspunderii este examinată pe temeiurile art.1000 alin.1 Cod Civil, nu ne aflăm în fața unei

¹⁴ I. M. Anghel, Fr. Deak, M. E. Popa, *op. cit.*, p. 168.

¹⁵ A. Ionașcu, *op. cit.*, în *loc. cit.*, pp. 83-84.

¹⁶ C. Stătescu, *op. cit.*, p. 145.

răspunderi pentru fapta altuia, așa cum aceasta este reglementată prin art.1000 alin.3 Cod Civil, ci în fața unei răspunderi directă a așa numitului comitent, care este chemat să răspundă, în realitate, în calitate pe care o are de persoană ce are paza juridică a lucrului. Prezența prepusului în proces este determinată de calitatea sa de persoană ce are paza materială a lucrului.

Răspunderea celui ce are paza juridică a lucrului pe temeiul art.1000 alin.1 Cod Civil este însă o răspundere distinctă de cea prevăzută în alin.3 al aceluiași articol, o răspundere directă, obiectivă, independentă de culpă și în orice caz, sub aspectele care ne interesează aici, independentă de culpa celui care are paza materială a lucrului. Este cert că dacă ne plasăm pe terenul art.1000 alin.1 Cod Civil, folosirea termenilor de „comitent” și „prepus” este improprie, acești termeni fiind caracteristici răspunderii instituite prin art.1000 alin. 3 Cod Civil¹⁷.

Se poate întâmpla însă ca lucrul folosit de prepus în cauzarea prejudiciului să fi fost lucrul personal al prepusului, aflat în propria sa pază juridică. În aceste cazuri, răspunderea va reveni prepusului în temeiul art.1000 alin.1 Cod Civil, fără a fi nevoie să se dovedească culpa sa¹⁸.

Acest raționament a fost dus mai departe arătându-se că, în situația în care răspunderea prepusului este angajată pe temeiul art.1000 alin.1 Cod Civil, poate fi reținută răspunderea indirectă a comitentului în baza art.1000 alin.3 Cod Civil, acesta fiind un caz în care nu este necesară dovedirea culpei prepusului pentru angajarea răspunderii comitentului¹⁹. Nu împărtășim această opinie, textul art.1000 alin.1 teza I Cod Civil arătând că suntem responsabili de prejudiciul cauzat „prin *fapta* persoanelor pentru care suntem obligați a răspunde” (subl. ns., H.T.). Răspunderea pentru fapta proprie fiind regula, iar răspunderea pentru altul excepția, iar excepția fiind de strictă interpretare, considerăm că nu putem contopi cele două teze ale alin.1 din art.1000 Cod Civil, astfel încât să tragem concluzia că suntem responsabili și pentru lucrurile ce sunt sub paza persoanelor pentru care suntem obligați a răspunde, mai ales că cele două situații sunt prevăzute alternativ, în textul de lege folosindu-se conjuncția „sau” cu funcție disjunctivă, iar nu explicativă. Prin alte cuvinte, dacă prejudiciul a fost creat prin „fapta” unui lucru aflat în paza juridică exclusivă a prepusului, chiar dacă acesta se afla într-un raport de prepușenie la momentul producerii prejudiciului și în executarea funcțiilor încredințate de comitentul său, victima nu va avea posibilitatea de a obține despăgubiri de la comitent, ci doar de la prepus în calitate de persoană ce are paza juridică a lucrului.

¹⁷ *Ibidem*, p. 146.

¹⁸ A. Ionașcu, *op. cit.*, în: *loc. cit.*, p. 85.

¹⁹ *Ibidem*.

În concluzie, dovada culpei prepusului nu va fi necesară decât în acele situații în care, prejudiciul fiind creat prin intermediul unui lucru, temeiul acțiunii va fi răspunderea fără culpă întemeiată pe art.1000 alin.1 Cod Civil.

Nu mai puțin, răspunderea comitentului presupune culpa prepusului în toate cazurile în care răspunderea prepusului se angajează în temeiul dispozițiilor de drept comun ale art.998-999 Cod Civil.

O altă linie de argumentare în ceea ce privește independența răspunderii comitentului de culpa prepusului are la bază chestiunile referitoare la acțiunea în regres a comitentului. Astfel, s-a arătat că teza culpei prepusului ca o condiție indispensabilă a angajării răspunderii comitentului nu se armonizează cu legislația procesual civilă, deoarece aceasta nu pune la dispoziția comitentului mijlocul procesual de a se elibera de răspundere atunci când ea a fost, în prealabil, stabilită. În urma procesului în care victima l-a antrenat doar pe el, iar ulterior acțiunea în regres a comitentului împotriva prepusului a fost respinsă, motivat de lipsa greșelii prepusului, căruia prima hotărâre judecătorească nu îi era opozabilă. Într-adevăr, comitentul obligat prin prima hotărâre judecătorească la despăgubirea victimei, datorită faptei culpabile săvârșite de prepusul său, nu poate cere desființarea acestei hotărâri pe calea revizuirii, situația sa neîncadrându-se în nici unul din motivele prevăzute limitativ de art.332 Cod Procedură Civilă. El nici nu are la dispoziție un alt mijloc procesual la care să recurgă pentru a scăpa de o răspundere care, în lipsa culpei prepusului, nu și-ar mai găsi justificarea²⁰.

Cu alte cuvinte, în această opinie se susține că, din moment ce prepusul poate proba absența culpei sale în procesul intentat de comitentul solvens, iar acesta nu se poate folosi în apărarea sa de hotărârea prin care s-a angajat răspunderea sa, în baza art.1000 alin.3 Cod Civil, dovedirea culpei prepusului în procesul soluționat prin această hotărâre devine inutilă.

Nu împărtășim această opinie. În primul rând pentru că, în situația în care prejudiciul a fost cauzat fără culpă din partea prepusului, în calitate de garant, comitentul poate opune victimei excepțiile inerente datoriei, printre care și excepția inexistenței raportului juridic de drept material pentru neindeplinirea în persoana celui garant a tuturor condițiilor prevăzute de art.998-999 Cod Civil. În al doilea rând, neajunsurile care ar putea fi create comitentului prin relativitatea puterii lucrului judecat pot fi înlăturate cu ușurință de acesta prin chemarea în garanție a prepusului (conform art.60 Cod Procedură Civilă), pentru ca o dată cu obligarea sa la despăgubire față de victimă și prepusul să fie obligat să îi restituie ceea ce plătește păgubitului²¹. Chemarea în garanție va avea astfel un dublu avantaj: pe de o parte se va putea stabili în mod temeinic, în cadrul unui singur proces, toate

²⁰ E. Lipcanu, *Răspunderea...*, p. 80.

²¹ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 302.

elementele răspunderii, iar pe de altă parte, această stabilire va fi opozabilă și prepusului, ceea ce va ușura acțiunea în regres a comitentului, dacă acesta va achita despăgubirile către victimă²².

Cu alte cuvinte, situația-premisă a argumentului prezentat mai sus apare ca urmare a lipsei de diligență a comitentului și nu a construcției greșite a instituției răspunderii acestuia. Situația este similară cu cea a cumpărătorului evins care nu cheamă în garanție pe vânzător în procesul intentat de terțul evingător, vânzătorul apărându-se ulterior, în acțiunea în garanție, cu ajutorul excepției procesului rău condus (*exceptio mali processus* – art.1351 Cod Civil)²³.

Posibilitatea chemării în garanție a prepusului de către comitentul acționat de victimă demonstrează astfel caracterul accesoriu al obligației de dezdăunare din sarcina comitentului (situația este asemănătoare cu aceea a fidejuratorului acționat de creditor), fără ca în prealabil să fi fost chemat în judecată și debitorul principal, cu deosebirea că în cazul comitentului nu poate fi invocat beneficiul de discuțiune)²⁴. Însă, după cum vom vedea, chemarea în garanție nu face și din acțiunea în justiție împotriva comitentului un accesoriu al acțiunii împotriva prepusului.

În concluzie, așa cum s-a arătat chiar și de unii susținători ai tezei caracterului principal al răspunderii comitentului²⁵, aceasta este dependentă de culpa prepusului indiferent dacă victima își îndreaptă acțiunea atât împotriva comitentului, cât și a prepusului, sau doar împotriva comitentului. Soluția contrară ar putea conduce la îmbogățirea fără justă cauză a victimei, în situația în care, spre exemplu, prejudiciul a fost creat de prepus în condiții de forță majoră sau caz fortuit sau chiar în situația în care în nexul causal care a produs prejudiciul intră fapta victimei însăși. Pe cale de consecință, fiind condiționată de îndeplinirea tuturor condițiilor răspunderii civile delictuale în persoana prepusului, răspunderea comitentului are, din punct de vedere material, un caracter accesoriu față de răspunderea prepusului.

3. Problema raportului dintre acțiunea în răspundere îndreptată împotriva comitentului și acțiunea în răspundere împotriva prepusului

Pe o altă linie de investigație, în demonstrarea caracterului principal ori accesoriu al răspunderii comitentului se pornește de la două permise, anume de la constatarea că în practica judiciară și în literatura de specialitate se admite

²² C. Stătescu, *op. cit.*, p. 158.

²³ Fr. Deak, *Tratat de drept civil, contracte speciale*, Ed. Actami, București, 1999, pp. 83-84.

²⁴ Gabriel Boroi, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, volumul I, Editura All Beck, București, 2001, p. 212.

²⁵ I. Iulă, *Răspunderea comitentului are un caracter accesoriu sau constituie o obligație principală?*, în „Dreptul”, nr. 9/1995, p. 34.

unanim că victima se poate adresa, la alegere, pentru întreaga despăgubire, fie comitentului singur, fie comitentului și prepusului deodată ori succesiv, fie numai prepusului și de la teza potrivit căreia în materie delictuală hotărârea judecătorească sau arbitrală are și un caracter constituitiv de drepturi. Astfel, în susținerea caracterului principal al răspunderii comitentului s-a arătat că, în cazul în care victima îndreaptă acțiunea sa doar împotriva comitentului, dat fiind caracterul relativ al hotărârii judecătorești (opozabile numai inter partes), obligația de dezdăunare ia naștere numai în sarcina acestuia²⁶. În plus, se arată că în cazul în care, după efectuarea plății, acțiunea în regres a comitentului este respinsă pentru lipsa greșelii prepusului (lucru admis ca posibil), apare și mai inexplicabil cum obligația presupus accesorie (a comitentului) ființează fără ca obligația principală (cea a prepusului) să se fi născut măcar.

Această argumentare a fost combătută, considerându-se că este o „construcție pur teoretică” și care nu poate apărea în practică decât în cazul unei orientări greșite a instanței judecătorești²⁷. Dacă victima acționează în judecată numai pe comitent, în temeiul răspunderii indirecte prevăzute de art. 1000 alin. 3 Cod civil, după cum am arătat și mai sus, comitentul va chema în garanție pe prepus pentru ca acesta să combată susținerile victimei în ceea ce privește culpa sa – pe care urmează să se grefeze răspunderea indirectă a comitentului – căci, în caz contrar, comitentul ar risca să fie obligat la repararea pagubei pricinuite de prepus fără să aibă posibilitatea – de care dispune prepusul – de a înlătura susținerile victimei²⁸. Ba chiar mai mult, se poate considera că instanța judecătorească are dreptul și îndatorirea, potrivit principiului rolului activ al judecătorului (art. 129 Cod procedură civilă), de a atrage atenția ambelor părți asupra necesității chemării în garanție a prepusului.

Referitor la instituția de drept procesual a chemării în garanție a altor persoane, a fost combătută ideea folosirii acesteia în scopul demonstrării caracterului accesoriu al răspunderii comitentului²⁹. Prin acceptarea ipotezei necesității chemării în garanție, s-ar ajunge la crearea unei răspunderi care ar funcționa pe alte planuri, dincolo de limitele răspunderii comitentului. Argumentul chemării în garanție ar putea fi promovat cu succes în favoarea tezei

²⁶ Dan Chirică, *Este greșeala prepusului o condiție a răspunderii comitentului?*, în „Revista română de drept”, nr. 4/1983, p. 32. Apelând la metoda reducerii la absurd, autorul menționat se întreabă retoric: „Cum se poate explica nașterea în prealabil a obligației garantului, care este și accesorie, și doar ulterior și eventual nașterea obligației principale?”

²⁷ A. Ionașcu, *Condiționarea răspunderii indirecte a comitentului de dovedirea culpei prepusului*, în „Revista română de drept”, nr. 5/1983, pp. 16-20.

²⁸ *Ibidem*, p. 17.

²⁹ Ion Lulă, *Răspunderea comitentului are un caracter accesoriu sau constituie o obligație principală?*, în „Dreptul”, nr. 9/1995, pp. 32-35.

caracterului accesoriu al răspunderii prevăzute de art. 1000 alin. 3 Cod civil doar în situația în care prin această modalitate de introducere în procesul civil a unei terțe persoane (respectiv prepusul în litigiul dintre victimă și comitent), victima ar obține doi debitori pentru acoperirea prejudiciului, dintre care unul obligat principal (prepusul) și altul obligat secundar (comitentul). Or, prepusul, introdus forțat în proces, nu va putea fi niciodată obligat la plata despăgubirilor față de victimă prin hotărârea judecătorească ce se va pronunța, ci doar să ramburseze, să restituie comitentului solvens sumele dovedite că acesta le-a avansat victimei. Concluzia este că prin chemarea în garanție se nasc raporturi juridice separate și independente de raporturile comitent-victimă, singurele care interesează obiectul reglementării răspunderii comitenților.

În ceea ce privește recurgerea la rolul activ al judecătorului, s-a arătat că doar în situația în care s-ar putea naște o răspundere principală de despăgubire a prepusului față de victimă în procesul dintre aceasta și comitent, s-ar putea justifica incidența acestui principiu. Ba mai mult, prin introducerea forțată a prepusului în proces, cu ajutorul rolului activ al judecătorului, aplicat dincolo de limitele sale firești, s-ar putea tergiversa soluționarea litigiului și deci prejudicia interesele victimei, care ar fi despăgubită cu întârziere de către comitent, deși scopul esențial al instituirii răspunderii indirecte, prevăzută de art. 1000 alin. 3 Cod civil, a fost tocmai dezdăunarea rapidă, promptă și integrală a reclamantului³⁰.

Un alt argument în susținerea caracterului principal al răspunderii comitentului și legat de introducerea prepusului dintre comitent și victima este posibilitatea disjungerii celor două cauze. Astfel, prin art. 63, alin. 2 Cod procedură civilă se prevede că „dacă judecarea cererii principale ar fi întârziată prin chemarea în garanție, instanța poate dispune disjungerea ei spre a fi judecată separat”. Concluzia trasă de aici este că acest text ne permite să susținem că raporturile dintre victimă și comitentul chemat în judecată reprezintă „principalul”, că, prin acordarea posibilității separării celor două feluri de raporturi juridice (victimă-comitent și, respectiv, comitent-prepus), se recunoaște fără putința de tăgadă că răspunderea comitentului nu este accesoriul răspunderii delictuale a prepusului, nu este „grefată” pe această răspundere directă³¹.

De asemenea, posibilitatea victimei de a chema în judecată doar pe comitent sau de a renunța la judecata față de prepus în cazul în care a chemat în judecată atât comitentul, cât și presupusul este interpretată tot ca un argument în favoarea caracterului principal al răspunderii comitentului³².

³⁰ *Ibidem*, pp. 33-34.

³¹ *Ibidem*, p. 34.

³² *Ibidem*.

În demonstrarea aceleiași teze, s-a pornit și de la problema întinderii răspunderii comitentului. În literatura de specialitate s-a arătat că maximum al daunelor datorate de comitent este acela al întinderii efective a pagubei cauzate de prepus³³. Or, dacă se consideră că răspunderea comitentului este accesorie, grefată pe răspunderea prepusului, nu se poate explica de ce prepusul nu poate agrava obligația de garanție ce revine comitentului, angajându-se față de victimă, de exemplu, să plătească daune într-un quantum superior prejudiciului real³⁴.

4. Concluzii

Prin prisma argumentelor arătate mai sus, răspunderea comitentului apare ca accesorie față de cea a prepusului numai în sensul că, pentru a obține obligarea la despăgubire a comitentului, în această calitate, victima trebuie în prealabil să administreze proba că cerințele de îndeplinirea cărora legea leagă răspunderea prepusului pentru fapta sa personală sunt îndeplinite, adică să dovedească alături de prejudiciu, caracterul ilicit și culpabil ori intențional al faptei acestuia, precum și raportul de cauzalitate dintre acesta și dauna produsă. Dar răspunderea comitentului nu este accesorie sub aspectul acțiunii celui păgubit. Comitentul poate să fie chemat în judecată de către victimă fără ca aceasta în prealabil sau concomitent să introducă în cauză și pe prepus. Așadar, dacă raportul juridic de drept material, de obligație, dintre victimă și comitent are un caracter accesoriu față de raportul juridic dintre prepus și victima (raport născut prin însăși faptul comiterii ilicite cauzatoare de prejudiciu, cu vinovăție și în relație de cauzalitate cu prejudiciul, independent deci de angajarea răspunderii prepusului prin chemarea în judecată), raportul juridic procesual comitent-victimă are un caracter principal.

Le caractère accessoire de la responsabilité du comettant prévue par l'art. 1000 al. 3 Code Civil

– Résumé –

La responsabilité du comettant pour le dommage provoqué par le préposé, forme de la responsabilité civile du fait d'autrui, est présentée dans la doctrine de droit civil ayant un caractère accessoire ou principal. La controverse se concrétise en deux problèmes avec vastes implications dans la pratique: d'une

³³ C. Stătescu, *op.cit.*, p. 158.

³⁴ Ion Lulă, *op.cit.*, p. 34.

part, la nécessité de prouver toutes les conditions de la responsabilité civile délictuelle du préposé dans le procès intenté par la victime seulement au comettant et, surtout, la nécessité de prouver la faute du préposé; d'autre part, le problème du rapport entre l'action en réparation contre le comettant et l'action en réparation contre le préposé.

L'analyse de ces questions conduit à la conclusion suivante: la responsabilité du comettant est accessoire par rapport à celle du préposé seulement dans le sens que, pour engager la responsabilité du comettant la victime doit faire preuve du fait les conditions de la responsabilité personnelle du préposé sont accomplies (ces conditions sont: le fait illicite, le dommage, la faute du préposé, le lien de causalité).

Mais la responsabilité du comettant n'est pas accessoire en ce qui concerne l'action de la victime. La victime peut poursuivre le comettant sans que le préposé soit en cause.

RĂSPUNDEREA CONTRAVENȚIONALĂ ÎN DREPTUL MEDIULUI

GHEORGHE DURAC

Trebuie să facem mai întâi precizarea că vom analiza răspunderea contra-vențională ca pe una dintre formele răspunderii administrative, deși în domeniul mediului s-ar putea vorbi de o răspundere administrativă, pe lângă sancțiunile contra-venționale, în această materie existând și alte categorii de măsuri și sancțiuni care ar putea fi considerate ca fiind specifice dreptului administrativ¹.

Prin locul pe care îl ocupă în sistemul nostru de drept, mai exact în cadrul instituției răspunderii juridice, răspunderea administrativă (contra-vențională) joacă un rol deosebit de însemnat din punct de vedere economic, dar are în același timp și un pronunțat caracter preventiv, inclusiv din perspectivă ecologică.

Răspunderea administrativă a fost definită ca situație juridică ce rezultă din normele ce caracterizează dreptul administrativ în ipostazele lui privind conduita ilicită, condițiile ce trebuie sau nu îndeplinite, sancțiunile și procedura ce se aplică și care acționează – prin specificul său – ca o forță de reglare și de autoreglare a sistemului social-juridic administrativ și de corectare a atitudinii față de lege, iar prin aceasta, determinând manifestarea nivelului de conștiință juridică administrativă, reglarea și autoreglarea întregului sistem social-juridic și a nivelului general de conștiință juridică din societate². Fapta ilicită care stă la baza răspunderii contra-venționale este contra-venția. Ea este definită ca fiind o faptă ce reprezintă pericol social mai redus decât infracțiunea, faptă care este prevăzută de lege (acte normative) și care este săvârșită cu vinovăție³.

Așadar, contra-venția este o faptă ilicită care prezintă un grad mai mic de pericol social decât al unei infracțiuni. Dacă printr-o asemenea faptă a fost încălcată o normă sau un raport de drept al mediului, ea va atrage răspunderea specială, „contra-vențional-ecologică”, urmând a se aplica o sancțiune potrivit principiilor și normelor dreptului mediului completate cu prevederile care

¹ A se vedea pe larg: A. Iorgovan, *Drept administrativ. Tratat elementar*, vol. 3, Editura Proarcadia, București, 1993, p. 198.

² Ibidem.

³ Art. 1 din Legea nr. 32/1968 privind stabilirea și sancționarea contra-vențiilor.

constituie dreptul comun în materia respectivă. Această răspundere, putem spune, că nu are o natură pur administrativă.

Există însă numeroase exemple în care pericolozitatea socială a unor fapte considerate de legiuitor contravenții este superioară celei a unor infracțiuni. De exemplu, abuzul de încredere (art. 123, alin. 1, Cod penal) care constă în nesocotirea încrederii pe care persoana vătămată a avut-o în cel căruia i-a lăsat în detenție bunul său, ca și în paguba materială suferită, sancționat cu închisoare de la 3 luni la 4 ani sau cu amendă, nu întotdeauna poate fi considerat cu o pericolozitate socială mai mare decât, de exemplu, nerespectarea deținătorilor pădurilor a obligației legale de a exploata masa lemnoasă numai în limita posibilităților pădurilor, stabilită de amenajamentele silvice și aprobată prin lege, care este considerată contravenție și sancționată ca atare.

Caracterul administrativ al dreptului mediului deschide largi perspective răspunderii contravenționale. Unul dintre instrumentele de bază în examinarea licitului sau ilicitului contravențional îl constituie autorizația de mediu sau acordul de mediu. Alături de acestea, nerespectarea regimului special al unor activități stă la baza încriminării drept contravenții a unor fapte ce aduc atingere mediului în mod indirect.

Legea protecției mediului, nr. 137/1995, reglementează contravențiile în art. 82, în timp ce o serie de legi speciale și hotărâri de guvern prevăd sistematic fapte considerate contravenții: de exemplu, H.G. nr. 138/1994 privind stabilirea și sancționarea unor contravenții în domeniul apelor.

Forma de bază a răspunderii contravenționale o constituie amenda, ale cărei limite minime și maxime sunt prevăzute în lege diferențiat pentru persoane fizice și persoane juridice. În unele țări europene sunt stabilite amenzi speciale sub forma „plății pentru poluare” prin care amenda plătită este proporțională cu cantitatea sau intensitatea deversărilor de reziduuri sau deșeuri emise în atmosferă sau în alte medii naturale⁴. În legea română cuantumul amenzilor fiind fix, se ridică problema asigurării finalității lor preventive și punitive în condiții de inflație, chiar în ipoteza actualizării anuale de către guvern. În afara aspectului de actualizare a cuantumului amenzilor, se întâlnesc și situații de genul celei prevăzute în art. 82, pct. 3, lit. e, coroborat cu art. 48 lit. d din Legea protecției mediului, nr. 137/1995 potrivit cărora se sancționează cu amendă, diferențiat pentru persoane fizice și persoane juridice, încălcarea prevederilor din lege privind refacerea cadrului natural și/sau conservarea naturii care constau în „executarea tuturor lucrărilor de refacere a resurselor naturale, de asigurare a

⁴ A se vedea, Daniela Marinescu, *Dreptul mediului înconjurător*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1996, p. 330.

migrării faunei acvative și de ameliorare a calității apei și monitorizarea zonei de impact". Respectarea acestei dispoziții ar necesita mijloace financiare incomparabil superioare cuantumului amenzii, în afara dificultăților materiale ale unei asemenea întreprinderi pretentioase și de durată. De unde alegerea – nu tocmai dificil de făcut – între refacerea cadrului natural cu depoluarea zonei și asumarea răspunderii contravenționale.

Răspunderea contravențională ar trebui, așadar, să fie un mijloc de stimulare la conformare, pentru respectarea legii, și nu o nouă modalitate de colectare de taxe pentru faptul de a polua. Cu privire la răspunderea contravențională, este de reținut că în aplicarea normelor care interzic săvârșirea anumitor fapte sau obligă la săvârșirea acestora, organele statului sunt competente să avizeze sau să aprobe anumite acțiuni, să oblige pe agenții economici sau pe cetățeni să se abțină sau să săvârșească anumite fapte, să controleze modul în care se aplică și se respectă normele dreptului mediului.

În conformitate cu aceste norme juridice, persoanele fizice sau persoanele juridice care desfășoară activități potrivnice prevederilor privind protecția mediului natural sau artificial, ori care nu îndeplinesc obligațiile legale cuprinse în actele administrative, sunt pasibile de sancțiune contravențională, a cărei întindere este proporțională cu gradul de poluare cauzat, cu consecințele și pericolozitatea socială ale faptei respective.

Contravenția se sancționează de regulă cu amendă, aceasta aplicându-se de către persoane împuternicite, în numele organelor puterii administrative. Amendă contravențională se aplică pentru poluarea mediului – peste limitele admise – fără cercetarea vinovăției agentului poluant și fără luarea în considerare a întinderii consecințelor poluării. Deci, răspunderea contravențională pentru poluare are un caracter obiectiv, ea putând interveni ori de câte ori mediul a fost poluat. În acest fel, este ușurată sarcina organului competent să aplice legea în această materie. Gradul de poluare, consecințele negative cauzate mediului și economiei, pericolozitatea socială a faptei sunt luate în considerare numai la stabilirea cuantumului amenzii contravenționale. Mărimea amenzii contravenționale aplicate pentru poluare se raportează la limitele minime și maxime stabilite în actul normativ corespunzător, ea fiind individualizată în funcție de anumiți factori subiectivi și obiectivi.

Caracterul obiectiv al răspunderii contravenționale poate fi justificat prin însemnătatea deosebită a interesului public, ocrotit prin normele dreptului mediului. Acest lucru face dificilă, uneori chiar imposibilă exonerarea de răspundere a agentului poluant, care poate fi exonerat numai în caz de forță majoră și de săvârșirea unei fapte imputabile și de neînlăturat a unei alte persoane. Situația agentului poluant este dificilă și prin aceea că el este chemat

să descopere și să probeze eventualele cauze de exonerare de răspundere contravențională.

Trebuie să menționăm că în cazuri deosebit de grave sau repetate, direct sau în completarea amenzilor contravenționale, se impune a fi aplicată măsura legală de oprire a activității agentului poluant în situațiile și pe timpul în care poluarea produsă depășește limitele legale și amenință grav sănătatea populației sau creează pagube economiei naționale.

În general, prin aplicarea amenzilor contravenționale, se urmărește determinarea agentului poluant să respecte prevederile prin care este obligat să promoveze tehnologii și tehnici care protejează mediul natural și antropic.

Sumele de bani plătite cu titlu de amendă contravențională ar trebui administrate distinct: pentru finanțarea investițiilor antipoluante și pentru sprijinirea cercetărilor în domeniu. O asemenea soluție ar fi binevenită pentru că prin poluarea mediului, marele păgubit este întotdeauna natura și, în ultimă instanță, societatea umană. Sigur că, în urma poluării mediului, pot fi formulate și pretenții patrimoniale, dar pe această cale se acoperă prejudiciile cauzate oamenilor prin poluare, însă nicidecum nu se pot acoperi pagubele reale aduse mediului.

Amenda contravențională pentru poluarea mediului, are și rolul de factor de echilibru economic între agenții poluanți și societățile care nu poluează mediul. În acest fel, agenții poluanți sunt determinați să facă investiții de reducere sau de prevenire a poluării.

Contravenția săvârșită în cadrul raporturilor de dreptul mediului este – așa cum am mai spus – o faptă ilicită reglementată și sancționată de normele dreptului mediului. Această faptă poate fi săvârșită cu intenție, sau din culpă⁵. Ca o particularitate, trebuie spus că răspunderea contravențională intervine în materia dreptului mediului și atunci când fapta este săvârșită fără culpă, ea fiind rezultatul riscului de poluare pe care și l-a asumat persoana în cadrul activității pe care o desfășoară.

Fapta ilicită care atrage răspunderea contravențională se poate prezenta sub forma acțiunii sau a inacțiunii subiectului activ, și constă în nerespectarea unei interdicții sau a unei obligații prevăzută de legislația mediului. Acțiunea ilicită poate fi, de exemplu, arderea miriștilor, stufului, tufărișurilor sau a vegetației ierboase, fără autorizație din partea autorităților competente, pentru protecția mediului⁶. Inacțiunea ilicită în domeniul mediului constă, de exemplu, în

⁵ A se vedea, Ernest Lupan și colab., *Dreptul mediului. Tratat elementar. Partea specială*, Editura „Lumina Lex”, București, p. 399.

⁶ A se vedea art. 51 alin. 1 lit. c din Legea protecției mediului, nr. 137/1995.

neîntreținerea corespunzătoare a malurilor sau a albiilor în zonele stabilite de către cei cărora li s-a recunoscut un drept de folosință a apei sau de către deținătorii de lucrări⁷.

Prin contravenția ecologică sunt lezate valorile, relațiile de mediu, factorii de mediu natural sau antropic, ori interesele legitime care vizează un mediu sănătos, nedeteriorat prin poluare⁸.

Subiectul activ al contravenției ecologice poate fi o persoană fizică sau o persoană juridică. Ca regulă generală, orice persoană fizică poate fi subiect activ al contravenției de mediu dacă are 14 ani și discernământul faptelor sale. Subiect activ al contravenției ecologice poate fi, de asemenea, orice persoană juridică, dar, sunt și situații când această calitate o poate avea numai o persoană juridică specializată⁹. La fel, în cazul persoanei fizice, sunt situații în care aceasta poate fi subiect activ al contravenției de mediu numai dacă are o anumită calitate. De exemplu, este angajat al unei instituții sau al unei autorități care are atribuții în domeniu. Subiectul pasiv al contravenției ecologice este statul reprezentat de organele sale, acestea fiind abilitate de lege să ia măsurile ce se impun în domeniul mediului și, de asemenea, să stabilească și să sancționeze contravențiile săvârșite.

În cazul răspunderii contravenționale raportul se inversează: autoritatea statală care stabilește și sancționează contravențiile este subiect activ, iar contravenientul – persoană fizică sau persoană juridică – este subiect pasiv. Se poate spune că o persoană fizică sau persoană juridică – este subiect pasiv. Se poate spune că o persoană juridică poate fi, în același timp, în cadrul răspunderii contravenționale, și subiect activ și subiect pasiv. De exemplu, autoritățile pentru protecția mediului sunt abilitate să constate și să sancționeze contravențiile săvârșite de alte persoane fizice sau juridice, dar în același timp pot fi trase la răspundere (contravențională) pentru neluarea unor măsuri ce se impun pentru protecția unor factori de mediu.

În dreptul mediului, principala sancțiune contravențională este amenda. Aceasta constă într-o sumă de bani pe care trebuie să o plătească autorul contravenției. Quantumul amenzii se stabilește, între limitele sale, de către persoana sau organul de stat competent să aplice sancțiunea, în funcție de gradul de pericol social al faptei, de persoana contravenientului, de împrejurările în care acesta a săvârșit fapta, de consecințele acesteia etc. Potrivit art. 82, pct. 4 din

⁷ A se vedea art. 87, alin. 1, pct. 10 din Legea apelor, nr. 107/1996.

⁸ A se vedea Ernest Lupan și colab., *op cit.*, p. 400.

⁹ A se vedea în acest sens art. 87, alin. 1, pct. 8 din Legea apelor, nr. 107/1996.

Legea protecției mediului, nr. 137/1995, cuantumul amenzilor se actualizează anual prin hotărâre a guvernului.

Pentru protecția unor factori de mediu, în cazul săvârșirii unor contravenții, sunt prevăzute și alte sancțiuni contravenționale complementare care se aplică pe lângă amendă, cum ar fi: confiscarea, anularea sau suspendarea autorizației de mediu, refuzul de a mai acorda aprobări sau elibera licențe de import ori retragerea avizului de a efectua operațiuni de comerț exterior, sechestrul¹⁰.

Răspunderea contravențională poate fi înlăturată dacă fapta ilicită a fost săvârșită datorită unor cauze prevăzute de lege și anume: legitima apărare, starea de necesitate, constrângerea fizică sau morală, cazul fortuit, eroarea de fapt, iresponsabilitatea și infirmitatea, minoritatea, beția, ordinul autorității ierarhice, prescripția aplicării sancțiunii contravenționale și prescripția executării sancțiunii contravenționale.

În linii mari, cauzele care înlătură răspunderea contravențională pentru daune ecologice au un regim juridic asemănător altor ramuri de drept, de aceea vom face doar scurte precizări în legătură cu prescripția aplicării sancțiunii contravenționale și cu prescripția executării sancțiunii contravenționale.

Astfel, aplicarea sancțiunii contravenționale se prescrie în termenul de la 3 luni de la data săvârșirii faptei, iar când aceasta a fost urmărită ca infracțiune pentru ca apoi să se fi stabilit că este contravenție, termenul este de 1 an. Prezintă importanță pentru calculul termenului de prescripție momentul în care începe să curgă termenul. Calculul se face ușor când contravenția constă într-o faptă care se consumă printr-un singur act al autorului. De exemplu, fapta de vărsare sau aruncare în instalațiile sanitare sau în rețelele de canalizare a reziduurilor petroliere sau a substanțelor periculoase¹¹. Cele mai multe contravenții sunt de acest fel. Dar există și fapte care se perpetuează în timp, care durează, de exemplu până la ieșirea din pasivitate a unei autorități de mediu, în ipoteza în care ar fi trebuit să se ia unele măsuri, având stabilite atribuții în acest sens. În astfel de cazuri termenul de prescripție începe să curgă de la data la care autoritatea respectivă trebuia să ia măsurile ce se impuneau, și ține până la împlinirea perioadei de trei luni de la începerea luării măsurilor respective¹².

Există și un termen special – de doi ani – stabilit de Legea nr. 50/1991, privind autorizarea executării construcțiilor și unele măsuri pentru realizarea locuințelor.

Astfel, în cazul contravenției de realizare de construcții în perimetrul terenurilor amenajate ca spații verzi, agentul constatator are dreptul ca, o dată cu

¹⁰ A se vedea pe larg Ernest Lupan și colab. *op.cit.*, pp. 406-409.

¹¹ Art. 87, alin. 1, pct. 21 din Legea apelor, nr. 107/1996.

¹² A se vedea Mircea Duțu, *op.cit.*, p. 197.

aplicarea amenzii, să dispună oprirea executării lucrărilor sau desființarea construcțiilor ilegale realizate, fixând un termen în acest sens, după care se poate trece la procedura în fața instanței de judecată.

Executarea sancțiunii contravenționale cu amendă, potrivit art. 14 din Legea nr. 32/1968, se prescrie dacă procesul verbal de constatare a contravenției sau, după caz, înștiințarea de plată a amenzii nu au fost comunicate contravenientului în termen de o lună de la data aplicării sancțiunii, termenul de prescripție fiind de un an, chiar și în ipoteza în care cel sancționat a exercitat calea legală de atac.

Ca și în alte materii, și în dreptul mediului răspunderea contravențională parcurge mai multe etape: constatarea contravenției, aplicarea sancțiunii și, eventual, contestarea ei prin exercitarea căilor legale de atac. Constatarea contravenției ecologice se face, după caz, de către personalul însărcinat în acest scop de autoritatea centrală pentru protecția mediului, de organele de poliție, de către personalul abilitat din cadrul autorității administrației publice județene sau locale sau de către personalul Ministerului Apărării Naționale împuternicit în domeniile sale de activitate, potrivit competențelor legale¹³. Constatarea contravenției ecologice presupune calificarea faptei ilicite săvârșite, identificarea contravenientului, stabilirea și evaluarea prejudiciilor produse, stabilirea și aplicarea sancțiunii. Pentru aceasta, agentul constator va întocmi un proces-verbal de constatare și sancționare¹⁴. Ca regulă generală, agentul constator aplică și sancțiunea dar, în materia protecției mediului, această regulă se derogă în sensul că, legea prevede în anumite cazuri alte organe care aplică sancțiunea contravențională, decât cele care constată săvârșirea faptei ilicite. De exemplu, în cazul în care s-au săvârșit contravenții în domeniul urbanismului și amenajării teritoriului, fapta se constată de către organele de control ale prefecturilor și primăriilor, iar sancțiunile corespunzătoare se aplică de personalul din cadrul Departamentului pentru urbanism și amenajarea teritoriului.

Sancțiunea aplicată poate fi contestată, în acest sens cel sancționat putând depune o plângere la organul din care face parte agentul constator sau, în condițiile legii, la judecătoria în a cărei rază s-a săvârșit contravenția. Plângerea se poate depune în termen de 30 de zile de la data comunicării procesului verbal de contravenție; până la soluționarea ei, executarea sancțiunii este suspendată iar dacă cel sancționat nu este mulțumit de hotărârea pronunțată de instanță, aceasta va putea fi atacată cu recurs la instanța superioară.

¹³ Art. 83, alin. 1 din Legea protecției mediului, nr. 137/1995.

¹⁴ A se vedea pe larg Ernest Lupan și colab., *op.cit.*, pp. 411-413.

The Offenderer Responsibility in Environmental Law

- Summary -

The administrative nature at the Environmental Law has good prospects for the offenderer's responsibility. One of the basic methods in the lawful or unlawful offenderer's examination, is the authorisation of the environment or the environment agreement. By side of it, the non-observance of the special regime of some activities underlies of the accusing as a minor offence of some facts, which directly speaking prejudice the environment.

The offenderer responsibility should has to be an stimulative way to conform oneself in law's respect, but not a gathering money's way for the pollution.

TERMENUL DE PROMOVARE A CONTESTAȚIEI LA EXECUTARE

DAN CONSTANTIN TUDURACHE

1. Preliminarii

Stabilirea termenului de promovare a contestației la executare presupune lămurirea a două probleme: a) momentul de la care se deschide dreptul de a introduce contestația; și b) momentul până la care poate fi introdusă contestația la executare. În prezentul studiu vom analiza problema stabilirii momentului în care se stinge dreptul de a contesta executarea silită, având în vedere modificările suferite de Codul de procedură civilă prin intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 138/2000. Nu vom trata problematica legată de stabilirea momentului de la care se poate contesta executarea silită, dat fiind că actul normativ modificator nu a adus precizări în această privință, ceea ce înseamnă că sunt valabile soluțiile avansate în literatura și practica judiciară anterior menționatei modificări¹.

2. Rezolvarea dată de reglementarea anterioară

Anterior modificării Codului de procedură civilă prin O.U.G. nr. 138/2000, termenul de promovare a contestației la executare era stabilit diferit în funcție de felul executării și de organul care desfășura executarea silită.

Astfel, în articolul 403 se arăta că se pot face contestații cât timp ține executarea, până la săvârșirea celui din urmă act al executării: în alineatul ultim al menționatului articol se preciza că ultimul act de executare era încheierea pe care instanța de executare urma să o pronunțe, fără citarea părților, îndată ce primea procesul-verbal de executare, constatând săvârșirea executării. S-a considerat că acest text constituia reglementarea generală și avea aplicabilitate ori de câte ori nu era incidentă o altă normă procesuală, cu condiția ca ultimul

¹ Grațian Porumb, *Teoria generală a executării silite și unele proceduri speciale*, Editura Științifică, București, 1964, p. 390 și urm.; Ilie Stoienescu, Arthur Hilsenrad, Savelly Zilberstein, *Tratat teoretic și practic de procedură a executării silite*, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966, p. 434 și urm.; Viorel Mihai Ciobanu, *Drept procesual civil*, vol. II, Tipografia Universității din București, 1988, p. 211 și urm.; Gabriel Boroi, *Despre executarea silită*, în *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, de Gabriel Boroi și Dumitru Rădescu, Editura ALL, București, 1994, p. 666 și urm.

act de executare să fi fost un proces-verbal încheiat de organul de executare care să poată fi trimis instanței de executare².

În celelalte cazuri, executarea se considera terminată iar calea contestației la executare închisă o dată cu săvârșirea ultimului act al procedurii execuționale.

În materia popririi, potrivit art. 452, contestația putea fi făcută din momentul încuviințării popririi și până la validare; contestațiile contra popririlor înființate asupra veniturilor din muncă, potrivit prevederilor art. 461¹ C.pr.civ., în executarea hotărârilor privind pensii de întreținere, se puteau introduce în termen de 15 zile de la data primei plăți făcute de către terțul poprit debitorului urmărit, după punerea în executare a popririi.

Termenul de promovare a contestației împotriva scoaterii în vânzare silită a unui imobil, reglementat de articolul 522 C.pr.civ., era mărginit la ziua ținerii licitației publice.

3. Modul de stabilire a termenului în reglementarea actuală.

Prin modificarea și completarea Codului de procedură civilă prin O.U.G. nr. 138/2000, s-a ajuns la reglementarea unitară a modului de determinare a momentului final în care poate fi introdusă o contestație la executare. Acest lucru a fost posibil datorită faptului că toate procedurile de executare au fost date în competența executorilor judecătorești, pe de-o parte, și a modificării substanțiale a tuturor formelor de executare silită, pe de altă parte. Sediul materiei îl constituie articolul 401 din Codul de procedură civilă.

Termenul este de 15 zile și curge de la unul din următoarele momente:

a) când contestatorul a luat la cunoștință de actul de executare pe care-l contestă sau de refuzul de a îndeplini un act de executare;

b) când cel interesat a primit, după caz, comunicarea ori înștiințarea privind înființarea popririi. Dacă poprirea este înființată asupra unor venituri periodice, termenul de contestație pentru debitor începe cel mai târziu la data efectuării primei rețineri din aceste venituri de către terțul poprit;

c) când debitorul care contestă executarea însăși a primit somația ori de la data când a luat cunoștință de primul act de executare, în cazurile în care nu a primit somația sau executarea se face fără somație;

d) data efectuării vânzării ori data predării silite a bunului în cazul contestației prin care o terță persoană pretinde că are un drept de proprietate sau un alt drept real asupra bunului urmărit.

Noua reglementare face o distincție pe care vechea reglementare nu o realiza, pentru că stabilește că se poate contesta executarea însăși, precum și fiecare act de executare în parte, fiecare din aceste contestații beneficiind de termene diferite. Altfel spus, persoana interesată este decăzută din dreptul de a contesta

² A se vedea Gabriel Boroi, *op.cit.*, pp. 667-668.

executarea însăși, păstrând dreptul de a contesta doar eventualele acte de executare ulterioare ce s-ar săvârși cu nerespectarea dispozițiilor legale.

În ce privește situația terților care reclamă drepturi reale asupra bunului urmărit, termenul începe să curgă de la momentul vânzării ori al predării bunului, pentru că cel mai târziu într-un astfel de moment ar trebui să cunoască faptul că bunul asupra căruia pretind drepturi face obiectul unei executări silite.

Deosebit de importantă este precizarea conținută în alineatul ultim al art. 401 C.pr.civ., potrivit căreia „neintroducerea contestației în termenul prevăzut de alin. 2 nu-l împiedică pe cel de-al treilea să-și realizeze dreptul pe calea unei cereri separate, în condițiile legii”.

Prin „cerere separată, în condițiile legii”, apreciem că legiuitorul a înțeles o acțiune de drept comun, care poate fi, după caz, o acțiune în revendicare sau o acțiune în constatarea existenței dreptului. Precizarea alineatului ultim al articolului 401 este menită să înlăture eventualele controverse ce s-ar putea ivi legat de admisibilitatea promovării de către un terț față de executare a unei acțiuni de drept comun, în revendicare sau în contestare, prin care să pretindă recunoașterea dreptului său³.

Noua reglementare are rolul de a realiza unitatea și sub un alt aspect, și anume acela al concordanței cu reglementarea existentă în materia executării creanțelor bugetare (art. 77 din O.G. nr. 11/1996).

Problemes théoriques sur la contestation à l'exécution

– Résumé –

Dans la législation antérieure, le délai pour promouvoir la contestation contre la exécution forcée, visait deux problèmes: la sorte de l'exécution et l'organ qui mise en oeuvre l'exécution forcé. C'est à dire tous les personnes intéressés pouvaient faire une contestation contre la exécution forcée jusqu'au dernier act de l'exécution. Une tel act pourrait être un vertu d'un jugement ou d'un arrêt exécutoires.

Dans la nouvelle législation, le délai est de 15 jours depuis le moment quand le contestateur a connu l'act d'exécution ou il a reçu une communication sur l'exécution, quand le debiteur qui contest l'exécution a reçu le premier act d'exécution.

³ Pentru admisibilitatea acțiunii sub reglementarea anterioară, a se vedea Ilie Stoianescu, *Unele aspecte noi ale contestației la executare*, în *Justiția Nouă*, nr. 7/1963, p. 52; Viorel Mihai Ciobanu, *op.cit.*, p. 210; Gabriel Boroi, *op.cit.*, p. 664; Plen.Trib.Suprem. dec. de îndr. nr. 28/1961, în *Îndreptar interdisciplinar de practică judiciară*, p. 418; Trib. Suprem. col.civ., dec. nr. 1149/1962, în *Justiția Nouă*, nr. 8/1963, p. 166.



DREPTUL DE DIVULGARE A OPERELOR POSTUME

LUIZA CRISTINA IOVU

1. Considerații introductive

Un principiu fundamental al dreptului de autor este neîndoios principiul puterii discreționare a autorului de a hotărî, „în toată libertatea și fără nici o țărmurire, aducerea operei la cunoștința publicului, principiu consacrat în lege, prin recunoașterea dreptului personal nepatrimonial al autorului de a aprecia și decide, el însuși și numai el, dacă opera sa, care îi reflectă personalitatea, urmează ori nu să fie împărtășită și publicului”.¹

Acest principiu, al exclusivității dreptului autorului de a-și dezvălui opera, comportă anumite limitări sub câteva aspecte.

Aceste limitări se referă la particularitățile pe care le implică regimul operelor realizate în colaborare, al operelor realizate la comandă și cel al operelor nepublicate de autor în timpul vieții.

În privința operelor realizate în colaborare, distingem după cum este vorba despre opere comune sau opere colective. Dreptul de divulgare va fi exercitat cu respectarea convenției încheiate între coautori sau, în lipsa acesteia, de fiecare autor în parte, dar cu respectarea drepturilor celorlalți coautori (în cazul operelor divizibile), respectiv de către persoanele fizice sau juridice din inițiativa, sub responsabilitatea și sub numele căreia a fost creată opera (în cazul operelor colective).

În ce privește operele realizate la comandă, dreptul de divulgare trebuie exercitat cu respectarea principiului forței obligatorii a contractelor.

În cazul divulgării operelor nepublicate în timpul vieții, două principii trebuie să fie conciliante: principiul protejării dreptului absolut al autorului la divulgarea operei sale și principiul interesului patrimoniului cultural.

Principala problemă o reprezintă, în acest caz, asigurarea unui just echilibru între interesele colectivității și interesele personale legitime ale autorilor.

Tendința generală conturată la nivel mondial este aceea de a situa pe primul plan interesele colective, accentul fiind pus pe funcțiile sociale ale operei. Interesele învățământului și cercetării în special reclamă asigurarea unui acces larg la operele protejate.

¹ A. Ionașcu, N. Comșa, M. Mureșan, *Dreptul de autor în România*, Ed. Academiei, București 1969, p. 49.

Legea română în materia dreptului de autor a încercat să realizeze o armonizare a acestor principii aparent contradictorii, fără însă a reuși înlăturarea controverselor. Actualei reglementări i se reproșează neglijarea într-o anumită măsură a interesului cultural general.

Problema a suscitat dintotdeauna un real interes, însă pentru analiza ei sunt necesare anumite precizări.

2. Noțiunea și caracterele juridice ale dreptului de divulgare

„Dreptul de divulgare a operei” este denumirea folosită în doctrină pentru a desemna una din cele mai importante prerogative ale dreptului de autor, iar în Legea nr. 8/1996 este consacrat în articolul 10, litera a ca fiind „dreptul de a decide dacă, în ce mod și când va fi adusă opera la conștiință publică”. Cunoscut și sub numele de „dreptul la prima publicare”, dreptul de divulgare face parte din categoria drepturilor morale.

În literatura de specialitate s-a menționat chiar existența unui primat al acestui drept asupra celorlalte drepturi ce intră în conținutul dreptului de autor, măcar din punct de vedere al succesiunii cronologice a nașterii acestor drepturi în persoana autorului. Până la momentul divulgării operei, drepturile patrimoniale au doar o existență virtuală, care capătă valențe reale numai după ce autorul decide aducerea operei la cunoștința publicului.

Faptul că în articolul 1 alin. 2 din Legea nr. 8/1996 se stipulează că opera de creație intelectuală este recunoscută și protejată independent de aducerea la cunoștință publică, prin simplul fapt al realizării ei, chiar neterminată, nu înseamnă că ar fi posibil ca drepturile patrimoniale să preexiste divulgării. Textul legii trebuie interpretat doar în sensul că opera este protejată încă înaintea primei publicări.

Mai mult chiar, divulgarea operei de către terți, fără consimțământul autorului, este incriminată în articolul nr. 140 al Legii nr. 8/1996 ca infracțiune, întrucât fapta este de natură a aduce atingere personalității autorului și implicit libertății sale individuale.

Dreptul de divulgare este recunoscut în toate legislațiile ca un *drept direcțional și absolut, rezervat autorului*.

H. Desbois vorbește de o „metamorfoză” determinată de exercițiul dreptului de divulgare: „opera intră într-o altă sferă, pentru a împlini destinul trasat de autor, dar ea nu va înceta să poarte amprenta originii sale, legăturile cu trecutul nu sunt rupte, pentru că dreptul la paternitatea și integritatea operei sale impun limitele exploatarei, iar facultatea de retractare este susceptibilă de a-i pune capăt”.

E. Ulmer arată că dreptul de divulgare este în centrul intereselor autorului. Hotărârea autorului de a da publicității opera „apare ca un atribut de ordin

intelectual și moral prin excelență, pentru că îi permite – și acesta este aspectul moral propriu-zis – să păstreze manuscrisul, pe care nu l-a redactat decât pentru el, sau – și acesta este aspectul intelectual – să nu-l publice atât timp cât opera nu i se va părea corespunzătoare așteptărilor sale².

În susținerea *caracterului personal* al dreptului de divulgare s-a exprimat și argumentul că „numai autorul conștient de responsabilitatea morală și uneori chiar juridică pe care și-o asumă, poate aprecia în mod discreționare dacă opera a atins nivelul dorit pentru a fi divulgată”³.

Se concluzionează că, fiind intim legată de personalitatea autorului, dreptul de a aduce opera la cunoștința publicului nu poate aparține decât autorului.

Dreptul de divulgare privește atât decizia autorului de a da publicității opera cât și de a aprecia asupra modalităților de realizare a dezvoltării. Alegerea modului de divulgare a operei depinde atât de natura acesteia, cât și de aprecierea autorului. Astfel, de exemplu, o operă literară poate fi divulgată pe calea publicării, interpretării publice sau comunicării publice. Este util de subliniat că dreptul de divulgare se realizează în practică prin intermediul altor prerogative ale dreptului de autor, cum ar fi, de exemplu, dreptul de publicare a operei, dreptul de interpretare publică a operei, iar dacă dreptul de divulgare se realizează, de pildă, pe calea editării operei, vor fi exercitate concomitent atât dreptul de reproducere cât și dreptul de difuzare a operei. Bineînțeles că prerogativele menționate, chiar dacă prezintă legături strânse cu dreptul de divulgare, constituie drepturi de sine stătătoare. Astfel, faptul că autorul unei piese de teatru a autorizat reprezentarea acesteia nu implică, în mod necesar și acceptarea editării operei.

Dreptul de divulgare, ca drept personal nepatrimonial, este *intransmisibil* prin acte între vii. Problema transmisiunii operei după moartea autorului se pune evident numai cu privire la operele postume, întrucât dreptul de divulgare înseamnă dreptul la primă publicare. Astfel, față de data decesului autorului survenit înainte ca acesta să fi adus opera la cunoștința publicului se pune întrebarea dacă dreptul de divulgare a operei trece sau nu la moștenitorii autorului.

Caracterul inalienabil al dreptului de divulgare se justifică prin faptul că acesta face parte din categoria drepturilor morale care sunt destinate să asigure protecția personalității autorului, iar acesta nu poate renunța la protecția personalității decât cu riscul unei „sinucideri morale”⁴.

² H. Desbois, *Droit d'auteur en France*, Dalloz, ed. 3, 1978, p. 422.

³ *Ibidem*, p. 425.

⁴ H. Desbois, *op. cit.*, p. 114.

Legea noastră admite transmiterea prin succesiune doar a componentelor pozitive a drepturilor morale, și anume a exercițiului drepturilor la calitatea de autor și respectul integrității operei. În lipsă de moștenitori, exercițiul acestor drepturi revine Oficiului Român pentru Drepturi de Autor.

Interpretarea per a contrario conduce la concluzia că nu sunt transmisibile prin moștenire și nu pot fi exercitate de către succesori sau ORDA dreptul de divulgare, dreptul la nume și dreptul de retractare.

Soluția legiuitorului român, care este conformă cu cea a Convenției de la Berna (articolul 6 bis, alin. 1), are ca fundament împărțirea drepturilor morale în două categorii:

– cea a drepturilor al căror exercițiu presupune o decizie pozitivă, o inițiativă din partea celui care le invocă și în favoarea căruia aceste drepturi sunt recunoscute (dreptul la divulgare, dreptul la nume și dreptul de retractare);

– cea a drepturilor care presupun o interdicție pentru terți, instituită în scopul protejării calității de autor și a integrității operei (dreptul la recunoașterea calității de autor și dreptul la respectarea integrității operei).

Potrivit concepției legii noastre, numai exercițiul celei de-a doua categorii de drepturi este transmisibil.

Referitor la *caracterul imprescriptibil*, dreptul autorului la acțiune pentru apărarea drepturilor sale morale nu se stinge, decurgând din caracterul inalienabil și perpetuu al acestora. Totuși, în ce privește exercitarea acțiunii pentru apărarea dreptului de divulgare, durata sa este limitată de cea a vieții autorului, moștenitorii neavând calitate procesuală activă.

3. Divulgarea operei postume în dreptul român

Legea asupra proprietății literare și artistice din 28 iunie 1923 era favorabilă publicării operelor postume, prevăzând în articolul 8 că: „pentru operele care nu au fost publicate în timpul vieții autorului, acesta poate, prin testament, să interzică ca el să fie publicate un anumit timp, care nu poate fi mai mare de 30 de ani de la moartea sa, putând indica și persoana sau instituția însărcinată cu executarea voinței sale”. În articolul 30 al legii se preciza conținutul dreptului celui care, în mod legal, „a dat la lumină o operă postumă”. Prin dispozițiile articolului 5 se conferea Ministerului Artelor facultatea de a edita operele pe care moștenitorii autorilor sau cesionarii drepturilor acestora nu le-au publicat timp de 3 ani de la moartea autorului, beneficiile, după scoaterea cheltuielilor, împărțindu-se între moștenitori sau cesionari și minister.

În Decretul nr. 321/1956 se prevedea prin articolul 5 că la moartea autorului, sarcina de apăra paternitatea, inviolabilitatea și justa folosire a operei revine numai asociației de scriitori sau, în lipsă, organului de stat competent.

În baza acestor dispoziții legale, în doctrină s-au exprimat diverse soluții menite de a răspunde la problema operelor postume.

Aurelian Ionașcu considera posibilă transmiterea dreptului de divulgare a operelor postume în situația în care autorul își manifestase voința în acest sens. În lipsa oricărei indicații în acest sens din partea autorului, urma să se aplice prezumția intenției autorului de a divulga opera. Această prezumție avea la bază concepția că operele sunt destinate colectivității.

Mihai Eliescu își exprimă dezacordul față de principiul intenției prezumate a voinței autorului. El este de părere că trebuie respectată și după moarte voința expresă sau tacită a autorilor în ce privește divulgarea operelor lor. În caz de tăcere din partea autorului, dreptul de divulgare trece la moștenitori care, dobândind drepturile patrimoniale, dobândesc în mod necesar și pe cele nepatrimoniale, fără de care primele nu ar putea fi exercitate.

Yolanda Eminescu critică ambele opinii, pe considerentul că acestea „subordonează, în ultimă analiză, drepturile personale nepatrimoniale celor nepatrimoniale, singurele care se transmit moștenitorilor, și făcând să depindă soarta celor dintâi de cele patrimoniale, le reduc durata, ignorând caracterul lor imprescriptibil”. Opinia autoarei este aceea că, sub imperiul Decretului 321/1956, autorizarea de a publica o operă postumă poate fi dată de către uniunea de creatori competentă a aprecia dacă divulgarea unei asemenea opere constituie sau nu, din punct de vedere al intereselor pe care este chemată să le apere, „o justă utilizare a operei” și că „societățile de autori sunt cele mai calificate, în condițiile actuale, nu numai pentru a aprecia în ce măsură divulgarea unei opere postume este conformă cu respectul datorat personalității autorului și intereselor culturii, dar și pentru a lua măsurile necesare evitării atingerilor eventuale pe care publicarea operelor postume le-ar putea aduce drepturilor personale ale unor terți”⁵. În continuare se arată că „într-un eventual conflict între obligația de fidelitate față de operă, pe de o parte, și respectul drepturilor personale ale unor terți, pe de altă parte, «justa utilizare a operei» (la care se referea articolul 5 din Decretul 321/1956) implică dreptul de a suprima pasajele operei postume susceptibile de a antrena răspunderea față de terți”. Se consideră astfel că dreptul de divulgare a operei postume poate fi exercitat în condițiile Decretului 321/1956 de către societățile de autori sau, în lipsă, de către organul de stat competent, iar dreptul la inviolabilitatea operei este limitat de nevoia ocrotirii drepturilor personale ale terților. Se subliniază că dreptul de divulgare a operei de către aceste organe nu este rezultatul unei transmisii, fiind vorba de un drept propriu, originar. Rațiunea existenței acestui drept, născut

⁵ Yolanda Eminescu, *Dreptul de autor*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 71.

direct în persoana organizațiilor prevăzute de lege, o reprezintă asigurarea protecției drepturilor personale nepatrimoniale, care prin natura lor sunt intransmisibile și după moartea titularului dreptului.

Yolanda Eminescu consideră astfel că prin articolul 5 al actului normativ susmenționat nu s-a instituit o transmisiune succesorală derogatorie de la dreptul comun, ci un sistem de protecție a drepturilor autorului în aplicarea articolului 56 al Decretului no. 31/1954⁶.

4. Aspecte de drept comparat

Doctrina și jurisprudența străină relevă existența unui curent de opinie favorabil publicării operelor postume.

Mai mult chiar, în dreptul francez, posibilitatea publicării operei postume este reglementată în amănunt. Astfel, potrivit articolelor 121-122 din CP I francez, dreptul de a divulga opera aparține exclusiv autorului, iar după moartea autorului, dreptul de a divulga a operelor sale postume este exercitat de executorul său testamentar. În lipsă de executor testamentar sau după decesul acestuia și dacă nu există o manifestare de voință contrară din partea autorului, dreptul de divulgare se exercită în următoarea ordine: de către descendenți, de către soțul supraviețuitor (afară de cazul în care s-a pronunțat o hotărâre de separație de corp sau dacă soțul supraviețuitor s-a recăsătorit) și de către ceilalți moștenitori, alții decât descendenții, care culeg în tot sau în parte succesiunea, precum și de legatarii universalii sau cu titlul universal.

Persoana care publică o operă postumă dobândește, în dreptul francez, un drept de monopol, care-i conferă dreptul de reproducere și de reprezentare publică a operei, pe o durată de 50 de ani sau 70 în cazul operelor muzicale, începând cu data primei publicări a operei. Durata protecției acestui drept de monopol nu diferă însă după cum opera postumă publicată se află încă sub protecția dreptului de autor sau se afla deja, ca efect al expirării termenului de protecție, în domeniul public. Beneficiarul monopolului nu dobândește însă și un drept de suită⁷.

Abuzul grav în folosința sau nefolosința dreptului de divulgare în cazul operei postume este supus cenzurii instanței de judecată, care poate fi sesizată și de către ministrul culturii⁸.

⁶ Yolanda Eminescu. *Opera de creație și dreptul*. Ed. Academiei. București, 1997.

⁷ Andre Francon. *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*. Litec. 1996. p. 254. Dreptul de a publica opera postumă de către succesorii autorului poate fi exercitat numai dacă în timpul vieții autorului nu și-a manifestat voința în sens contrar.

⁸ Articolele 121-123 CPI francez.

În concluzie, se poate spune că ideea fundamentală în teoria franceză a dreptului moral este aceea a interesului operei și nu cea a interesului general.

Spre deosebire de sistemul dualist francez în care dreptul moral este net separat de drepturile patrimoniale, subliniindu-se însă preponderența celui dintâi, sistemul german este un sistem monist, în sensul că dreptul moral este un element al dreptului de autor în ansamblul prerogativelor sale. Consecința acestei concepții este admisibilitatea transmisiunii drepturilor de autor moștenitorilor autorului sau persoanelor indicate de acesta, cu precizarea că, în persoana succesorului, dreptul moral rămâne același drept absolut și discreționar ca în persoana autorului.

Legea germană, spre deosebire de cea franceză, nu organizează un control al exercițiului dreptului moral decât după moartea autorului. În doctrină se manifestă însă tendința de a deplasa problema operelor postume pe terenul protecției patrimoniului național (Denkmalschutz) și de a integra dreptul de autor într-un drept al culturii, în care interesele colectivității să fie ținute în seamă.

5. Divulgarea operelor postume în lumina Legii nr. 8/1996

În pofida curentului de opinie favorabil publicării operelor postume, care se manifestă și în planul soluțiilor legislative adoptate de alte sisteme de drept, legiuitorul român a adoptat o altă soluție, analiza textului legii noastre conducând la concluzia că în dreptul nostru, pentru operele nepublicate de autor în timpul vieții și pentru care nu și-a manifestat voința de a fi publicate, divulgarea acestora după moartea sa nu mai este posibilă.

De aceea, legea română a drepturilor de autor și a drepturilor conexe în vigoare este, în privința regimului operelor postume, deficitară, fiind contrară soluțiilor adoptate în țări ale Comunității Europene, cu care trebuie să ne armonizăm legislația, potrivit obligațiilor asumate prin Acordul de asociere dintre România și statele membre ale acesteia, devenit Legea nr. 20/1993⁹.

Această concluzie se desprinde din analiza conținutului dispozițiilor Legii 8/1996:

– articolul 10, litera „a” precizează că dreptul moral de a decide dacă, în ce mod și când va fi adusă opera postumă la cunoștința publicului aparține autorului;

– articolul 11, alin. 2 prevede că transmisibile prin moștenire sunt, dintre drepturile morale, numai dreptul la recunoașterea calității de autor și dreptul de a pretinde respectarea integrității operei;

⁹ Legea nr. 20/1993 este publicată în Monitorul Oficial nr. 73/12.04.1993.

– articolul 25, alin. 2, reafirmă implicit interdicția de publicare a operelor postume protejate, prevăzând că se permite aducerea la cunoștință publică a operelor nepublicate dar numai după încetarea dreptului de autor. Cu alte cuvinte, pot face obiectul divulgării postume doar operele aparținând domeniului public.

6. Noțiunea de „opere postume”

Expresia „opere postume” este unanim folosită pentru a desemna operele nepublicate de autor în timpul vieții, însă, din punct de vedere lingvistic, nu este corectă, pentru că sugerează că ar fi vorba de opere create de autor după încetarea sa din viață.

Dintre operele care nu au fost publicate de autor în timpul vieții, se supun regimul operelor postume doar cele cu privire la care autorul nu și-a exprimat voința în vreun fel în legătură cu aducerea lor la cunoștința publică.

Nu intră în categoria operelor postume acele creații cu privire la care autorul a dispus în timpul vieții, în sensul divulgării sau nedivulgării. Decizia autorului va trebui respectată, urmând a se aduce sau nu opera la cunoștința publicului.

În ce privește interpretarea voinței autorului, aceasta poate fi dedusă dintr-o multitudine de acte sau fapte juridice, care vor trebui analizate cu circumspecție.

Astfel, întocmirea unui testament în care drepturile patrimoniale cu privire la o anumită operă sunt menționate constituie o dovadă convingătoare a voinței autorului de a fi divulgată opera după încetarea sa din viață. De exemplu, Petre Țuțea, a cărui operă a fost publicată de mai multe edituri și persoane, după încetarea din viață, a desemnat ca moștenitori ai săi pe un nepot și soția acestuia, cărora le-a lăsat și „drepturile de autor ce vor veni în urma sa”. În litigiile care au opus pe moștenitorii testamentari ai lui Petre Țuțea și terții deținători ai suporturilor materiale ale operelor pe care le-au și publicat, nici nu s-a pus în discuție problema încălcării dreptului moral la divulgare sau al persoanei îndreptățite la publicarea acesteia, litigiile purtând numai asupra drepturilor patrimoniale¹⁰.

De asemenea, încheierea de către autor a unui contract de cesiune a drepturilor asupra totalității operelor sale viitoare, deși lovit de nulitate absolută, poate fi interpretat ca o manifestare valabilă a voinței de a i se publica opera. Această interpretare este conformă principiului conversiei actului juridic, în sensul articolului 978 Cod Civil.

¹⁰ A se vedea în acest sens. Dec.Civ.Nr. 306/1996. 608/1998. 651/2000 ale Tribunalului București – Secția a III-a civilă și Dec.Civ. Nr. 58/A/1998 a Curții de Apel București – Secția a III-a civilă – nepublicate.

Vor putea fi de asemenea divulgate operele pentru care autorul a încheiat în timpul vieții contracte de cesiune, editare, reprezentare.

Este diferită însă situația operelor executate la comandă și neterminate de autor la data decesului. Este posibil ca forma nefinisată să nu fi atins nivelul urmărit de autor și deci acesta să nu fi dorit publicarea ei la stadiul respectiv. Divulgarea nu poate fi decisă de către terți în acest caz, pentru că ar presupune încălcarea dreptului moral exclusiv al autorului de a decide asupra reprezentativității operei sale. Astfel, lucrările pregătitoare (proiecte, schițe, portrete, fotografii), dacă reprezintă opere de creație originale care se bucură de protecția dreptului de autor, vor avea regimul de opere postume, dacă autorul nu le-a publicat în timpul vieții.

Pentru operele pentru care autorul și-a manifestat în timpul vieții voința de a nu fi divulgate, aceasta trebuie respectată. Protecția asigurată de lege este însă una indirectă, prin aceea că nu va putea invoca protecția echivalentă cu cea a drepturilor patrimoniale de autor persoana care publică o operă postumă cu încălcarea voinței autorului, o astfel de divulgare neputând fi considerată „legală”. Totuși, împotriva acestor încălcări nu va putea fi exercitată acțiunea penală pentru tragerea lor la răspunderea penală în sensul articolului 140, litera „a”, care presupune introducerea plângerii prealabile de către persoana vătămată. Impedimentul constă deci în aceea că autorul nu mai este în viață, iar moștenitorilor săi nu le poate fi transmis dreptul de divulgare și deci nu va putea fi invocată calitatea de parte vătămată.

Regimul operelor postume se va aplica, prin urmare, operelor cu privire la care nu se poate deduce vreo manifestare de voință din partea autorului, în vreunul din sensurile arătate mai sus.

În esență, regimul operelor care nu au fost dezvăluite de autor în timpul vieții va fi guvernat în dreptul român contemporan de următoarele reguli:

a) opera pentru care autorul și-a manifestat în timpul vieții voința de a fi publicată – indiferent de forma de manifestare a voinței: încheierea de către autor în timpul vieții a unor contracte de exploatare a operei sau a unor contracte de comandă, donație sau întocmirea unui testament nu constituie operă postumă și nu va fi supusă vreunui regim special;

b) operele pentru care autorul nu și-a manifestat în timpul vieții voința de a fi aduse la cunoștința publică nu vor putea fi divulgate înăuntrul perioadei de protecție nici de către moștenitori, nici de către terții deținători ai suporturilor pe care a fost fixată opera;

c) după expirarea perioadei de protecție, operele nu vor putea fi divulgate, indiferent dacă este vorba despre opere pentru care autorul nu și-a exprimat în vreun fel voința sau chiar despre opere cu privire la care a instituit interdicția de a fi aduse la cunoștința publică.

Această reglementare limitează deci interdicția instituită de autor asupra divulgării operei sale, întrucât după expirarea termenului de protecție a operei, ea va deveni inoperantă. Această soluție contravine punctului de vedere adoptat în doctrină, conform căruia voința autorului trebuie respectată¹¹.

De la aceste reguli, legiuitorul a instituit o excepție în ce privește regimul operelor artiștilor interpreți și executanți, ale căror drepturi morale se admite că pot fi transmise prin succesiune pe durată nelimitată (articolele 96 și 97 din Legea nr. 8/1996).

7. Conținutul drepturilor asupra operelor postume

Conform articolului 25, alin. 2 și 3 din Legea nr. 8/1996, persoana care, după încetarea protecției dreptului de autor, aduce la cunoștință publică, în mod legal, pentru prima oară, o operă nepublicată înainte, beneficiază de protecția echivalentă cu cea a drepturilor patrimoniale ale autorului.

Prin urmare, persoana care publică o operă postumă dobândește un drept exclusiv de a utiliza această operă și de a consimți la utilizarea sa de alte persoane. Nu va fi inclus în conținutul drepturilor astfel dobândite și dreptul de suită deoarece acest drept este recunoscut numai autorului operei de artă plastică.

Durata drepturilor patrimoniale recunoscute în favoarea persoanei care publică o operă postumă este de 25 de ani, din momentul în care aceasta a fost adusă la cunoștința publicului. Reeditățile nu prelungesc durata protecției conferite.

Prin „operă” se înțelege, în acest caz, suportul material al operei intelectuale: pânza, manuscrisul, partitura etc. Proprietarilor suporturilor li se recunoaște un drept echivalent dreptului patrimonial de autor. Legea nu face distincție după cum cel care publică o operă este proprietarul originalului sau a unei copii a operei căzute în domeniul public. În cazul în care publicarea a fost făcută de mai multe persoane, dreptul va fi recunoscut persoanei care a avut cea dintâi inițiativa publicării.

8. Divulgarea corespondenței inedite

Interesul manifestat pentru viața personală a scriitorilor și artiștilor a făcut să crească numărul divulgărilor corespondențelor inedite, ceea ce a declanșat numeroase controverse.

Sub aspect juridic, problema este complexă, pentru că se situează la interferența dintre dreptul de autor și dreptul la secretul vieții private.

¹¹ A. Francon. *op.cit.*, p. 254.

În privința dreptului de autor, trebuie stabilit cine poate exercita, după moartea autorului și în lipsa unei indicații din partea acestuia, dreptul de divulgare.

O problemă prealabilă în legătură cu corespondența inedită este aceea de a ști cui aparține dreptul asupra scrisorilor: expeditorului sau destinatarului.

Această problemă este rezolvată pe planul dreptului civil, în sensul că destinatarul este proprietarul suportului material, iar drepturile personale nepatrimoniale asupra scrisorilor care îndeplinesc condițiile cerute pentru a fi protejate în cadrul dreptului de autor aparțin expeditorului. Se poate vorbi despre „o disociere absolută între dreptul de proprietate intelectuală, legat de conținutul scrisorii, care revine autorului și dreptul de proprietate materială asupra documentului scris, care aparține destinatarului”¹².

În caz de conflict, instanța va decide dacă exercitarea de către proprietarul scrisorii a dreptului de divulgare constituie un abuz și dacă se justifică opoziția destinatarului la publicare.

S-a apreciat chiar că nici o eventuală autorizare din partea autorului nu echivalează cu un abandon al dreptului de divulgare, ci cu un act de toleranță.

Pe de altă parte, corespondența inedită, la fel ca jurnalele sau memoriile pot aduce în discuție necesitatea protecției imaginii autorului și mai ales a unor persoane aflate în viață, împrejurări de care trebuie să se țină seama atunci când se hotărăște divulgarea lor.

În doctrina franceză se susține că dacă principiul caracterului confidențial al scrisorilor și deci dreptul la secret este absolut în timpul vieții autorului și al destinatarului, în schimb ele ar putea să se estompeze în momentul în care personajele interesate ar deveni istorice, iar dezvăluirea secretului nu mai poate cauza nici un prejudiciu unor persoane în viață¹³.

Jurisprudența franceză a decis că, după moartea autorului, cei chemați să autorizeze divulgarea sunt moștenitorii săi. O foarte interesantă soluție a Tribunalului de Sena, dată în procesul referitor la corespondența dintre Benjamin Constant și doamna Recamier, conferă o semnificație specială acestei transmisiuni, considerând că finalitatea ei este de a veghea la respectul memoriei membrilor de familie.

Exercițiul dreptului de divulgare și al dreptului la inviolabilitatea operei a constituit subiectul unor numeroase dispute, încă din antichitate. Amintim în acest sens câteva exemple celebre: nerespectarea de către împăratul Augustus a voinței lui Virgiliu de a arde „Eneida” sau nerespectarea de către executorul

¹² A. Francon. C. Goyard. *Les correspondances inedites*. Economica. Paris, 1984.

¹³ C. Colombet. *Les droits de la personnalite et les lettres missives*. în *Lucrările Colocviului de la Paris*, p. 57.

testamentar al lui Kafka a voinței acestuia de a nu-i publica manuscrisele neterminate.

De asemenea, față de publicarea post mortem a scrisorilor fostului președinte G. Pompidou către generalul De Gaulle și-a exprimat public dezacordul Pierre Julliet, fostul colaborator al președintelui, care a apreciat notele publicate ca fiind „o contrafacere grosolană”, în măsura în care creează în mintea cititorilor o imagine eronată asupra personalității autorului.

Un alt celebru caz l-a constituit publicarea de către Pierre Sipriot a unui volum asupra bibliografiei lui H. De Montherlant, așa cum era ea reflectată în scrisorile adresate bunicii sale. Faptul publicării operei inedite a fost dezaprobat de editorul obișnuit al lui Montherlant, care l-a calificat ca fiind un „abuz notoriu al dreptului de divulgare”. În acest sens a invocat un document intitulat „Testament Spiritual”, prin care autorul scrisorilor ar fi interzis publicarea operelor sale inedite. Pârâții s-au prevalat de un document întocmit posterior de către autor, prin care revoca testamentul, și astfel s-a ajuns la respingerea acțiunii introduse de editor.

Și în țara noastră problema publicării corespondențelor inedite a suscitât un real interes. Printre scriitorii ale căror corespondențe au făcut obiectul publicării îi amintim pe Camil Petrescu, George Călinescu, Ion Barbu și Tudor Arghezi.

Un exemplu mai recent l-a constituit publicarea lucrării intitulate „Dulcea mea doamnă/Eminul meu iubit”, care conține divulgarea corespondenței lui Mihai Eminescu cu Veronica Micle și Herieta Eminovici, precum și a unei scrisori a lui Titu Maiorescu către Mihai Eminescu.

Editorul lucrării, Cristina Zarifopol, justifică necesitatea divulgării conținutului scrisorilor, susținând că ele relevă „un Eminescu mult mai uman, cu drame absolut cotidiene, cu boli, cu lipsuri și creații din cele mai banale sau cu patimi”.

Opiniile exprimate în mediul cultural au fost împărțite.

Laurențiu Ulici a considerat că cele 93 de scrisori privesc „relații strictalment personale” dintre Eminescu și Veronica Micle, de aceea a considerat că publicarea lor ca fiind „o chestiune de mondenitate la limita de jos a bunului gust”.

Dimpotrivă, Nicolae Manolescu a considerat publicarea scrisorilor „un mare eveniment literar”, apreciind că „multe dintre ele sunt foarte frumoase, dar, în afara valorii artistice, ele au o imensă valoare documentară”.

Disputele purtate pe marginea publicării acestei corespondențe nu au pus însă în discuție problemele de ordin juridic implicate, referitoare la dreptul descendenților Veronicăi Micle de a dispune asupra divulgării acelor scrisori care nu erau adresate acesteia sau de a se opune divulgării anumitor scrisori.

Cu privire la aceste aspecte trebuie avute în vedere dispozițiile Legii nr. 8/1996, și anume dispozițiile articolului 89. Se va reține deci că în cazul corespondenței, autorul operei este expeditorul dar proprietarul suportului acesteia este destinatarul. De aceea, difuzarea unei corespondențe adresate unei persoane nu se poate face decât cu consimțământul destinatarului, iar după moartea acestuia, timp de 20 de ani, cu consimțământul succesorilor destinatarului și numai dacă destinatarul nu și-a exprimat voința în sens contrar.

În concluzie, conform legislației în vigoare din țara noastră, dreptul de divulgare a operei nu poate fi exercitat decât de autor în timpul vieții, iar nu și de către succesori și cu atât mai puțin de către terți. Această reglementare „este contrară curentului favorabil care se manifestă în doctrină, în jurisprudență și în soluțiile adoptate în alte sisteme de drept, care admit că dreptul de divulgare poate fi exercitat de succesorii autorului sau de instituții specializate în protecția dreptului de autor”¹⁴.

The Disclosure Right of the Posthumous Works

– Summary –

The disclosure right of the posthumous work concerns the possibility to inform the public about works unpublished by the autor during his lifetime.

This implies the conciliation of two principles, apparently contradictory. The principle of the author's personality respect protection and the principle of the cultural patrimony interest.

Therefore, the goal is to ensure a right balance between the interests of the community and the author's personal interest.

The general tendency designed on the world level is to place on the first plane the interests of the community, stressing upon the social functions of the work. Especially in the educational field and the research one it is claimed the extended access to the protected works.

No matter how strong it was the attempt to harmonize these interests, the legislation has not succeeded to avoid the controversies expressed in the doctrine.

The problem always aroused a real interest, and that's why we considered that its analysis there are necessary certain specifications.

The disclosure right of the posthumous work, or the right of the first publication, represents pursuant the rider 10, letter a of the Act No.8/1996

¹⁴ Viorel Roș, *Dreptul Proprietății intelectuale*. Ed. Global Lex. București. 2001. p. 125.

regarding the royalties and the enclosed rights, „the right to decide whether, the manner in which, and when will be disclosed for the public posthumous work”.

Being tightly connected to the author’s personality reflected in this work, the disclosure right is a right absolutely discretionary right reserved to the author.

„The posthumous works” are the works the author did not published during his lifetime and either expressed his will with respect to the right of disclosure or nondisclosure after his death.

The Romanian law in force in the field of royalties is critical with respect to the posthumous works regime. Its provisions do not comply with the solutions adopted by the European Community countries we are trying to harmonize with.

Accordingly, pursuant the Act No. 8/1996, the disclosure right can not be transferred to the author’s heirs and all the less to the third parties.

The disclosure of a work unpublished by the author during his lifetime, to the public is possible only after the elapse of the royalties protection term.

In this case, the person disclosing the work will be covered by a protection equivalent to the one of the patrimonial royalties, for a period of 25 years. A particular aspect of the problem is represented by the disclosure of the original correspondance. In this case it is to differentiate between the right of the receiver upon the material support of the letters and the right of the sender upon the ideas content expressed. According to the French doctrine the confidential content of the letters is absolute for the author’s lifetime and the receiver’s lifetime, growing indistinct after their death.

The Act No. 8/1996 stipulates that the disclosure of a correspondence implies the receiver’s consent, and after his death, for 20 years, the consent of the receivers’ heirs.

PRECIZĂRI ASUPRA INTERPRETĂRII ARTICOLULUI 21 DIN LEGEA NR. 105/1992 CU PRIVIRE LA REGLEMENTAREA RAPORTURILOR DE DREPT INTERNAȚIONAL PRIVAT

COSMIN DĂRIESCU

1. Articolul 21 al Legii nr. 105/1992

Legea nr. 105/22 septembrie 1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat (publicată în M.Of.P. I nr. 245/1 octombrie 1992) așază normele destinate soluționării diverselor conflicte de legi în materia persoanelor fizice, în Capitolul al II-lea. În Secțiunea a II-a a acestui capitol, secțiune intitulată „Căsătoria și divorțul”, juristul va descoperi trei reguli conflictuale, grupate în art. 21, care ridică anumite probleme de calificare primară.

Iată conținutul art. 21 al Legii nr. 105/1992:

„Condițiile de fond cerute pentru încheierea convenției matrimoniale sunt cele stabilite de legea națională a fiecăruia dintre viitorii soți.

Regimul și efectele convenției matrimoniale sunt cârmuite de legea aleasă prin acord de către viitorii soți, iar în lipsă, de legea prevăzută de art. 20.

Aceeași lege stabilește dacă este posibilă modificarea sau înlocuirea convenției matrimoniale în timpul căsătoriei. Modificarea sau noua convenție matrimonială nu poate aduce prejudicii terților”.

2. Calificarea primară a noțiunii de convenție matrimonială

Pentru calificarea primară a art. 21 din Legea nr. 105/1992 este necesară calificarea primară a noțiunii de „convenție matrimonială” (care trebuie făcută, conform art. 3 al Legii nr. 105/1992, după legea română).

Definirea noțiunii de „convenție matrimonială” este dificilă în contextul dreptului familiei românesc și contemporan. Și aceasta, întrucât, pe de-o parte, dispozițiile din Codul civil privind convenția matrimonială (art. 1223-1293) sunt abrogate în temeiul art. 49 al Decretului nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului Familiei și a Decretului privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, iar, pe de altă parte, dreptul familiei românesc instituie un unic regim matrimonial legal, acela al comunității de bunuri. Codul familiei interzice, prin art. 30 al. 2, orice convenție care ar prevedea un alt statut juridic, decât cel de bun comun, pentru orice lucru dobândit în timpul căsătoriei și care nu se încadrează în prevederile art. 31 din Codul familiei (care enumeră bunurile ce

rămân proprii fiecărui soț). De asemenea, s-a subliniat, în doctrină, că art. 30 al. 2 din Codul familiei trebuie interpretat și în sensul nulității absolute a convențiilor care ar extinde comunitatea de bunuri asupra lucrurilor expres prevăzute în art. 31 din Codul familiei¹. Interzicând, astfel, orice convenție derogatorie de la prevederile Codului familiei, dreptul familiei românesc interzice regimurile matrimoniale convenționale, respingând, totodată și noțiunea de „convenție matrimonială”².

Să fie, în aceste condiții, imposibilă definirea noțiunii de „convenție matrimonială”? Și dacă legea română nu cunoaște această noțiune, de ce a mai fost utilizată în art. 21 al Legii nr. 105/1992 și, mai ales, cu ce înțeles?

Considerăm că noțiunea de „convenție matrimonială” utilizată în art. 21 al Legii nr. 105/1992 trebuie interpretată în sensul pe care Codul civil românesc și doctrina i-l acordau până la intrarea în vigoare a actualului Cod al familiei (1 februarie 1954, conform art. 161 Codul familiei), precum și în înțelesul acestei noțiuni în dreptul comparat. Astfel, în doctrina românească veche, convenția matrimonială, denumită și contract de căsătorie, a fost definită drept „convenția prin care viitorii soți reglementează regimul lor matrimonial, condiția bunurilor lor prezente și viitoare, în raporturile pecuniare ce izvorăsc din căsătorie”³. În doctrina românească actuală, a fost formulată o interesantă definiție a acestei noțiuni. Conform unui autor care s-a preocupat de această aridă problemă a regimurilor matrimoniale, *convenția matrimonială (contract matrimonial sau contract de căsătorie) reprezintă „actul convențional prin care viitorii soți, uzând de libertatea conferită de legiuitor, își stabilesc regimul matrimonial propriu sau își modifică, în timpul căsătoriei, regimul matrimonial sub care s-au căsătorit”*⁴. În dreptul comparat, *convenția matrimonială este definită drept acel contract prin care soții adoptă un regim matrimonial particular, diferit de regimul legal, dar care este, totuși, prevăzut de legea internă aplicabilă relațiilor lor pecuniare*⁵.

Conform doctrinei românești interbelice, convenția matrimonială (contractul de căsătorie) prezenta următoarele *caracteristici generale: contract solemn, public, liber, sinalagmatic, irevocabil și accesoriu actului juridic al căsătoriei*.

Convenția matrimonială, ca instituție a dreptului comparat prezintă aceleași trăsături cu ale contractului de căsătorie din Codul civil românesc. Totuși, se arată în doctrină că trăsătura irevocabilității este pe cale de dispariție.

¹ Ion Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, Ediție revăzută și adăugită. Editura All. București. 1996. p. 50.

² *Ibidem*. p. 47.

³ Apud Cristina Mihaela Crăciunescu, *op.cit.*, p. 12.

⁴ *Ibidem*. p. 11.

⁵ Georges A.L.Droz, *op.cit.*, p. 44.

3. Determinarea legii aplicabile condițiilor de fond în situația apatrizilor

3.1. Regula conflictuală din al.1 al art. 21 al Legii nr. 105/1992

Așa cum rezultă din paragraful 1. condițiile de fond cerute pentru încheierea convenției matrimoniale sunt guvernate de legea națională a fiecăruia dintre viitorii soți.

Calificând primar noțiunea de „condiții de fond ale convenției matrimoniale”, calificare care, în temeiul art. 3 al Legii nr. 105/1992, se face după legea română, autoritatea publică română, sesizată cu un raport juridic legat de o astfel de convenție, se găsește într-un impas. Și aceasta întrucât dreptul românesc intern nu cunoaște noțiunea de „convenție matrimonială”, deci, implicit, nici pe cea de „condiții de fond ale convenției matrimoniale”. Și totuși aceste noțiuni se găsesc într-o normă juridică românească. Cum le interpretăm?

În paragraful anterior, am încercat să clarificăm conținutul și sfera noțiunii de „convenție matrimonială”, folosind pentru aceasta cunoștințe de istoria dreptului românesc precum și informații din dreptul comparat. Din aceste date, coroborate cu prevederile art. 942 Cod civil („Contractul este acordul între două sau mai multe persoane spre a constitui sau a stinge între dâșii un raport juridic”), putem concluziona că această convenție matrimonială este, în cele din urmă, un contract. Prin urmare, *condițiile de fond ale convenției matrimoniale sunt, în ultimă instanță, condițiile de fond cerute pentru existența și validitatea unui contract. Conform art. 948 Cod civil, condițiile esențiale pentru validitatea unei convenții sunt:*

1. *Capacitatea de a contracta;*
2. *Consimțământul valabil al părții care se obligă;*
3. *Un obiect determinat;*
4. *O cauză licită.*

Din cele de mai sus, rezultă că al. 1 al art. 21 al Legii nr. 105/1992 poate fi înțeles astfel: „Capacitatea de a încheia convenția matrimonială, consimțământul la încheierea acesteia precum și obiectul și cauza convenției sunt guvernate de legea națională a fiecăruia dintre viitorii soți”. A se observa aplicarea distributivă a legii naționale a fiecărui soț. Aceasta înseamnă că toate condițiile de fond enumerate mai sus vor fi supuse, pentru fiecare soț, în parte, legii sale naționale.

3.2. Soluția propusă de doctrină în situația soților apatrizi

În literatura juridică a fost semnalată o lacună a reglementării din al. 1 al art. 21 din Legea nr. 105/1992. Astfel, s-a arătat că utilizarea legăturii legii naționale pentru determinarea legii aplicabile condițiilor de fond ale convenției matrimoniale nu acoperă și situația în care unul dintre viitorii soți sau ambii sunt

apatrizi. Pentru eliminarea acestei lacune s-a propus folosirea, drept legătură, a legii care guvernează efectele căsătoriei (stabilită de către art. 20 al Legii nr. 105/1992)⁶.

3.3. Soluția oferită de Legea nr. 105/1992

Lacuna semnalată de doctrină nu există!!! Legea nr. 105/1992 conține prevederi care indică legea aplicabilă condițiilor de fond ale convenției matrimoniale în situația în care unul sau ambii viitori soți sunt apatrizi!!!

Pentru a afla această lege, se va pleca de la norma conflictuală conținută în al. 1 al art. 21, conform căreia condițiile de fond sunt cărmuite de legea națională a fiecăruia dintre viitorii soți. În acest moment se pune problema calificării primare a noțiunii de „lege națională” în situația în care unul sau ambii viitori soți sunt apatrizi. În temeiul art. 3 al Legii nr. 105/1992, care impune efectuarea calificării primare după legea română, în scopul determinării legii naționale a unui apatrid, se va utiliza art. 12 al aceluiași act normativ care definește noțiunea de „lege națională”. Aliniatul al patrulea al art. 12 desemnează cu precizie legea națională a apatridului ca fiind legea domiciliului sau, în lipsa acestuia, a reședinței. *Așadar, condițiile de fond necesare pentru încheierea validă a convenției matrimoniale, din punctul de vedere al unui viitor soț apatrid, vor fi guvernate de legea statului pe teritoriul căruia acesta își are domiciliul sau, în lipsa domiciliului, reședința, în temeiul art. 21 al.1 coroborat cu art. 12 al.4, ambele din Legea nr. 105/1992. Conform aceluiași articole, în cazul în care ambii viitori soți sunt apatrizi, condițiile de fond ale convenției matrimoniale vor fi guvernate, pentru fiecare viitor soț, în parte, de legea statului pe teritoriul căruia acesta își are domiciliul sau, în lipsă, reședința.*

Întrucât, așa cum am demonstrat mai sus, lacuna legislativă, semnalată în doctrină, nu există, nici soluția legii care guvernează efectele căsătoriei nu mai este necesară.

Utilizarea legii ce cărmuiește efectele căsătoriei drept legătură pentru condițiile de fond ale convenției matrimoniale, în situația în care unul sau ambii viitori soți sunt apatrizi, reprezintă, în opinia noastră, o valoroasă propunere „de lege ferenda”, dar, nicidecum, un remediu „de lege lata”.

4. Determinarea legii aplicabile condițiilor de formă ale convenției matrimoniale

4.1. Incertitudinea reglementării

În privința legii aplicabile formei convenției matrimoniale, art. 21 al Legii nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat nu

⁶ I.P. Filipescu, *Drept internațional privat*. Editura Actami, București, 1999, pp. 443-444; Cristina Mihaela Crăciunescu, *op.cit.*, p. 168.

conține nici o prevedere expresă. Deși aliniatul 1 desemnează legea aplicabilă condițiilor de fond, nici aliniatul 2 și nici aliniatul 3 nu menționează legea care guvernează condițiile de formă ale convenției matrimoniale, așa cum ar fi de așteptat. În acest caz, în care norma conflictuală specială lipsește, soluționarea problemei legii aplicabile condițiilor de formă ale convenției matrimoniale este incertă. Trebuie să aplicăm legea desemnată de regula privind forma contractelor? Să aplicăm legea desemnată de art. 71 al Legii nr. 105/1992, articol privind forma actelor juridice, în general? Sau există, în chiar cuprinsul art. 21 al Legii nr. 105/1992, indicii privind legea aplicabilă formei convenției matrimoniale?

4.2. Regula conflictuală din al. 2 al art. 21 al Legii nr. 105/1992

Aliniatul al doilea al art. 2 din Legea nr. 105/1992, cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat, dispune: „Regimul și efectele convenției matrimoniale sunt cârmuite de legea aleasă prin acord de către viitorii soți, iar în lipsă, de legea prevăzută de art. 20”. Efectuând calificarea primară după legea română, noțiunea de „regim al convenției matrimoniale” va fi definită de către autoritățile române drept totalitatea chestiunilor care privesc convenția matrimonială reglementate prin norme juridice. *Aceasta înseamnă că legea aleasă de către soți, prin convenție sau, în lipsa alegerii exprese, legea efectelor căsătoriei, va governa orice chestiune legată de convenția matrimonială, cu excepția aspectelor pentru care celelalte două aliniate ale art. 21 din Legea nr. 105/1992 dispun altfel.* Dar, aliniatul 3 al art. 21 supune aceleași legi, desemnate în aliniatul 2, modificarea sau înlocuirea convenției matrimoniale. Doar aliniatul întâi al art. 21 conține o excepție, în sensul că, totalitatea condițiilor de fond ale convenției matrimoniale sunt supuse legii naționale a fiecăruia dintre cei doi soți. *Rezumând, din această perspectivă, art. 21 din Legea nr. 105/1992, concluzionăm că legea aleasă de către soți sau, în lipsa alegerii, legea aplicabilă efectelor căsătoriei, guvernează orice aspect al convenției matrimoniale cu excepția condițiilor de fond, supuse distributiv legii naționale a fiecăruia dintre viitorii soți.*

Până acum, în literatura română de specialitate, nu a fost exprimată o interpretare asemănătoare cu cea prezentată mai sus a art. 21 al Legii nr. 105/1992. O astfel de interpretare, însă, poate fi considerată drept o exagerare de manieră exegetică, și aceasta cu atât mai mult cu cât stenogramele ședințelor parlamentare în care legea a fost dezbătută, lasă neexplicat acest art. 21, ca de altfel multe articole dificil de interpretat din cuprinsul legii⁷.

⁷ A se consulta, spre exemplificare, stenograma ședinței Camerei Deputaților din 3 septembrie 1992, publicată în M.Of. P.A. II-a, nr. 5 din 4 septembrie 1992 și în special p. 18.

4.3. Regula conflictuală privind forma contractelor – inaplicabilă

Pentru a răspunde întrebării referitoare la legea aplicabilă formei convenției matrimoniale, literatura de specialitate apelează, în general, la art. 71 al.1 combinat cu art. 86, ambele din Legea nr. 105/1992⁸. În timp ce art. 71 al Legii nr. 105/1992 stabilește legea aplicabilă condițiilor de formă ale unui act juridic în general, art. 86 al aceluiași act normativ reglementează legea ce guvernează condițiile de formă ale contractului.

În acest moment, se ridică întrebarea dacă, în viziunea legiuitorului român, convenția matrimonială reprezintă un contract obișnuit, căruia îi putem aplica regula conflictuală din art. 86 al Legii nr. 105/1992, sau, din contra, reprezintă un contract de o factură cu totul specială, căruia nu i se poate aplica regula privind forma contractelor, ci doar regula referitoare la forma actelor juridice, în general. Considerăm că, din punctul de vedere al legiuitorului român, convenția matrimonială nu este privită ca un contract obișnuit, care să fie guvernat, în privința condițiilor de formă, de art. 86 al Legii nr. 105/1992. Argumentăm această opinie, astfel:

- Norma conflictuală privind convenția matrimonială (art. 21 al Legii nr. 105/1992) este inclusă în Secțiunea a II-a intitulată „Căsătoria și divorțul” a Capitolului al II-lea al legii, intitulat „Persoanele fizice” și nu în Capitolul al VIII-lea, intitulat „Obligații contractuale și extracontractuale”;

- Conform art. 21 al.1, condițiile de fond ale convenției matrimoniale sunt supuse distributiv legii naționale a fiecăruia dintre viitorii soți și nu, ca în cazul contractelor, legii alese de către părți, în mod expres (art. 73) sau, în lipsa acestei alegeri, legii statului cu care convenția are cele mai strânse legături (art. 77) ori legii locului unde a fost încheiată convenția, dacă nu se poate determina debitorul prestației caracteristice (art. 79);

- Chiar dacă privim convenția matrimonială ca pe un contract, considerăm că dispozițiile al. 2 al art. 86 din Legea nr. 105/1992, nu sunt potrivite cu specificul convenției matrimoniale. Și acesta întrucât există state (precum Franța) care impun ca o condiție de formă a convenției matrimoniale prezența simultană a părților sau a reprezentanților părților⁹. În aceste condiții, cu greu s-ar putea concepe posibilitatea încheierii convenției de către viitorii soți, aflați, fiecare, în state diferite (ipoteză prevăzută de art. 86 al.2 lit. a) sau posibilitatea ca reprezentantul unuia dintre soți să încheie convenția într-un stat diferit de cel

⁸ I.P.Filipescu. *Drept internațional privat*. Editura Actami, București. 1999. p. 444; Mihaela Crăciunescu. *op.cit.*, p. 169.

⁹ Mihaela Crăciunescu. *op.cit.*, p. 14.

unde se află celălalt viitor soț sau reprezentantul acestuia (caz prevăzut de art. 86 al. 2 lit. b).

În lumina celor prezentate mai sus, concluzionăm că, pentru determinarea legii aplicabile condițiilor de formă ale convenției matrimoniale, nu putem utiliza art. 86 din Legea nr. 105/1992 care reglementează legea aplicabilă condițiilor de formă ale contractului, ci trebuie să folosim norma conflictuală prevăzută de art. 71 din Legea nr. 105/1992, cu atât mai mult cu cât al.1 al art. 86 doar reia dispozițiile aliniatului 1 al art. 71 din Legea nr. 105/1992.

4.4. Norma conflictuală din art. 71 al Legii nr. 105/1992 – receptacul al soluțiilor consacrate pe plan internațional

Articolul 71 din Legea nr. 105/1992 conține două aliniate. Conform primului aliniat, condițiile de formă ale unui act juridic sunt stabilite de către legea care îi cârmuiește fondul. Conform aliniatului al doilea, actul este valabil chiar dacă nu este respectată forma prescrisă de legea aplicabilă fondului, cu condiția ca actul să îndeplinească condițiile de formă prevăzute fie de legea locului unde a fost întocmit, fie de legea națională sau legea domiciliului persoanei care l-a consimțit, fie de legea aplicabilă potrivit dreptului internațional privat al autorității care examinează validitatea actului juridic. Se observă că legiuitorul se referă, în acest articol, la legea care guvernează forma actului juridic, în general, fie el un act unilateral sau bilateral. Întrucât, așa cum am demonstrat în paragraful precedent, legiuitorul nu privește convenția matrimonială ca pe un contract obișnuit, supus dispozițiilor art. 86 al Legii nr. 105/1992, în încercarea de a determina legea aplicabilă formei convenției matrimoniale, vom califica primar convenția matrimonială ca pe un act juridic bilateral și vom aplica normele conflictuale conținute în cele două aliniate ale art. 71 din Legea nr. 105/1992. Astfel, deducem că toate condițiile de formă ale convenției matrimoniale sunt supuse:

- fie legii care îi cârmuiește fondul;
- fie legii locului unde a fost întocmită convenția;
- fie legii aplicabile potrivit dreptului internațional privat al autorității care examinează validitatea convenției matrimoniale. Se observă că am omis din enumerarea legăturilor privind forma convenției matrimoniale litera b din aliniatul 2 al art. 71, care prevedea ca legătură legea națională sau legea domiciliului persoanei care a consimțit actul juridic. Această omisiune este intenționată. Din formularea aliniatului 2 litera b al art. 71 din Legea nr. 105/1992, deducem că această dispoziție privește forma actelor juridice unilaterale. Și aceasta întrucât, legea vorbește despre persoana care a consimțit actul juridic și nu despre persoanele care au consimțit actul respectiv. Prin urmare, legiuitorul a avut în vedere un act juridic care reprezintă „rezultatul

voinței unei singure persoane”¹⁰, adică legiuitorul a vizat actul juridic unilateral. Întrucât convenția matrimonială este un act juridic bilateral, rezultă că formei ei nu-i putem aplica regula prevăzută de art. 71 al. 2 lit.b, regulă care se referă doar la forma actelor juridice unilaterale.

În privința legăturilor privind forma convenției matrimoniale, enumerate mai sus, sunt necesare anumite precizări. Întrucât art. 21 al Legii nr. 105/1992, supune condițiile de fond ale convenției matrimoniale legii naționale a fiecăruia dintre viitorii soți, iar regimul, efectele și mutabilitatea convenției, legii desemnate de către soți sau în lipsa alegerii, legii care guvernează efectele căsătoriei (desemnată de art. 20 al aceluiași act normativ), se ridică problema calificării primare a noțiunii de „lege care îi cârmuiește fondul”, utilizată de art. 71 al. 1 al Legii nr. 105/1992. Ce semnifică această noțiune, pentru convenția matrimonială? Este vorba de legea națională a fiecăruia dintre viitorii soți sau este vorba despre legea aleasă de către soți, sau, în lipsa unei astfel de alegeri, de legea aplicabilă efectelor căsătoriei? Considerăm că prin „legea care cârmuiește fondul” convenției matrimoniale, în sensul art 71 al. 1 din Legea nr. 105/1992 trebuie să înțelegem doar legea aleasă de către soți spre a governa efectele convenției și regimul acesteia, sau, în lipsa unei astfel de alegeri, legea care guvernează efectele căsătoriei, în sensul art. 20 al Legii nr. 105/1992. Ne fundamentăm afirmația pe următoarele argumente:

▪ Atât în art. 71 al.1 cât și în art. 72, ambele articole fiind din Legea nr. 105/1992 și referindu-se la forma actelor juridice, se folosesc următoarele expresii echivalente: „legea care îi cârmuiește fondul” (art. 71 al. 1) și „legea aplicabilă condițiilor de fond ale actului juridic”. Se observă că în ambele articole legiuitorul a vizat o singură lege. Art. 75 din același act normativ, permite părților unui contract (act juridic bilateral, asemeni convenției matrimoniale) să aleagă legea aplicabilă fie fondului întregului contract, fie fondului unei anumite părți a contractului. Deci, pot exista, cel puțin în cazul actelor juridice bilaterale, mai multe legi aplicabile condițiilor de fond ale aceluiași act juridic. Totuși, prin utilizarea expresiei „legea aplicabilă totalității sau numai unei anumite părți a contractului”, legiuitorul a arătat, în art. 75 al Legii nr. 105/1992, că nu concepe ca un act juridic în întregul său sau numai o singură porțiune din el să fie guvernate, în același timp, în privința fondului, de două sau mai multe legi. Două sau mai multe legi pot governa, fiecare în parte și în același timp, doar porțiuni diferite ale aceluiași act juridic. De asemenea, în concepția legiuitorului, legea care guvernează condițiile de fond cerute pentru a

¹⁰ Gh. Beleiu. *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ediția a V-a revăzută și adăugită. Casa de Editură și Presă „Șansa” S.R.L. București. 1998. p. 128.

valida încheierea actului guvernează și efectele pe care actul respectiv le produce. Acest fapt este demonstrat de prevederile art. 80 al Legii nr. 105/1992. Conform acestui articol, legea aplicabilă fondului contractului se aplică atât executării obligațiilor izvorâte din contract și consecințelor neexecutării totale sau parțiale a acestor obligații, cât și cauzelor de nulitate a contractului și consecințelor acestuia. Se observă, prin urmare, că legea care guvernează fondul actului juridic, în sensul art. 71 al.1 al Legii nr. 105/1992, are, în intenția legiuitorului, două trăsături fundamentale:

– într-o unitate de timp, este singura lege care se aplică fondului întregului act juridic sau doar unei porțiuni din el și

– în același timp, această lege determinată și efectele juridice produse de actul juridic, în întregul său, sau doar porțiunea guvernată de legea în discuție.

În temeiul art. 21, al. 1 din Legea nr. 105/1992, convenția matrimonială, este cărmuită în privința condițiilor de fond, de două legi, adică de cele două legi naționale ale soților, aplicate distributiv, dar în aceeași unitate de timp. Prin urmare, aceste două legi, aplicate concomitent fondului întregii convenții matrimoniale; nu întrunesc caracterul de unicitate, descoperit mai sus, cerut de către „legea care cărmuiește fondul”, în sensul art. 71 al.1 al Legii nr. 105/1992. Același act normativ, prin prevederile aliniatului 2 al art. 21 supune regimul convenției matrimoniale și efectele ei dispozițiilor unei a treia legi, fie cea aleasă de părți, fie cea a efectelor căsătoriei, dacă lipsește alegerea expresă. Se observă, astfel, că cele două legi naționale, care conform al.1 al art. 21, reglementează, distributiv, condițiile de fond ale convenției matrimoniale, nu întrunesc nici cea de-a doua trăsătură a „legii care cărmuiește fondul” în sensul art. 71 al. 1 al Legii nr. 105/1992, adică nu determină efectele produse de către convenția matrimonială. Așadar, cele două legi naționale menționate în art. 21 al.1 al Legii nr. 105/1992 nu pot constitui „legea care cărmuiește fondul” convenției matrimoniale, deci nu pot determina forma convenției matrimoniale, așa cum ar părea să sugereze o lectură superficială a aliniatului 1 al art. 71 al Legii nr. 105/1992.

■ Literatura de specialitate a arătat că, în dreptul internațional privat comparat, forma contractului matrimonial este guvernată fie de *lex loci actus* (legea locului de redactare), fie de *lex causae* (legea aplicabilă fondului, care este determinată, în multe sisteme juridice, prin acordul soților¹¹), fie de legea

¹¹ Astfel, cf. Georges A.L.Droz, *op.cit.*, pp. 45-47. „lex causae” se determină în temeiul principiului autonomiei de voință, în sistemele juridice franceze, luxemburgez, american, al Marii Britanii sau al Quebec-ului (unde autonomia de voință este deplină) dar și în sisteme de dreptate ale Germaniei, Olandei, Portugaliei sau Finlandei (unde autonomia de voință este limitată).

națională comună a soților¹². Convenția de la Haga asupra legii aplicabile regimurilor matrimoniale, din 14 martie 1978¹³, supune forma convenției matrimoniale legii locului de încheiere sau legii alese de către soți dintre următoarele trei legi: legea statului a cărui cetățenie o are unul dintre soți, legea statului unde unul dintre soți își are reședința sau legea statului unde unul dintre soți își va stabili o nouă reședință după căsătorie¹⁴. Convenția înlătură legătura legii naționale comune a soților. Având în vedere incapacitatea legilor naționale ale soților de a reprezenta „legea care cărmuiește fondul”, în sensul art. 71, având în vedere prevederile aliniatului 2 al art. 21 din Legea 105/1992, care supune efectele și regimul general al convenției matrimoniale legii alese de către soți, precum și consacrarea pe plan internațional, ca legătură pentru forma convenției matrimoniale a lui *lex causae* (în sens de *lex voluntatis*), considerăm că doar legea aleasă de către soți sau, în lipsa acestei alegeri, legea care guvernează efectele căsătoriei reprezintă „legea care cărmuiește fondul”, în sensul art. 71 al.1 al Legii nr. 105/1992. Această lege cărmuiește, conform al. 2 al art. 21 al Legii nr. 105/1992, efectele convenției matrimoniale (îndeplinindu-se, astfel, o trăsătură a „legii care cărmuiește fondul”) și este singura care, într-o unitate de timp, face acest lucru (realizându-se, astfel, și a doua trăsătură a „legii care cărmuiește fondul”, în sensul art. 71 al. 1 al Legii nr. 105/1992). De fapt prin această interpretare a al.1 al art. 71 se ajunge la același rezultat pe care l-am obținut dacă am folosi, în materia formei convenției matrimoniale, ca regulă conflictuală, aliniatul 2 al art. 21 al Legii nr. 105/1992, așa cum am propus deja în paragraful 2.4.2.

Art. 71 este invocat cel mai des ca normă conflictuală pentru forma convenției matrimoniale și datorită prevederilor al. 2 lit. a, care supune forma convenției matrimoniale legii locului unde a fost întocmită. Așa cum am arătat mai sus, *lex loci actus* este legătura preferată în planul dreptului internațional privat comparat, pentru determinarea formei convenției matrimoniale. Acest principiu a exercitat o forță de atracție atât de mare în acest domeniu, încât, în cele mai multe dintre sistemele juridice, respectarea regulilor de formă impuse de legea de fond nu reprezintă o condiție imperativă¹⁵.

4.5. Corectivul impus de art. 72 al Legii nr. 105/1992

Sistemul de drept românesc spre deosebire de sistemele juridice, menționate mai sus, consideră drept imperative condițiile de solemnitate impuse convenției matrimoniale sub sancțiunile nulității, de către legea aplicabilă fondului. Astfel,

¹² Georges A.L.Droz. *op.cit.*, p. 51.

¹³ A intrat în vigoare în data de 1 septembrie 1992, prin ratificarea ei de către Franța, Luxemburg și Olanda, apud Bernard Audit. *op.cit.*, p. 689.

¹⁴ Bernard Audit. *op.cit.*, p. 700.

¹⁵ Georges A.L.Droz. *op.cit.*, p. 52.

art. 72 al Legii nr. 105/1992 aduce următoarea precizare regulii conflictuale privind forma actelor juridice conținute în art. 71, regulă considerată de majoritatea doctrinei ca aplicabilă și formei convenției matrimoniale: „În cazul în care legea aplicabilă condițiilor de fond ale actului juridic impune sub condiția nulității, o anumită formă solemnă, nici o altă lege dintre cele menționate în art. 71 nu poate să înlăture această cerință, chiar dacă actul a fost întocmit în străinătate”. Aplicând acest articol de lege convenției matrimoniale, obținem următoarea regulă: formele solemne prevăzute de către legea care guvernează fondul convenției matrimoniale sub sancțiunea nulității trebuie respectate, indiferent de legea care guvernează forma convenției matrimoniale, în condițiile art. 71 al Legii nr. 105/1992. Se observă că nu orice cerință formală a legii ce guvernează fondul convenției matrimoniale este imperativă, indiferent de legea aplicabilă formei convenției. Pentru ca o condiție de formă prevăzută de legea care cârmuiește fondul contractului matrimonial să se impună legii desemnate de către art. 71 din Legea nr. 105/1992 să guverneze forma contractului de căsătorie, este necesară îndeplinirea a două cerințe:

– să fie vorba de o formă solemnă (adică de o formă necesară pentru valabilitatea convenției matrimoniale);

– sancțiunea nerespectării acestei forme solemne să fie nulitatea (este vorba de nulitate absolută, care decurge din caracteristica formei solemne de a fi element constitutiv al actului juridic, deci și al convenției matrimoniale).

Și în cazul calificării primare a art. 72 al Legii nr. 105/1992, apare aceeași problemă de calificare legată de explicarea noțiunii de „lege aplicabilă condițiilor de fond” ale convenției matrimoniale. În lumina celor arătate în paragraful precedent, considerăm că prin această noțiune trebuie să se înțeleagă legea aleasă de către soți să guverneze efectele și regimul convenției matrimoniale sau legea ce guvernează efectele căsătoriei, dacă o astfel de alegere lipsește.

Sistemul de drept românesc, prin prevederile art. 72 al Legii nr. 105/1992, devine un fel de curiozitate juridică, așa cum era considerat și sistemul juridic portughez, care, în materia formei convenției matrimoniale, avea o prevedere identică (art. 36 din Codul civil portughez)¹⁶.

– Summary –

The Act no 105/1992 on the Settlement of the Private International Law Relations contains an article, namely, the 21-st that deals with the matrimonial convention. Because the Romanian Family Law does not recognize such an

¹⁶ *Ibidem*, p. 52.

institution, the primary qualification of this article is rather a venturesome one. Our opinion is that the notion of „matrimonial convention” must be understood according to the old Romanian legal doctrine and to the Comparative Private International Law. The article 948 of the Romanian Civil Code has to be used in order to determine the substantial conditions of the matrimonial convention. There is a doctrinal argument about the rule of conflict that must be applied in order to determine the law that will govern the formal conditions of matrimonial convention. We consider that the second paragraph of the 21-st article of the Act no 105/1992 is the most appropriated rule to govern the form of the matrimonial convention. It suggest as solution the *lex voluntatis*, or, in defaults, the law, which governs the effects of the marriage. The article 71 (excepting letter „b” of the second paragraph) of the same act can be, also, applied to the formal conditions of the matrimonial convention, because it provides solutions adopted on international level. But the first paragraph of this article becomes very obscure, when applied to matrimonial convention. To elucidate it, we consider that „the law that govern the merits of the convention” must be understood as the *lex voluntatis* or, in default, the law that governs the effects of the marriage. We get to the same solution by using the second paragraph of the 21-st article. If we consider the article 71 as the rule of conflict for the formal conditions of the matrimonial convention, the Romanian Law will turn into an exotic one, because of the restrictive provisions of the Article 72. This article imposes to all the other laws, mentioned in the Article 71, the solemn conditions provided (under the sanction of nullity) by the „law that govern the merits of the convention”.

DESPRE ADMISIBILITATEA PROBEI VERITĂȚII ÎN CAZUL ÎNFRACȚIUNII DE ULTRAJ

TUDOREL TOADER

1. Preliminarii

Proba verității este reglementată de art. 207 Cod penal, constituie o cauză specială de înlăturare a caracterului penal al faptei și se raportează la infracțiunile îndreptate împotriva onoarei și demnității persoanei, insulta (art. 205 Cod penal), respectiv calomnia (art. 206 Cod penal).

Potrivit textului de lege menționat, *Proba verității celor afirmate sau imputate este admisibilă, dacă afirmarea sau imputarea a fost săvârșită pentru apărarea unui interes legitim. Fapta cu privire la care s-a făcut proba verității nu constituie infracțiunea de insultă sau calomnie.*

Condițiile de admisibilitate, obiectul probei verității, consecințele juridice precum și aspectele de ordin procesual au fost amplu analizate în literatura de specialitate¹.

2. Istoric

Codul penal din 1865 consacră infracțiunile de calomnie în art. 294 și de insultă în art. 299. Referitor la infracțiunea de calomnie, prin prevederile art. 296, legiuitorul a consacrat o cauză specială de nepedepsire, în sensul că atunci *când fapta imputată asupra cuiva se va dovedi adevărată, imputătorul va fi apărât de orice pedeapsă*. Rezultă că legiuitorul de la 1865 consacră o cauză specială de nepedepsire, bazată pe veridicitatea faptei imputate, fără a condiționa incidența acesteia de îndeplinirea condiției referitoare la existența unui interes legitim.

¹ Doru Pavel, Corneliu Turianu, *Calomnia prin presă*. Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1996, pp. 79-93; Gheorghe Diaconescu, *Infracțiunile în Codul penal român*, vol. I, Editura „Oscar Print”, București, 1997, pp. 345-348; Gheorghe Nistoreanu, Vasile Dobrinou și a., *Drept penal. Partea specială*, Ediura „Europa Nova”, București, 1997, pp. 187-188; Constantin Bulai, Avram Filipaș, Constantin Mitrahe, *Instituții de Drept penal*, Editura „Trei”, București, 2001, p. 338; Octavian Loghin, Tudorel Toader, *Drept penal român. Partea specială*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 2001, p. 239-240; Dorin Octavian, *Definirea interesului legitim în cazul infracțiunilor contra demnității*, RRD, 5/1980, pp. 29-34; Dorin Ciuncan, *Interesul legitim în cazul admisibilității probei verității*, Dreptul, 4/1997, pp. 75-77.

Codul penal de la 1937 consacră infracțiunea de *calomnie privitoare la viața publică sau profesională* în art. 507, iar *calomnia privitoare la viața particulară sau cinstea personală*, în art. 508, în timp ce infracțiunea de injurie era consacrată în art. 512. Proba verității celor afirmate sau imputate cunoștea o reglementare amănunțită, prin prevederile art. 514-522, fiind prevăzute în mod expres cazurile și condițiile în care aceasta era admisibilă. Proba verității era „admisă numai cu condiția ca imputarea sau afirmația, cât și forma în care s-au făcut să fi fost necesare în scop de a protegi sau a conserva un interes public” sau un „interes particular important și temeinic”. Potrivit art. 517, „acela care a făcut proba verității imputării sau afirmației sale nu este culpabil de calomnie sau injurie”. Desigur, legiuitorul avea în vedere lipsa de vinovăție și, pe cale de consecință, lipsa caracterului penal al faptei, aspect sub care se aseamănă cu actuala reglementare.

Prin prevederile art. 207 Cod penal, legiuitorul de la 1968 a consacrat o cauză specială de înlăturare a caracterului penal al faptei, bazată de asemenea pe veridicitatea celor afirmate sau imputate, adăugând condiția săvârșirii faptei pentru apărarea unui interes legitim. Interesul legitim este definit ca fiind un interes serios, temeinic, al unei persoane care, de bună-credință, crede că își poate apăra acest interes prin afirmația făcută². Interesul legitim poate fi un interes public sau privat³, existând ori de câte ori este vorba de ocrotirea unor valori importante materiale sau morale ale societății⁴.

3. Problema pe care o punem în discuție este aceea dacă proba verității este admisibilă sau nu și în cazul infracțiunii de ultraj, prevăzută de art. 239 Cod penal, infracțiune care, sub aspectul laturii obiective, în modalitatea alin. 1, poate fi săvârșită prin fapte de insultă ori calomnie? Potrivit art. 239 alin. 1, infracțiunea de ultraj constă⁵ în „insulta sau calomnia săvârșită nemijlocit sau prin mijloace de comunicare directe, contra unui funcționar public care îndeplinește o funcție ce implică exercițiul autorității de stat, aflat în exercițiul funcțiunii ori pentru fapte îndeplinite în exercițiul funcțiunii”.

Astfel de abordare pune în mod inevitabil problema raportului dintre formele mijloacele de protecție a autorității și cele privind apărarea intereselor legitime.

² T.S., d.p.nr. 144/1973. Revista Română de Drept. 10/1973. p. 169.

³ Octavian Loghin. Tudorel Toader. *op.cit.* p. 239.

⁴ Teodor Vasiliu. Doru Pavel ș.a. *Codul penal al RSR, comentat și adnotat, partea specială*. vol. I. Editura Științifică și Enciclopedică. București. 1975. p. 248.

⁵ Cu modificările aduse prin Ordonanța de Urgență nr. 58/23. V. 2002. publicată în M.Of. nr. 351/27.V.2002.

Altfel spus, se pune întrebarea dacă este echitabil sau nu ca în numele protecției autorității să poată fi reprimat un adevăr, rostit chiar și pentru apărarea unui interes legitim?

Practica judiciară nu oferă soluții în acest sens.

Sub aspect teoretic, opiniile sunt împărțite.

Potrivit unei opinii⁶, formulată la scurt timp după intrarea în vigoare a actualului Cod penal, în astfel de situații, „proba verității nu este admisibilă, deoarece valoarea socială ocrotită în principal prin incriminarea faptei de ultraj este autoritatea cu care sunt investite organele de stat, iar numai în subsidiar și valoarea socială ce o reprezintă demnitatea persoanei”.

Opinii diferite au fost exprimate și în legătură cu ofensa adusă autorității, faptă care era incriminată⁷ prin prevederile art. 238 C.p. și care, în modalitatea alin. 1, consta în atingerea adusă onoarei sau amenințarea, săvârșită în public, împotriva uneia dintre persoanele prevăzute în art. 160, în legătură cu activitatea acestora și de natură a aduce atingere autorității. Cu ocazia analizei elementelor constitutive ale infracțiunii de ofensă adusă autorității, art. 238 Cod penal, se arăta că nu s-ar justifica în această situație aplicarea efectelor prevăzute de art. 207 Cod penal, deoarece partea vătămată este nu o persoană fizică, ci o persoană juridică având calitatea de autoritate⁸. Se mai arăta că proba verității nu este aplicabilă în acest caz deoarece este o excepție în dreptul penal, trebuind să fie menționată ca atare pentru a avea aplicabilitate⁹.

În opinia contrară se consideră că proba verității este admisibilă, deoarece lezarea obiectului juridic principal nu este posibilă decât prin lezarea obiectului său juridic secundar¹⁰, iar elementul material al infracțiunii de ofensă adusă autorității, care este o infracțiune complexă, nu se realizează decât atunci când atingerea adusă onoarei constituie infracțiunea de insultă, or, potrivit art. 207 Cod penal, fapta nu constituie infracțiunea de insultă dacă s-a făcut proba verității¹¹. Sub aspect teoretic, soluția admisibilității probei verității este confirmată de Curtea Constituțională¹², care, fiind sesizată cu excepția de

⁶ Teodor Vasiliu, Doru Pavel, ș.a. *Codul penal al RSR, comentat și adnotat, partea specială*, vol. II, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 238.

⁷ Prevederile art. 238 C.p. au fost abrogate prin Ordonanța de Urgență nr. 58/23.V.2002, publicată în M.Of. nr. 351/27.V.2002.

⁸ Avram Filipaș, Octavian Loghin, *Drept penal român. Partea specială*, Ediție revizuită, Casa de editură și presă „Șansa”, S.R.L., București, 1992, p. 170.

⁹ Avram Filipaș, ș.a., *op.cit.*, p.170.

¹⁰ Gheorghe Nistoreanu, Vasile Dobrinioiu, ș.a., *Drept penal. Partea specială*, Editura „Europa Nova”, București, 1997, p. 287.

¹¹ Gheorghe Nistoreanu, Vasile Dobrinioiu, *op.cit.*, p. 288.

¹² Decizia nr. 26/23.II.1999, M.Of. nr. 136/1.IV.1999.

neconstituționalitate referitoare la infracțiunea de ultraj, prevăzută de art. 239 Cod penal, pornește de la realitatea potrivit căreia, dacă s-a comis infracțiunea de insultă, de calomnie ori de amenințare, aceasta implică verificarea și stabilirea tuturor elementelor definitorii ale fiecărei infracțiuni în parte. *Când ultrajul se săvârșește prin insultă sau calomnie, urmează să fie examinată, evident, și incidența prevederilor art. 207 din Codul penal, așadar, dacă este sau nu admisibilă proba verității, aplicându-se după caz, dispoziția din teza a doua a acestui articol, potrivit căreia fapta cu privire la care s-a făcut proba verității nu constituie infracțiunea de insultă sau calomnie*".

Proba verității apare ca o condiție negativă ce ține de existența infracțiunilor de insultă și calomnie. Astfel se explică faptul că proba verității este consacrată drept cauză care determină inexistența infracțiunilor de insultă și calomnie.

Considerăm că soluția admisibilității probei verității și în cazul infracțiunii de ultraj, cu consecința inexistenței infracțiunii, este în concordanță cu exigențele statului de drept, cu principiul constituțional prin care se consacră libertatea de exprimare, cu Tratatul și Convențiile internaționale la care România este parte. În acest sens, art. 10(1) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale prevede că „orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare. Acest drept cuprinde libertatea de opinie și libertatea de a primi sau de a comunica informații ori idei fără să poată exista vreun amestec al autorităților publice și fără a ține seama de frontiere”.

4. Situații similare

Pentru aceleași considerente, apreciem că soluția se impune și în cazul celorlalte infracțiuni care, sub aspectul laturii obiective, se săvârșesc prin fapte de insultă ori calomnie. Avem în vedere infracțiunile de insultă ori calomnie săvârșite împotriva avocatului în timpul exercitării profesiei și în legătură cu aceasta, prevăzute de art. 33 al.2 din Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat¹³, cu modificările ulterioare, lovirea sau insulta superiorului, art. 335 alin. 3 Cod penal și lovirea sau insulta inferiorului, art. 336 al. 2 Cod penal.

Abstract

The Romanian penal legislator sanctions numerous causes that obviate the penal character of the deed and among which some are general while others are special. The special causes meant to obviate the penal character of the deed are

¹³ Publicată în M.Of. nr. 116 din 9 iunie 1995.

sanctioned both in Penal Code, the special part, and in some Special Law which include penal stipulations.

The test of truthfulness constitutes such a special a special cause and is sanctioned in art. 207 Penal Code, which reference the offences of insult and calumny. According to the text of law, „the test of truthfulness of things stated or imputed is admissible if either of them was done to defend a legal interest. The deed for which the test of truthfulness performed does not constite an offence of insult or calumny”.

The problem under discussion is whether the test of truthfulness is admissible or not, and whether in the case of the offence of outrage, art. 239 Penal Code, it can be performed through insult or calumny.

In other words the question is whether it is fair or not to reprimand truth uttered to defend a legal interest under the protection of the authority?

According to the opinion of the majority, the test truthfulness is not admissible, because the social value which is defended primarily by incriminating the offence of outrage is the authority which the state organisms are invested with, while the social value of a person's dignity is only subsidiary.

We consider that the test of truthfulness is admissible in the case of the offence of outrage, too, because harming the main judicial object which refers to the prestige of the authority, is possible but by harming its secondary judicial object which refers to the person's dignity. The solution of admitting the test of truthfulness with the consequence of the inexistence of the offence of outrage is in keeping with the requirements of the law state, with the Constitutions principle by due to which the speech freedom is sanctioned, and with the International Treats and Conventions Romanian belongs to.



PARTICULARITĂȚI ALE ACȚIUNII PENALE ÎN CAZUL INFRAȚIUNILOR PREVĂZUTE DE ART. 180 ȘI 181 DIN CODUL PENAL ROMÂN

ALINA MIRABELA GENTIMIR

Încălcarea normelor de drept penal prin săvârșirea unei infracțiuni conduce la atingerea intereselor individuale și, implicit, produce o tulburare a ordinii juridice. Restabilirea ordinii de drept nu se realizează de către cel al cărui interes a fost lezat, ci de către organele competente să aplice legea celui care a săvârșit o infracțiune.

Instrumentul juridic cu ajutorul căruia conflictul de drept penal este dedus spre soluționare organelor judiciare penale poartă denumirea de acțiune penală.

Realizarea obiectivului acțiunii penale, respectiv tragerea la răspundere penală are trei momente principale și anume: punerea în mișcare, exercitarea și stingerea acțiunii penale¹.

Acțiunea penală poate fi pusă în mișcare în faza de urmărire penală, de către procuror, prin ordonanță sau rechizitoriu, iar în faza de judecată de către procuror, prin declarație orală, și de către instanță, prin încheiere.

În privința caracterului de act de inculpare al plângerii prealabile, în literatura de specialitate există puncte de vedere diferite. Într-o opinie² se susține că acțiunea penală poate fi pusă în mișcare doar de către o autoritate judiciară, astfel că persoanei vătămate nu i se recunoaște acest drept. Deoarece legea penală prevede că acțiunea penală se pune în mișcare „la” plângerea prealabilă și nu „prin” această plângere, efectul introducerii acesteia constă numai în sesizarea instanței de judecată, condiție necesară ca acțiunea penală să fie pusă în mișcare de către aceasta. Prin urmare, instanța este cea care se investește cu judecarea cauzei odată ce a primit plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

Într-o altă opinie³ se susține că plângerea prealabilă introdusă la instanța de judecată pentru una dintre infracțiunile prevăzute în art. 279, al. 2 lit. a al Cod de procedură penală este un act de inculpare fiindcă cuprinde manifestarea de voință a persoanei vătămate de a trage făptuitorul la răspundere penală în fața instanței de judecată. De asemenea, nici un text de lege nu prevede că punerea în mișcare a acțiunii penale este un drept exclusiv al autorităților judiciare. În ceea

¹ Ion Neagu. *Tratat de procedură penală*. Ed. Pro. București. 1997. p. 158.

² *Ibidem*, p. 472.

³ Grigore Theodoru. *Drept procesual penal. Partea specială*. Ed. Cugetarca. Iași. 1998. p. 173.

ce privește utilizarea de către leguitor în textul de lege a prepoziției „la” și nu a prepoziției „prin”, aceasta se datorește caracterului general al plângerii prealabile care constituie în cele mai multe cazuri o condiție prealabilă pentru procuror de a pune în mișcare acțiunea penală, ceea ce nu exclude însă excepția de a fi însuși actul de punere în mișcare a acțiunii penale atunci când cauza nu mai trece pe la procuror. Nu mai puțin important este și faptul că, de principiu, există incompatibilitate între funcția de învinuire și cea de judecată și soluționare a cauzei penale.

Dacă potrivit dispozițiilor legii, acțiunea penală putea fi pusă în mișcare doar într-o singură modalitate, cum ar fi, spre exemplu, în cazul săvârșirii infracțiunii de omor, acțiunea penală se poate pune în mișcare doar din oficiu, ori în cazul săvârșirii infracțiunilor prevăzute de art. 279 al.2 lit. a al Codului de procedură penală, acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, prin modificările aduse art. 180 și 181 din Codul penal, prin Legea nr. 197 din 2000, acțiunea penală poate fi pusă în mișcare în două modalități: la plângere prealabilă sau din oficiu.

Astfel, la art. 180 din Codul penal⁴ a fost introdus alineatul 3, iar la art. 181 din Codul penal⁵ a fost modificat al.2, care, în prezent, au următorul conținut: „Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate. În cazul faptelor prevăzute la alin. 1¹ și 2², acțiunea penală se pune în mișcare și din oficiu”.

Dispozițiile legale nu stabilesc o ordine de preferință între cele două modalități de sesizare, dar este evident că întâietate va avea punerea în mișcare a acțiunii penale la plângerea prealabilă a persoanei vătămate deoarece, pe de o parte, partea vătămată este cea care are prima cunoștință despre săvârșirea infracțiunii și cea mai interesantă în cauză, iar, pe de altă parte, infracțiunile prevăzute de art. 180 și 181 din Codul penal fac parte din categoria infracțiunilor în judecarea cărora se aplică principiul disponibilității⁶.

⁴ Art. 180 din Codul penal are următorul conținut: „Lovirea sau orice acte de violență cauzatoare de suferințe fizice se pedepsesc cu închisoarea de la o lună la 3 luni sau cu amendă. Faptele prevăzute la alineatul 1 săvârșite asupra membrilor familiei se pedepsesc cu închisoare de la 6 luni la 1 an sau cu amendă. Lovirea sau actele de violență care au pricinuit o vătămare ce necesită pentru vindecare îngrijiri medicale de cel mult 20 de zile se pedepsesc cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă. Faptele prevăzute la alineatul 2 săvârșite asupra membrilor familiei se pedepsesc cu închisoare de la 1 la 2 ani sau cu amendă”.

⁵ Art. 181 din Codul penal prevede următoarele: „Fapta prin care s-a pricinuit integrității corporale sau sănătății o vătămare care necesită pentru vindecare îngrijiri medicale de cel mult 60 de zile se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani. Fapta prevăzută la alineatul 1 săvârșită asupra membrilor familiei se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani”.

⁶ Claudia Ușvat. *Unele modificări și completări aduse Codului penal prin Legea nr. 197/2000*. Rev. Dreptul. 2001. nr. 4. p. 38.

Astfel, în cazul săvârșirii infracțiunilor de lovire sau alte violențe, vătămare corporală, în primul rând persoana vătămată trebuie să-și manifeste voința în legătură cu începerea procesului penal prin adresarea unei plângeri. Organele judiciare, în cazul în care află pe orice cale că s-a săvârșit o astfel de infracțiune înainte să se autosesizeze, trebuie să cheme persoana vătămată prin infracțiune și să o întrebe dacă a formulat plângerea prealabilă până în acel moment sau dacă nu înțelege să o formuleze și numai în ipoteza unui răspuns negativ organele judiciare să se sesizeze⁷.

În genere, hotărârea de a introduce plângerea prealabilă trebuie să aparțină persoanei vătămate, singura în drept să aprecieze dacă vătămarea ce i s-a produs prin infracțiune trebuie să atragă pedepsirea făptuitorului. Aceasta este perfect valabil pentru ipoteza în care cel vătămat este o persoană cu capacitate deplină de exercițiu a drepturilor sale. Dacă însă este o persoană lipsită de capacitate sau cu capacitate restrânsă de exercițiu, condiționarea punerii în mișcare a acțiunii penale numai de exprimarea voinței reprezentantului legal sau, după caz, a persoanei cu capacitate restrânsă de exercițiu ar putea conduce la situații prejudiciabile intereselor celor pe care legea vrea să-i ocrotească⁸.

De aceea dispozițiile ultimului alineat al art. 131 din Codul penal prevăd două cazuri când principiul oficialității este subsidiar principiului disponibilității. Prin urmare, potrivit textului citat, organul judiciar este abilitat să înceapă urmărirea penală în cazurile în care legea cere plângere prealabilă, chiar dacă o astfel de plângere nu a fost formulată de reprezentantul minorului sau de către minor cu încuviințarea ocrotitorului său legal.

Însă care sunt motivele pentru care legiuitorul a considerat necesară aplicarea și a principiului oficialității în cazul infracțiunilor prevăzute în art. 180, alin. 1¹ și 2¹ și art. 181, alin. 1¹?

Pe de o parte, principiul oficialității se aplică numai infracțiunilor prevăzute de art. 180, alin. 1¹ și 2¹ și art. 181, alin. 1¹, nu și infracțiunilor prevăzute de art. 180, alin. 1 și art. 181, alin. 1. Prin urmare, legiuitorul a considerat că se impune ca procesul penal să se declanșeze din oficiu, în cazul săvârșirii infracțiunilor în discuție în formă agravată, întrucât gradul de pericol social este mai mare.

Pe de altă parte, pornirea procesului penal din oficiu și nu la plângerea prealabilă, în cazul infracțiunilor de lovire sau alte violențe și vătămare corporală săvârșite asupra membrilor familiei, nu poate fi considerată un amestec al autorităților judiciare în viața familială, o încălcare a dreptului la respectarea vieții private, intime, de familie, drept prevăzut în art. 26 al Constituției României.

⁷Claudia Ușvat. *op.cit.*, p. 40.

⁸Decizia de îndrumare a fostului Tribunal Suprem cu privire la judecarea cauzelor cu minori infractori. C.D. 1973. p. 39.

Această nouă reglementare se înscrie în seria măsurilor necesare realizării armonizării prevederilor Codului penal și Codului de procedură penală cu principiile, recomandările și reglementările cuprinse în documente europene și internaționale.

În art. 8, alin. 2 al C.E.D.O. se prevede că „nu este admis amestecul unei autorități publice decât în măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă acesta constituie o măsură care, într-o societate democratică este necesară prevenirii faptelor penale, protecției sănătății sau a moralei ori protecției drepturilor și libertăților altuia”.

În privința termenului în care organele de urmărire penală trebuie să pună în mișcare acțiunea penală din oficiu există opinii diferite în literatura de specialitate și în practica judiciară. Astfel, întrucât organele judiciare sunt obligate să depună toate diligențele pentru aflarea adevărului, punerea în mișcare a acțiunii din oficiu în cazul infracțiunilor prevăzute de art. 181, alin. 1-1 și 2-1 și art. 181, alin.1-1 nu este îngădită de termenul prevăzut în art. 284 al Codului de procedură penală, nu se poate depăși termenul de prescripție a răspunderii penale.

Depășirea termenului de 2 luni poate fi justificată de faptul că prin săvârșirea infracțiunilor de lovire sau alte violențe, vătămare corporală a unui membru al familiei sunt lezate interese generale ale societății. Desigur, atingerea adusă acestor interese are loc prin săvârșirea oricărei infracțiuni, însă pericolul social al infracțiunilor în discuție, datorat fie împrejurărilor în care infracțiunea a fost comisă, fie subiecților pasivi ori activi ai infracțiunii, fie frecvenței infracțiunii, impune cu necesitate lăsarea la aprecierea organelor judiciare a momentului când procesul penal va începe.

Însă dată fiind natura infracțiunilor de lovire sau alte violențe și vătămare corporală, ar fi necesar ca organele judiciare să afle cât mai repede de săvârșirea infracțiunilor, întrucât pentru dovedirea leziunilor suferite de persoana vătămată este necesară eliberarea unui certificat medico-legal în câteva zile de la săvârșirea infracțiunii, astfel leziunile nu ar putea fi dovedite⁹.

Dispozițiile legale nu condiționează începerea procesului penal din oficiu de neintroducerea în termenul legal de 2 luni al plângerii prealabile de către cel îndreptățit a reclama și nici chiar de declarația expresă făcută de acesta, înlăuntrul termenului menționat, că nu înțelege a introduce plângerea prealabilă¹⁰.

⁹ Marius Vasile, *Organele competente să se sesizeze din oficiu în cazul infracțiunilor prevăzute de art. 180 alin. 1-1, 180 alin. 2-1, 181, alin. 1-1 C. pen.*, Rev. Dreptul, 2001, nr. 8, p. 102.

¹⁰ Decizia de îndrumare a fostului Tribunal Suprem cu privire la judecarea cauzelor cu minori infractori. C.D., 1973, p. 39.

Câteva precizări se impun a fi făcute și în legătură cu prevederile alin. 4 al infracțiunii prevăzute de art. 180 și ale alin. 3 al infracțiunii prevăzute de art. 181: „Împăcarea părților înlătură răspunderea penală, producându-se efectele și în cazul în care acțiunea penală a fost pusă în mișcare din oficiu”.

Prin natura sa, împăcarea părților este o cauză care înlătură răspunderea penală, dar care împiedică și punerea în mișcare și exercitarea acțiunii penale.

De regulă, împăcarea părților trebuie să intervină în cazul infracțiunilor pentru care legea prevede expres că împăcarea părților înlătură răspunderea penală. Legiuitorul determină el însuși sfera infracțiunilor pentru care împăcarea înlătură răspunderea penală. Legiuitorul determină el însuși sfera infracțiunilor pentru care împăcarea înlătură răspunderea penală, prevăzând pentru fiecare dintre aceste infracțiuni că împăcarea produce acest efect. Practic este vorba de aceleași infracțiuni pentru care se prevede că acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate. Numai în mod excepțional legea prevede ca împăcarea părților înlătură răspunderea penală, deși acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu¹¹. Astfel, excepției consacrate constituite de infracțiunea prevăzută în art. 199 al Codului penal. Legea nr. 197 din 2000 a alăturat infracțiunilor prevăzute în art. 180 și 181 din Codul penal.

Aceeași excepție, respectiv ca împăcarea părților înlătură răspunderea penală și exercitarea acțiunii penale, chiar și atunci când acțiunea penală este pusă în mișcare din oficiu este valabilă și în cazul persoanei vătămate care este lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă. Legea prevede că pentru persoanele lipsite de capacitate de exercițiu împăcarea se face de către reprezentanții legali ai acestora. Persoanele cu capacitate de exercițiu restrânsă se pot împăca personal, însă numai cu încuviințarea persoanei prevăzute de lege¹². Minorul care a fost victima infracțiunii și care a împlinit vârsta de 14 ani se poate împăca cu încuviințarea prealabilă a unui părinte, în cazul infracțiunilor prevăzute de art. 180 și 181.

Legiuitorul, având în vedere caracterul special al relațiilor existente între inculpat și partea vătămată în cazul judecării infracțiunii de lovire sau alte violențe și vătămare corporală asupra unui membru al familiei, dar și interesul ocrotirii unității familiale, a extins incidența împăcării părților și la situațiile în care acțiunea penală a fost pusă în mișcare din oficiu, în reglementarea anterioară fiind operantă numai în cazurile când se introdusese plângerea prealabilă¹³.

¹¹ Costică Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Ed. All, 1997, p. 344.

¹² *Ibidem*, p. 345.

¹³ Claudia Ușvat, *op.cit.*, p. 41.

L'exercice de l'action publique pour des infractions prévues dans les articles 180 et 181

- Résumé -

L'action publique est l'instrument juridique grâce auquel un conflit de droit pénal est solutionné par les organes judiciaires pénales.

L'action publique est mise en mouvement en deux modalités pour les infractions prévues dans les articles 180 et 181: par la plainte préalable et d'office. La première modalité a priorité parce que la victime est la première personne qui connaît l'infraction et elle est la personne plus intéressée dans la cause. Les infractions prévues dans les articles sont les infractions auxquelles s'applique le principe de la disponibilité.

Comme même, le principe de l'officialité s'applique aux infractions prévues parce qu'elles sont les formes aggravées, donc elles ont un degré de danger public plus grand. Ce n'est pas une immixtion des autorités publiques dans la vie de la famille.

L'action publique doit être mise en mouvement dans un certain délai. Quand l'action publique est mise en mouvement d'office, elle ne doit pas dépasser le délai de prescription de la responsabilité pénale. Dans les autres cas doit être respecté le délai de 2 mois depuis quand la victime a connu la personne qui a commis l'infraction.

Dans l'alinéa final des articles 180, 181 est prévu que la réconciliation des parties éloigne la responsabilité pénale même si l'action publique est mise en mouvement d'office. Le législatif a considéré que les relations entre l'inculpé et la victime sont spéciales et que l'intérêt de la sauvegarde de l'unité familiale est supérieur.

REGIMUL JURIDIC AL AUTONOMIEI LOCALE REGLEMENTAT PRIN LEGEA NR. 215/2001

CĂTĂLIN BALAN

Unul dintre obiectivele fundamentale ale reformei administrației publice în România îl constituie punerea în practică a principiului autonomiei locale, principiu cu valoare europeană. Procesul de reformă a administrației publice îmbracă, în România, forma unei translații – dinspre o administrație a „organelor de partid și de stat” – spre o administrație de tip modern al cărui scop principal este de a ameliora condițiile de existență ale populației prin prestarea de cât mai numeroase și mai variate servicii publice¹. În cadrul acestui proces se tinde spre realizarea unui parteneriat între stat și colectivitățile locale în care primul îi revine sarcina de a presta numai acele servicii publice care, în mod obiectiv, prin amploarea lor, exced posibilitățile unei colectivități locale².

Legea fundamentală reglementează cu valoare de principiu constituțional autonomia locală în articolul 119 care prevede că „administrația publică în unitățile administrativ-teritoriale se întemeiază pe principiul autonomiei locale și descentralizării serviciilor publice”. Același principiu este reluat de articolul 2(1) din Legea 215/2001 care stipulează că „Administrația publică în unitățile administrativ-teritoriale se organizează și funcționează în temeiul principiilor autonomiei locale, descentralizării serviciilor publice, eligibilității autorităților administrației publice locale, legalității și consultării cetățenilor în soluționarea problemelor locale de interes deosebit”. Această formulare este similară celei cuprinse în documentul Consiliului Europei intitulat „Carta Europeană: Exercițiul autonom al puterii locale” din 15 octombrie 2001, document care a stat la baza întăririi pe plan european a rolului autorităților administrației publice locale, proces care a fost încurajat de construcția europeană și de accelerarea procesului de descentralizare în majoritatea statelor europene.

Prin includerea în legislația internă a principiului autonomiei locale, statul român recunoaște că în interiorul său există colectivități locale, cu necesități proprii, diferite de cele ale colectivității naționale³. În fapt autonomia locală se

¹ J. Rivero, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1990, p. 345.

² A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Ed. Nemira, București, 1996, p. 536.

³ M. Preda, *Tratat elementar de drept administrativ român*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 283.

întemeiază pe o realitate sociologică: comuna sau orașul ca centru al vieții economico-sociale, rezultat al unui proces istoric, reprezintă o realitate anterioară statului⁴ care nu poate fi ignorată sau înlăturată nici chiar atunci când puterea politică centrală utilizează cele mai „brutale mijloace de guvernare locală”⁵. Această realitate socio-psihologică și economică capătă reglementare juridică prin normele constituționale și ale legii organice care impun autonomia locală ca pe un principiu ce „conferă colectivităților locale dreptul și capacitatea de a rezolva și de a gestiona, în cadrul legii, sub propria răspundere și în interesul populației acestora, o parte importantă din treburile publice”⁶. În aceste condiții, recunoașterea unor puteri sporite colectivităților locale răspunde unor necesități practice precum și unui vast proces de reformă a administrației publice atât pe plan intern cât și pe plan european, contribuind la crearea unor „contraponderi”⁷ la puterea administrației centrale conduse de guvern.

Autonomia locală se manifestă în plan organizatoric-administrativ și financiar⁸. În plan organizatoric administrativ expresia autonomiei locale constă în alegerea autorităților publice din colectivitățile locale prin votul cetățenilor care locuiesc în acestea precum și din acordarea autorităților astfel alese a unor competențe depline și exclusive. Legea nr. 215/2001 instituie un monopol al autorităților alese de membrii colectivităților locale asupra tuturor problemelor de interes local, fiind exclusă intervenția oricărei alte autorități cu excepția cazurilor în care statul își rezervă, în mod expres sau implicit, exercitarea unor atribuții. Prevederi asemănătoare se întâlnesc atât în legislațiile țărilor din Vestul Europei – Belgia, Spania, Finlanda, Franța, Portugalia – cât și în legislațiile multor țări din Europa Centrală și de Est – Estonia, Ungaria, Slovenia, Slovacia, Republica Cehă. Pe linia aducerii legislației române la nivel european, legiuitorul a preluat din Carta Europeană din 1985 regula subsidiarității în conformitate cu care exercitarea competențelor și atribuțiilor stabilite prin lege revine autorităților locale care se găsesc cel mai aproape de cetățean. Această regulă cu valoare de principiu pe plan european are la bază concepția potrivit căreia soluționarea și gestionarea problemelor locale se poate face în condiții de eficiență și eficacitate numai prin implicarea acelor autorități care se află cel mai aproape de necesitățile populației.

⁴ A. Teodorescu. *Curs de drept administrativ*. București. 1947. p. 327.

⁵ A. Iorgovan. *op.cit.*. p. 530.

⁶ I. Vida. *Administrația publică și autonomia locală*. în *Dreptul* nr. 10-11/1994. p. 56.

⁷ M. Constantinescu. *Echilibrul puterilor în regimul constituțional din România*. în *Dreptul* nr. 3/1993. p. 7.

⁸ A se vedea E. Popa. *Corelația principiului autonomiei cu controlul de legalitate a actelor administrației publice locale*. în *Dreptul* nr. 9/1992. p. 8.

În plan financiar, Legea nr. 215/2001 preia, în articolul 9, din Carta Europeană din 1985 o altă regulă cu valoare de principiu – regula proporționalității. Potrivit acesteia resursele financiare ale autorităților publice locale trebuie să fie proporționale cu competențele și responsabilitățile prevăzute de lege. Colectivitățile locale au dreptul la resurse financiare proprii și suficiente pentru a-și exercita în mod liber atribuțiile acordate de lege. Resursele financiare ale colectivităților locale vor trebui să provină din impozite locale în condițiile stabilite de lege, din venituri proprii precum și din subvenții.

Un alt aspect al autonomiei locale reglementat prin Legea nr. 215/2001 și care este prevăzut și în Carta Europeană îl constituie dreptul autorităților administrației publice locale de a coopera și de a se asocia cu alte autorități ale administrației publice locale din țară și din străinătate. Autoritățile administrației publice locale au dreptul de a încheia între ele acorduri, de a participa la inițierea și realizarea unor programe de dezvoltare regională, precum și de a adera la asociații naționale și internaționale pentru protecția și promovarea intereselor legitime.

În vederea realizării strategiilor de dezvoltare, un factor important îl reprezintă pe lângă „cooperarea pe plan vertical cu factorii interesați de la nivelul ministerelor și al altor organe centrale”⁹ cooperarea pe plan orizontal în zona de interes comun a colectivităților locale. În acest context o nouă noțiune se impune – noțiunea de regionalism „folosită în sens larg pentru a reda fenomene foarte diferite, inclusiv anumite forme de cooperare între colectivitățile locale”¹⁰, iar în sens restrâns pentru a reda evoluția organizării teritoriale spre un nivel intermediar, imediat inferior nivelului statal. Procesul care începe cu crearea de structuri regionale poate evolua fie spre o abordare ce urmărește reducerea decalajelor existente între diversele regiuni, fie spre crearea de forme ale autonomiei regionale pe calea descentralizării administrative sau a regionalismului politic. În aplicarea principiului autonomiei locale este necesar a se avea în vedere faptul că problemele locale ce se cer a fi rezolvate sunt numai de ordin administrativ¹¹. Autonomia locală este numai administrativă și financiară, fiind exercitată pe baza și în limitele prevăzute de lege – noțiuni ca „autonomie regională” sau „autogovernare” și altele similare nu au nimic comun cu înțelegerea și aplicarea principiului autonomiei locale¹². Regimul autonomiei locale este subordonat ideii unității statului. Interesele locale nu pot duce la o

⁹ V. Ioan, V. Cocriș, *Sectorul public. Iluzia bunăstării generale*, Editura Ankarom, Iași, 1997, p. 207.

¹⁰ I. Vasile, V. Cocriș, *ibidem*.

¹¹ I. Vaida, *op.cit.*, p. 55.

¹² M. Preda, *op.cit.*, p. 287.

izolare a colectivităților locale de stat, aceste interese nu pot fi privite decât într-un cadru mai larg în care respectarea Programului de Guvernare, acceptat de Parlament, are un rol deosebit de important. Autonomia locală nu poate fi concepută într-un stat unitar decât între anumite limite¹³. Administrația centrală păstrează în continuare funcția de a asigura, pe plan național, o concepție unitară asupra politicilor ce trebuie urmate în diferite sectoare. Un rol important îl joacă în acest context prefectul ca reprezentant al administrației centrale cu funcția de a veghea ca administrația locală să nu depășească limitele pe care legea le stabilește pentru exercitarea drepturilor decurgând din acordarea autonomiei locale¹⁴. În exercitarea rolului de supraveghere a respectării legilor de autoritățile alese de colectivitățile locale, prefectului i-a fost conferit prin articolul 122 din Constituție și articolul 27 din Legea nr. 215/2001 dreptul și obligația de a ataca în justiție orice act care emană de la autoritățile administrației publice locale și pe care îl consideră ilegal¹⁵.

Controlul pe care prefectul îl exercită asupra actelor administrației publice locale a fost caracterizat fie ca un control de tutelă administrativă¹⁶, fie ca un control de legalitate¹⁷. Tutela administrativă este o instituție juridică prin intermediul căreia se urmărește ocrotirea intereselor generale ale societății în situațiile în care autoritățile administrației publice locale pot aduce atingere acestora prin emiterea unui act administrativ neconform cu legea¹⁸. Instituția tutelei administrative implică atât un control de legalitate cât și un control de oportunitate. Spre deosebire de controlul de legalitate propriu-zis, în cazul tutelei administrative, autoritatea de tutelă ar dispune de posibilitatea de a anula ea însăși actele administrației locale pe care le consideră ilegale sau inoportune. Or, potrivit legii române, prefectul are numai posibilitatea de a ataca în justiție actele administrative pe care le consideră ilegale. Responsabilitatea de a hotărî sau nu anularea unor astfel de acte incumbă instanței de judecată. Un control al oportunității acestor acte de către prefect nu poate fi conceput atât timp cât Legea nr. 215/2001 nu creează raporturi ierarhice de subordonare între prefect și autoritățile administrației publice locale¹⁹. Pe de altă parte, Legea 215/2001 împrumută de la instituția tutelei administrative o altă caracteristică: actele

¹³ A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 540.

¹⁴ J. Rivero, *op.cit.*, p. 432.

¹⁵ A se vedea I. Romoșan, *Controlul legalității exercitat de prefect asupra actelor autorităților administrației publice locale*, în *Dreptul* nr. 1/1994, p. 73.

¹⁶ A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 541; V. Prisăcaru, *Tratat de drept administrativ român*, Ed. Lumina Lex, București, 1993, p. 431.

¹⁷ M. Preda, *Atribuțiile prefectului conferite prin Legea 69/1991*, în *Dreptul* nr. 6/1994, p. 58.

¹⁸ A se vedea I. Vida, *op.citate*, p. 32.

¹⁹ E. Popa, *ibidem*.

administrative care au fost atacate de către prefect în instanța de contencios administrativ pe motiv de neconformitate cu legea sunt suspendate de drept.

Opinia potrivit căreia controlul exercitat de prefect este un control de legalitate este susținută atât de prevederile Legii administrației publice în forma ei actuală – care reduce din atribuțiile prefectului refuzându-i posibilitatea de a suspenda din funcție pe primar în cazurile prevăzute de lege, așa cum prevedea reglementarea anterioară – cât și de prevederile Hotărârii Guvernului nr. 9/2001 privind reorganizarea și funcționarea prefecturilor în conformitate cu care prefectul „examinează sub aspectul legalității și în termenele prevăzute de lege actele administrative” ale autorităților administrației publice locale.

În același timp, este indiscutabil că rolul prefectului în controlarea activităților serviciilor publice ale ministerelor din teritoriu îmbracă forma unui control de tutelă administrativă exercitându-se atât asupra aspectelor care țin de legalitatea actelor emise în îndeplinirea responsabilităților care le-au fost încredințate cât și asupra aspectelor care țin de oportunitatea unor astfel de acte.

Legea nr. 215/2001 oferă o definiție mai bună a autonomiei locale, recunoscându-se drepturile firești ale colectivităților locale, în concordanță cu aspirațiile României de integrare europeană. Adoptarea principiului autonomiei locale și aplicarea în România are în vedere un larg proces de modernizare și de adaptare a administrației publice locale la realitățile economiei și societății române, răspunzând în același timp structurilor similare din țările Uniunii Europene și din alte state dezvoltate.

– Summary –

The local autonomy represents a fundamental objective of the reform proces that takes place in the public administration. This process tends to create a modern administration in which, through achiving a partnership between the state and the local communities, it results in solving as many necessities of the citizens in operative and efficient conditions. The process of decentralization involvs the increase of local authorities competences through strenghtening the local autonomy. It has at its basis the process of strenghtening, on European level, the role of the local powers.

As part of the European building process, the recognition of more powers to local communities answers to practical necessities and to the demand of the vast reform of public administration on national and international level. Having in view the bringing of the romanian legislation at the same level with that of other European countries, the romanian legislator took over from the European Chart

called The Autonomous Exercise of Local Powers some fundamental rules such as the proportionality rule or the subsidiarity rule. In the spirit of the European integration The Local Public Administration Law extends the cooperation background between the local communities, paying increased attention to regional development programmes.

The new Local Public Administration Law offers a modern and more clear definition of local autonomy according to European Chart for Local Powers and a recognition of natural rights of local communities without neglecting state's role. This role seems to be more and more one of offering financial assistance and guarding that local public administration's activities respect national laws. The local authorities should also keep in mind that more freedom means more responsibilities and that the process of European integration involves higher standards in solving the local problems.

DESPRE CONVENȚIA EUROPEANĂ ASUPRA CRIMINALITĂȚII INFORMATICE

DANIEL ATASIEI

Statutul Consiliului Europei, semnat la Londra la 5 mai 1949, după ce anunța scopul organizației, statuează în articolul 1 aliniatul b:

„Acest scop va fi îndeplinit prin intermediul organelor Consiliului, prin discutarea obiectelor de interes comun și prin acordul și acțiuni comune în probleme de ordin economic, social, cultural, științific, legal și administrativ precum și în realizarea și consolidarea drepturilor omului și libertăților fundamentale”.

De-a lungul anilor, Consiliul Europei a devenit un forum al negocierii multor tratate sau convenții internaționale în probleme privind criminalitatea, convenții la care au participat nu doar statele membre ale U.E. Către sfârșitul anilor '80, Consiliul Europei a acționat în vederea elaborării unor instrumente apte să vină în întâmpinarea neliniștilor generate de creșterea numărului infracțiunilor informatice și a hackerilor.

Astfel în 1989 Consiliul Europei a publicat un studiu cuprinzând mai multe recomandări în vederea elaborării unor legi noi, a unor noi norme de drept substanțial (material), care să incrimineze asemenea acte săvârșite prin intermediul rețelelor informatice. În acest sens, a fost adoptată recomandarea R9 din 1989 a Comitetului de Miniștri a Consiliului Europei¹.

În 1995 a urmat un al doilea studiu, ce cuprindea principii cu privire la adaptarea legilor procesuale penale la combaterea eficace a acestor acte. Ca urmare, a apărut recomandarea R13 din 1995 a Comitetului de Miniștri a C.E. referitoare la problemele de drept procesual penal, legat de tehnologia informaticii (11 septembrie 1995)².

Pe baza principiilor elaborate în cele două recomandări din 1989 și din 1995, în 1996³ C.E. a creat un comitet de experți asupra criminalității informatice, acesta având ca sarcină să elaboreze textul unei convenții prin care să faciliteze

¹ Textul recomandării este disponibil pe site-ul oficial al Consiliului Europei www.cco.int

² Idem.

³ Decizia CDPC/103/211196 din noiembrie 1996, a Comitetului European în problema criminalității apoi decizia C.M./DEL/DEC(97) 583 din 4 februarie 97 a C.M.

cooperarea internațională în domeniul investigării și judecării infracțiunilor informatice.

Comitetul European asupra problemelor criminalității a motivat crearea acestei comisii de experți prin aceea că „dezvoltarea rapidă în domeniul tehnologiei informației are un impact direct asupra tuturor sectoarelor societății moderne. Integrarea sistemelor de informații și telecomunicații, permițând stocarea și transmiterea, indiferent de distanță a tuturor formelor de comunicare, a deschis calea către o gamă foarte largă de manifestări. Această dezvoltare a fost impulsionată de apariția rețelelor și a căilor ultrarapide de transmitere a informațiilor (așa numitele „autostrăzi” informatice⁴), inclusiv internetul, prin intermediul cărora practic oricine va putea avea acces la orice serviciu informatic electronic, indiferent de punctul de pe glob unde s-ar afla localizat. Prin conectarea la serviciile de comunicare și informație, utilizatorii au creat un fel de spațiu comun, o lume a lor numită „spațiu cibernetic”, în engleză *cyberspace*, spațiu ce este utilizat pentru scopuri legitime dar care poate duce și la manifestări ilicite. Aceste ilegalități din spațiul cibernetic sunt fie comise împotriva integrității, disponibilității sau confidențialității sistemelor de calculatoare sau a rețelelor de telecomunicații sau constau în utilizarea unor asemenea rețele pentru comiterea unor infracțiuni „tradiționale”. Caracterul transfrontalier al acestor delikte (de pildă când sunt comise via internet) este în conflict cu teritorialitatea legilor sau autorităților naționale⁵.

Sarcinile trasate acestei comisii au avut în vedere 5 obiective majore:

a) Stabilirea unor delikte informatice, în special a celor comise prin utilizarea rețelelor de comunicații (ca de pildă internetul: transferarea ilegală de bani, oferirea de servicii ilegale, încălcarea dreptului de autor) ca și a celor care încalcă demnitatea umană sau protecția martorilor.

b) Alte probleme de drept penal material în domeniile în care este necesară o armonizare a legislațiilor naționale pentru o mai bună cooperare internațională. În acest sens, stabilirea de definiții, sancțiuni, responsabilități ale participanților la spațiul cibernetic, inclusiv a furnizorilor de acces internet.

c) Utilizarea forței coercitive în mediul tehnologiei informațiilor și posibilitatea aplicării acestei forțe dincolo de frontierele naționale (ca de pildă interceptarea telecomunicațiilor, supravegherea electronică a rețelelor informatice, aplicarea percheziției și a reținerii de bunuri în cazul sistemelor care prelucrează informația, luarea de măsuri pentru a face accesibile materialele

⁴ În engleză *super highways*.

⁵ A se vedea raportul explicativ al C.E. asupra criminalității informaticii www.coe.int/treaty/EN/cadreprogest.htm

ilegale, posibilitatea impunerii unor obligații către furnizorii de acces internet, luarea în considerare a problemelor specifice cauzate de unele măsuri de securizare a informațiilor (ca de exemplu criptografia).

d) Problemele de jurisdicție legate de delictele informatice (de exemplu pentru a determina unde s-a săvârșit fapta și care lege se aplică), inclusiv aplicarea principiului *non bis in idem* în cazul jurisdicțiilor multiple și soluționarea conflictelor pozitive de jurisdicție și evitarea celor negative.

e) Probleme privind cooperarea internațională în investigarea delictelor informatice.

Comitetul de Experți și-a început activitatea în aprilie 1997 și, mai întâi, s-a avut în vedere construirea unei imagini cât mai obiective asupra fenomenului infracțional în domeniul informatic și asupra bazei legislative existente la acel moment, atât la nivel național cât și internațional. Studiul în cauză a fost realizat la cererea Comisiei Europene⁶ de către un colectiv de la Universitatea Wurburg sub conducerea Prof.dr. Ulrich Seber și finalizat la 1 ianuarie 1998.

Acest studiu a relevat vulnerabilitatea societății actuale dependente de sistemele informatice în cele mai diverse sectoare ale sale, lipsa unei reglementări consistente la nivel național și superficialitatea sau timiditatea înțelegerilor internaționale în acest domeniu.

Celălalt studiu, cu caracter consultativ pentru membrii Comisiei de Experți, a prevăzut că soluțiile pentru combaterea eficientă a delictelor informatice trebuie să se caracterizeze prin trei trăsături esențiale: caracterul internațional⁷, consistența măsurilor⁸ și specificitatea acestora⁹ care trebuie să vizeze patru direcții: tehnologia, educația, industria și dreptul.

Prin eforturile depuse de Comitetul de Experți, o primă formă a convenției a fost făcută publică în aprilie 2000¹⁰ iar forma finală, adoptată de Comitetul European de Experți asupra criminalității informatice¹¹ și aprobată la sesiunea plenară a Miniștrilor Adjuncți ai C.E.¹², a fost supusă spre adoptare pe data de 8 noiembrie 2001, la a 109-a sesiune a Comitetului de Miniștri ai C.E.

⁶ Lider Aspects fo computer – related crime in Information Society, la <http://europa.eu.int/ISPO/legal/eu/comcrime/sieber.html>

⁷ Doar prin cooperarea în plan internațional s-ar putea lupta eficient împotriva acestor delict. restricțiile de ordin național n-ar putea stăvilii aceste ilegalități ba chiar ar putea limita unele aspecte benefice ale afluxului internațional de informație.

⁸ Aceste măsuri nu trebuie să fie exclusiv juridice ci și extrajuridice – la nivelul tehnologiei, educației, industriei.

⁹ În cele mai multe dintre aceste delict aplicarea prin similitudine a normelor existente nu satisface necesitatea combaterii eficiente.

¹⁰ Varianta disponibilă pe site-ul <http://conventions.coe.int> și <http://www.cybercrime.gov>

¹¹ Sesiunea 50 – 18-21 iunie 2001.

¹² Sesiunea 765 – 19 septembrie 2001.

Convenția, în forma ei finală, urmărește:

1. Armonizarea legislațiilor penale naționale – dreptul penal substanțial – în privința elementelor legate de infracțiunile informatice și dispozițiile corelative.
2. Crearea, pentru drepturile procesuale naționale, a instrumentelor necesare pentru investigarea și aducerea în fața justiției a delictelor informatice sau a altor asemenea delikte săvârșite prin folosirea sistemelor informatice sau legate în orice fel de utilizarea unor astfel de sisteme.
3. Crearea unui instrument rapid și eficient de cooperare internațională.

În consecință, convenția este structurată în patru mari capitole, intitulate:

- I. Utilizarea noțiunilor;
- II. Măsurile ce trebuie luate la nivel național – măsuri de drept material și drept procesual;
- III. Cooperarea internațională
- IV. Clauze finale.

Este demn de a fi precizat faptul că textul convenției este însoțit de un Raport Explicativ¹³, aprobat și el de Ministerii Adjuncți și dat publicității, acest raport având ca scop explicarea dispozițiilor convenției în vederea unei aplicări corecte a acesteia¹⁴.

Capitolul I intitulat „Utilizarea noțiunilor” își propune să definească unele noțiuni utilizate în textul convenției, ele fiind legate de ceea ce numim „spațiul cibernetic” (cyberspace). Sunt analizate noțiunile de sistem computerizat¹⁵, date informatice¹⁶, furnizor de servicii informatice¹⁷, trafic informațional¹⁸.

Ne vom opri asupra primilor doi termeni, cei mai des întâlniți. Astfel, prin *sistem computerizat sau sistem informatic*, se înțelege orice dispozitiv sau grup de dispozitive legate sau interconectate dintre care unul sau mai multe asemenea dispozitive procesează informații prin intermediul unui program.

Așadar, potrivit dispozițiilor Convenției, sistemul informatic cuprinde atât partea de hardware (partea fizică a calculatorului) cât și partea de soft (partea de programare) care permit procesarea automată a datelor digitale. Sistemul informatic se poate referi și la o rețea de calculatoare formată din 2 sau mai

¹³ Draft Explanatory Memorandum – <http://conventions.coe.int>.

¹⁴ Raportul explicativ conține comentarii la fiecare din articolele convenției pentru a explica intenția autorilor acesteia

¹⁵ Engleză – *computer system*.

¹⁶ Engleză – *computer data*.

¹⁷ Engleză – *service provider*.

¹⁸ Engleză – *traffic data*.

multe unități indiferent de modalitatea de realizare a conexiunilor (prin fire sau fără fire – ca de exemplu, prin unde radio, prin unde infraroșii sau prin satelit), indiferent de caracterul local, regional sau mondial al rețelei (ca de pildă, Internetul).

De asemenea, prin *date (informatic)* în înțelesul Convenției vom avea în vedere orice reprezentare a faptelor, informațiilor sau conceptelor într-o formă aptă a fi procesate de un sistem informatic, inclusiv un program informatic ce ar permite unui sistem informatic să îndeplinească anumite funcții.

Cu privire la această definiție, noțiunea „apt a fi procesate” se referă la împrejurarea că datele se află într-o formă care să permită procesarea directă într-un sistem informatic.

Capitolul al II-lea al Convenției se referă la măsurile ce trebuie luate la nivel național în vederea combaterii delictelor informatice, măsuri de drept material (Secțiunea I – art. 2-13) și măsuri de drept procesual (Secțiunea a II-a – art. 14-21). Totodată se face referire și la jurisdicții și conflictele între acestea.

Secțiunea I – Măsuri de drept material – are drept scop îmbunătățirea mijloacelor de prevenire și luptă contra delictelor informatice prin stabilirea unui standard minim de incriminare a acestor delikte. Convenția definește nouă tipuri de infracțiuni împărțite în patru categorii, această enumerare neexcluzând dreptul statelor de a incrimina, suplimentar, și alte conduite ilicite în domeniul informaticii. Cele patru categorii se referă la:

A. Infracțiuni contra confidențialității, integrității și disponibilității datelor și sistemelor informatice

B. Infracțiuni săvârșite prin intermediul calculatorului

C. Infracțiuni legate de conținutul datelor informatice

D. Infracțiuni legate de încălcarea drepturilor de autor și a drepturilor conexe

Pe lângă aceste infracțiuni, Convenția face referire, în art. 11-13 la sancționarea tentativei și a participației penale, la răspunderea persoanelor juridice și la sancțiunile aplicabile, atât de natura penală cât și extrapenală.

Titlul I – Infracțiuni contra confidențialității, integrității și disponibilității datelor și sistemelor informatice – cuprinde incriminarea a cinci activități ilegale, practic fiind vorba de acele infracțiuni informatice propriu-zise: accesarea ilegală, interceptarea ilegală, interferarea cu datele informatice, interferarea cu sistemele informatice, utilizarea ilegală a dispozitivelor informatice.

Art. 2 definește „accesarea ilegală” ca fiind accesarea unui computer în întregime sau parțial săvârșită cu intenție și fără drept.

Incriminarea accesului ilegal vizează protejarea intereselor individuale sau colective legate de utilizarea fără perturbări sau fără inhibiții a sistemelor informatice, fără teama accesării acestora de către persoane neautorizate. Este

vorba de incriminarea actelor „hakerilor”, a spărgătorilor de coduri sau parole, asemenea pătrunderi putând duce la accesarea unor date confidentiale sau secrete, la utilizarea gratuită, fără plată a unor sisteme informatice sau chiar la rezultate mai grave.

Art. 3 definește *interceptarea ilegală* ca fiind interceptarea cu intenție și fără drept prin mijloace tehnice a transmisiilor nepublice de date informatice inclusiv a emisiilor electromagnetice de la un sistem informatic având asemenea date.

O asemenea încălcare legii aduce atingere dreptului la inviolabilitatea comunicării, aidoma infracțiunilor tradiționale prin care se înregistrează sau supraveghează ilegal convorbirile telefonice între două persoane. Noțiunea de transmisie „nepublică” se referă nu la caracterul datelor transmise, ci la modalitatea de transmitere, care nu este una accesibilă publicului.

Interferarea cu datele informatice reprezintă, potrivit *art. 4*, fapte săvârșite cu intenție prin care se distrug, șterg, se deteriorează, alterează sau se suprimă date informatice fără drept.

Scopul acestei incriminări ar fi acela de a putea acorda datelor și programelor informatice o protecție similară celei acordate bunurilor corporale împotriva provocării intenționate de prejudicii. O asemenea incriminare ar atrage răspunderea juridică în cazul introducerii cu intenție într-un sistem a unui „cal troian”¹⁹.

Interferarea cu un sistem informatic se referă, potrivit *art. 5*, la fapta săvârșită cu intenție și fără drept de a întârzia sau zădărnici în mod grav funcționarea unui sistem informatic prin introducerea, transmiterea, distrugerea, ștergerea, deteriorarea, alterarea sau suprimarea de date informatice.

Această incriminare preia ceea ce Recomandarea 8 din 1989, anterior amintită, denumea „sabotajul informatic”. Se urmărește combaterea interferenței în utilizarea legală a unui sistem informatic, inclusiv a telecomunicațiilor prin intermediul acestor sisteme. Se observă că „zădărnicierea” funcționării acestor sisteme trebuie să fie „gravă”, convenția lăsând la latitudinea statelor să fixeze acea gravitate minimă pentru reținerea faptei ca infracțiune.

Infracțiunea prevăzută de *art. 6 – utilizarea ilegală a dispozitivelor informatice* – urmărește incriminarea producerii, vânzării, procurării în vederea folosirii, importul, distribuirea sau orice altă modalitate de punere la dispoziție a unui pozitiv, inclusiv a unui program informatic, creat sau adaptat pentru săvârșirea infracțiunilor enunțate la art. 2-6, sau a unei parole, cod de acces sau a

¹⁹ Program informatic din categoria virușilor al cărui efect dăunător se produce prin replicarea aceleiași informații și multiplicarea progresivă a acesteia, pînă la blocarea funcționării sistemului.

unor date similare prin care devine posibilă accesarea totală sau parțială a unui sistem informatic.

Constituie aceeași infracțiune și deținerea unui dispozitiv sau a unor date din cele enunțate, deținere în scopul comiterii uneia din infracțiunile de la art. 2-6.

Dispozițiile art. 6 se referă la producerea, deținerea sau punerea la dispoziție a unor dispozitive sau date pentru săvârșirea unor delictе informatice, astfel ca aceste acte, în esența lor acte preparatorii, capătă o incriminare de sine stătătoare. Nu intră sub incidența acestui text acele dispozitive necesare pentru testarea autorizată sau pentru protejarea sistemelor informatice.

Titlul II cuprinde infracțiuni a căror săvârșire este legată incidental de utilizarea calculatorului.

Cea mai mare parte a statelor au deja reglementări în acest sens, dar nu suficient de cuprinzătoare, rolul Convenției fiind în acest caz de a determina aceste state să examineze dispozițiile din legislațiile proprii pentru a vedea dacă sunt la fel de cuprinzătoare ca în acest tratat.

Astfel, *Falsul legat de utilizarea calculatorului* (art. 7) și *frauda legată de utilizarea calculatorului* privesc doar unele din infracțiunile legate de utilizarea calculatorului, mai precis reprezintă modalități specifice de manipulare a sistemelor sau datelor informatice. Includerea acestor două infracțiuni în textul tratatului pleacă de la constatarea că în numeroase state nu se poate asigura o protecție corespunzătoare împotriva acestor forme noi de interferare și atac prin mijloace legale tradiționale.

În art. 7, *falsul legat de utilizarea calculatorului*²⁰ constă în săvârșirea cu intenție și fără drept a activității de introducere, alterare, ștergere sau suprimare de date informatice rezultând date falsificate, cu intenția ca acestea să fie considerate autentice în vederea producerii de efecte juridice, indiferent dacă aceste date sunt direct inteligibile sau dacă ar putea fi citite.

Venind ca o incriminare paralelă falsului privind bunurile corporale, infracțiunea prevăzută la art. 7 are scopul de a umple golurile din incriminările tradiționale ale falsului, fals care presupune existența unor expresii ce pot fi citite sau a unor declarații incluse într-un document. Sunt protejate astfel relațiile sociale referitoare la securitatea și încrederea în datele electronice producătoare de consecințe juridice.

Art. 8 al Convenției are în vedere *frauda legată de utilizarea calculatorului* definită ca fiind producerea cu intenție și fără drept a unui prejudiciu prin:

- a) orice introducere, alterare, ștergere sau suprimare de date informatice

²⁰ Engleză. *computer related forgery*.

b) orice interferare în funcționarea unui computer sau sistem informatic săvârșită în vederea obținerii, pentru sine sau pentru altul, în mod ilegal, a unui avantaj de natură economică.

Necesitatea unei asemenea incriminări a reieșit din faptul că bunurile reprezentate sau administrate prin intermediul calculatorului au devenit obiect al manipulării și transferurilor asemenea formelor tradiționale de proprietate.

Odată cu revoluția tehnologică, posibilitățile comiterii unor delictе economice a crescut, între acestea aflându-se și fraudă, în special fraudă cu cărți de credit.

Scopul prevederii este acela de a incrimina manipularea ilicită a datelor informatice în cursul procesării acestora, având drept efect un transfer ilegal de proprietate.

Titlul al III-lea cuprinde, ca infracțiune legată de conținutul datelor informatice, *infracțiuni legate de pornografia cu minori*.

În cadrul comitetului de experți s-a discutat posibilitatea introducerii în acest titlu și a altor infracțiuni referitoare la conținutul datelor informatice ca, de exemplu, incriminarea propagandei rasiste prin intermediul sistemelor informatice. Totuși, unele delegații au obiectat exprimând îngrijorarea față de impactul unor asemenea incriminări asupra dreptului la liberă exprimare. S-a convenit, prin urmare, ca aceste aspecte să fie rezolvate ulterior printr-un Protocol adițional la Convenție.

Articolul 9 recomandă incriminarea ca infracțiuni legate de pornografia cu minori, săvârșirii cu intenție și fără drept a următoarelor activități:

a) producerea de pornografie cu minori în scopul distribuiri prin sisteme informatice;

b) oferirea sau punerea la dispoziție de pornografie cu minori prin intermediul unui sistem informatic;

c) distribuirea sau transmiterea de pornografie cu minori prin intermediul unui sistem informatic;

d) procurarea pentru sine sau pentru altul de pornografie cu minori prin intermediul unui sistem informatic;

e) deținerea de pornografie cu minori într-un sistem informatic;

De asemenea, art. 9 definește în alineatul 2 ca fiind *pornografie cu minori* orice material pornografic care descrie vizual:

a) un minor având o conduită explicit sexuală;

b) o persoană ce pare a fi un minor angajat într-un comportament explicit sexuală;

c) imagini cu aparență de realitate reprezentând un minor angajat într-un comportament explicit sexual.

Alineatul 3 precizează că prin minori se înțelege, potrivit Convenției, orice persoană mai mică de 18 ani. Cu toate acestea, statele semnatare ar putea coborî acest prag, dar nu mai jos de 16 ani.

Această incriminare prevăzută de art.9 vizează variate aspecte ale producerii, deținerii și distribuirii electronice de pornografie cu minori. Cea mai mare parte a statelor europene au deja prevederi în legile penale care să incrimineze producerea și distribuirea fizică de pornografie cu minori, însă utilizarea tot mai amplă a Internetului ca instrument primar de comercializare a acestor materiale a determinat nevoia unei incriminări la nivel internațional în vederea combaterii acestei forme noi de exploatare și punere în pericol a dezvoltării minorilor.

Este larg îmbrățișată ideea că distribuirea acestor materiale și practicile on-line, cum ar fi schimbul de idei, fantezii și sfaturi între podofili, joacă un rol important în menținerea, încurajarea sau facilitarea delictelor sexuale împotriva minorilor²¹.

Astfel, se poate remarca faptul că potrivit art. 9 al.1 lit. c) este incriminată chiar și simpla deținere de material pornografic cu minori, motivându-se că deținerea stimulează cererea individului pentru asemenea materiale și că lupta eficace împotriva pornografiei infantile trebuie să vizeze conduita fiecărui participant în lanțul producerii și distribuirii materialelor.

În ceea ce privește noțiunea de „minor”, definierea acesteia în raport cu vârsta de 18 ani corespunde noțiunii de „copil” definit de Convenția ONU asupra drepturilor copilului.

Titlul al IV-lea cuprinde sub denumirea de *Infrațiuni legate de încălcarea drepturilor de autor și a drepturilor conexe* o infrațiune purtând aceeași denumire. Astfel, art. 10 incriminează încălcări ale drepturilor de autor și a drepturilor conexe așa cum acestea au fost stabilite printr-o serie de tratate și convenții internaționale enumerate de textul Convenției.

Încălcările drepturilor de proprietate intelectuală, mai ales a drepturilor de autor, sunt printre cel mai des întâlnite acte ilicite desfășurate prin Internet. Reproducerea și răspândirea prin internet a operelor protejate fără acordul deținătorului de copyright, sunt extrem de frecvente. De aici necesitatea ca fiecare stat să includă în legislația penală națională dispoziții de incriminare a încălcării intenționate a drepturilor de autor și a drepturilor conexe, așa cum acestea sunt definite și recunoscute în sistemele naționale de drept, încălcări săvârșite prin intermediul sistemelor informatice.

Specific acestor infrațiuni este faptul că ele sunt comise „fără drept”. Includerea acestei cerințe reflectă ideea că aceste comportamente nu sunt prin ele însele pedepsibile și că în anumite situații sunt conforme cu legea sau

²¹ On-line (engl.) = aici, conexiunea în direct a doi sau mai mulți utilizatori printr-o rețea informatică.

justificate, nu numai în situațiile clasice: consimțământul victimei, legitima apărare, stare de necesitate etc. Există alte situații sau interese care duc la înlăturarea răspunderii penale pentru asemenea conduite. De aceea, textul Convenției lasă înafara incriminării activitățile emanând de la autoritatea statului în vederea menținerii ordinii publice, a protejării securității naționale sau pentru investigarea unor delictе.

De asemenea, se observă că toate aceste infracțiuni sunt săvârșite cu intenție. În unele cazuri, avem chiar o intenție calificată prin scopul expres cerut în incriminare. De pildă, art. 8 se referă la o fraudă în legătură cu utilizarea calculatorului, fraudă comisă în scopul procurării, pentru sine sau pentru altul, a unui avantaj de natură economică.

Creatorii Convenției au convenit însă ca noțiunea de „intenție” să fie lăsată la interpretarea fiecărui stat în parte.

Unele infracțiuni permit statelor să adauge circumstanțe în vederea completării incriminării²²; în alte cazuri este interzisă chiar posibilitatea de a face rezerve²³. Această abordare reflectă, pe de o parte, gravitatea unor fapte și necesitatea unui front comun în lupta statelor, iar pe de altă parte se recunoaște statelor posibilitatea de a adapta represiunea penală la circumstanțele și particularitățile naționale.

Titlul al V-lea reglementează unele probleme de drept penal general, referindu-se la tratamentul penal al tentativei și al participației penale, la răspunderea persoanei juridice, la sancțiuni și alte măsuri ce pot fi luate.

Art. 11 privește tentativa și participația sub forma complicității sau instigării.

Dacă în privința complicității sau instigării se impune obligativitatea incriminării actelor de participație penală și a sancționării potrivit reglementărilor naționale, prin pct. 2 al aceluiași articol se lasă la aprecierea statelor necesitatea incriminării tentativei la infracțiunile de la art. 3, 4, 5, 7, 8, 9 pct. 1 lit. a) și c) din Convenție.

În ceea ce privește alin. 2 și posibilitatea statelor de a face rezerve față de incriminarea tentativei, s-au avut în vedere diferențele existente cu privire la reglementarea tentativei în legislațiile naționale, urmărindu-se ca această Convenție să fie acceptată de un număr cât mai mare de state.

Art. 12 se referă la răspunderea persoanelor juridice, statutându-se necesitatea ca statele părți la Convenție să adopte măsuri legislative sau de altă natură astfel încât o persoană juridică să răspundă pentru o infracțiune dintre cele prevăzute în Convenție, infracțiune săvârșită în folosul ei de către o persoană fizică

²² De pildă, art. 4 al Convenției.

²³ Conform art. 40 și 42 ale Convenției.

acționând individual sau ca parte a unui organ al persoanei juridice, dacă acel individ deține o poziție de conducere în cadrul acesteia, bazată pe:

- a) puterea de a reprezenta persoana juridică;
- b) puterea de a lua hotărâri în numele persoanei juridice;
- c) dreptul de a efectua controale în interiorul persoanei juridice.

De asemenea, art. 12 prevede la pct. 2 luarea de măsuri ca persoana juridică să fie ținută să răspundă juridic și în situația în care comiterea acestor infracțiuni de către o persoană fizică aflată sub autoritatea persoanei juridice a fost posibilă ca urmare a lipsei de supraveghere sau control din partea uneia din persoanele arătate la pct. 1.

Răspunderea persoanei juridice poate fi de natură penală, civilă sau administrativă și nu afectează în nici un mod răspunderea penală a persoanei fizice ce a săvârșit infracțiunea.

În fine, art. 13 al Convenției se referă la pedepse și alte măsuri ce pot fi luate împotriva celor care săvârșesc infracțiuni informatice, aceste sancțiuni trebuind să fie efective, proporționale și descurajante. Acestea includ privarea de libertate pentru persoana fizică, respectiv sancțiuni pecuniare, pentru persoana juridică.

Secțiunea a II-a a Convenției reglementează unele aspecte de drept procesual ivite în legătură cu delictele informatice. Mai precis, se referă la anumite măsuri procesuale ce trebuie luate la nivel național în vederea urmării penale pentru infracțiunile descrise în secțiunea I a Convenției, a altor infracțiuni comise prin utilizarea unui sistem informatic, precum și măsuri privind ridicarea și conservarea probelor aflate în formă electronică atunci când s-a săvârșit o infracțiune.

Unul dintre cele mai importante obstacole în combaterea infracțiunilor săvârșite în spațiul cibernetic constă în dificultatea identificării răufăcătorului și evaluarea întinderii și efectelor actului criminal. O altă problemă majoră este legată de volatilitatea datelor informatice, date care pot fi șterse, alterate sau mutate cu ușurință și rapiditate.

Scopul Convenției este acela de a adapta dispozițiile procedurale „tradiționale” (cum ar fi cele referitoare la percheziție și la ridicarea de obiecte) la specificul infracțiunilor în domeniul informaticii. Suplimentar, se urmărește crearea unor instrumente procesuale care să poată permite autorităților să investigheze în mod eficient asemenea fapte.

După prevederea în art. 14 și art. 15 a unor dispoziții comune referitoare la obiectul reglementărilor procesuale și la obligativitatea introducerii unor condiții și garanții procesuale, Convenția face vorbire în patru titluri despre *Conservarea*

*rapidă a datelor informatice stocate*²⁴, despre *Obligarea unei persoane fizice sau juridice să pună la dispoziția organelor de anchetă date și informații legate de utilizarea propriilor sisteme informatice*²⁵, despre *Percheziția și ridicarea de bunuri*²⁶ și despre *Interceptarea datelor informatice*.

Cu privire la art. 19 – *Despre percheziție și ridicarea de bunuri* –, autorii Convenției au plecat de la ideea că toate legislațiile naționale prevăd dreptul de a face percheziții și a ridica bunuri, precum și limitele acestui drept. Având în vedere faptul că datele informatice nu sunt bunuri corporale, nu ar putea fi reținute ele însele alături de celelalte bunuri decât prin reținerea dispozitivelor, a mediilor de stocare a acestora. În al doilea rând, deși datele pot fi citite cu ajutorul unui calculator, reținerea datelor implică ridicarea mediului de stocare a acestuia (hard disk sau dischetă) sau dreptul de a face o copie a datelor fie prin printare, fie pe un alt suport informatic (de exemplu, copierea pe o altă dischetă). În al treilea rând, noțiunea de percheziție trebuie adaptată și posibilității ca datele informatice să nu se afle în sistemul informatic percheziționat ci, dată fiind interconexiunea sistemelor (rețelelor informatice), un anumit sistem să poată oferi acces la datele ce interesează cursul anchetei.

Toate aceste aspecte procedurale se cer a fi introduse de către fiecare din statele semnatare în legislațiile lor naționale, competențele propriilor autorități fiind limitate la teritoriul național.

Interceptarea datelor – art. 21 – se referă la obligația statelor de a lua astfel de măsuri încât, în cazul unor infracțiuni grave, să se acorde organelor competente puterea de a colecta sau înregistra, în timp util, ele însele sau prin furnizorii de servicii informatice ori cu asistența acestora datele informatice ale unor comunicări determinate, desfășurate în teritoriul național și transmise prin intermediul unui sistem informatic.

Secțiunea a III-a a acestui capitol se oprește asupra problemelor legate de jurisdicție, mai precis stabilește (în art. 22 – *Jurisdicția*) ca jurisdicția teritorială să acopere cel puțin infracțiunile săvârșite:

- a) pe acel teritoriu;
- b) la bordul unei nave a statului semnatar;
- c) la bordul unei aeronave a statului semnatar;
- d) de către un cetățean al său, dacă există dubla incriminare sau dacă fapta este comisă într-un teritoriu nesupus jurisdicției vreunui stat.

Observăm aplicarea principiului teritorialității (lit. a, b și c) și a principiului personalității legii penale.

²⁴ Engl. *Expedited preservation of stored computer data*.

²⁵ Engl. *Production order*.

²⁶ Engl. *Search and seizure of stored computer data*.

În situațiile când ar putea apărea un conflict de jurisdicții (art. 22 lit. b, c și d), statele pot stabili, de comun acord, care jurisdicție se va aplica, în vederea unei mai bune activități de tragere la răspundere penală.

Capitolul al III-lea al Convenției conține prevederi referitoare la cooperarea internațională, punct foarte important în eficientizarea luptei pentru prevenirea și combaterea criminalității informatice.

La baza acestei cooperări vor sta atât dispozițiile prezentei Convenții, cât și instrumentele juridice deja existente – acorduri bi- și multilaterale de cooperare în materie penală.

Art. 24 referindu-se la extrădare impune statelor ca infracțiunile din prezenta Convenție să fie incluse în lista celor pentru care se poate acorda extrădarea. În plus, se prevede regula generală a pedepsei de cel puțin 1 an închisoare ce poate fi aplicată făptuitorului pentru a se putea acorda extrădarea, excepție făcând cazul în care pedeapsa minimă în vederea extrădării este stabilită la un alt nivel prin tratate bilaterale sau multilaterale.

Convenția urmărește să acopere golurile din relațiile bilaterale ale statelor europene care ar împiedica extrădarea ca urmare a lipsei convențiilor bilaterale cu privire la extrădare²⁷.

În plus, odată cu semnarea sau depunerea instrumentelor de ratificare, statele sunt obligate să depună la Secretarul general al C.E. denumirea și adresele autorităților naționale competente pentru a formula, respectiv pentru a primi cererile de extrădare.

Art. 25 reglementează o serie de principii generale privind asistența juridică reciprocă în investigarea și urmărirea penală a celor ce comit infracțiuni informatice simplificând și urgentând această cooperare. Astfel, Convenția face posibil schimbul de informații între autoritățile statelor chiar prin telefon, fax sau alte modalități rapide de comunicare, sau chiar posibilitatea ca un stat, din proprie inițiativă și fără vreo cerere prealabilă să pună la dispoziție informațiile pe care le obține.

În vederea asistenței mutuale în materia criminalității informatice, statele vor desemna autoritatea națională ca centru al cooperării cu celelalte state, aceste autorități urmând a comunica direct unele cu altele.

În continuare, Convenția instituie instrumente juridice care să faciliteze asistența bilaterală în absența altor acorduri internaționale, confidențialitatea datelor transmise între părți, obținerea de date și conservarea acestora, date

²⁷ Unele state condiționează acordarea extrădării de existența unui acord bilateral cu statul sollicitant.

stocate pe teritoriul unui alt stat și necesare investigației desfășurate de un stat, conlucrarea în domeniul interceptării datelor, a supravegherii transmisiilor, a investigării infracțiunilor legate de utilizarea calculatoarelor.

Dispozițiile din acest capitol obligă statele ca, dincolo de adaptarea legislației și organizarea autorităților, care să mijlocească cooperarea interstatală în domeniul criminalității informatice, aceste state să dispună și de mijloacele tehnice și de personal calificat necesar pentru ducerea la îndeplinire a acestor sarcini.

Capitolul al IV-lea, capitol final, cuprinde unele clauze care, cu unele excepții, respectă procedura standard de elaborare și intrare în vigoare a Convențiilor încheiate sub egida Consiliului Europei²⁸.

Referindu-se la semnarea și intrarea în vigoare a Convenției, art. 36 precizează că aceasta va fi deschisă spre semnare²⁹ statelor care au participat la elaborarea ei, între acestea aflându-se și unele state din afara Consiliului Europei, cum sunt SUA, Canada, Japonia și Africa de Sud. Celelalte state o vor putea ratifica, accepta sau aproba.

Pentru intrarea în vigoare a Convenției este necesară ratificarea ei de cel puțin cinci state, din care cel puțin trei să fie state membre ale Consiliului Europei.

Odată cu depunerea instrumentelor sau odată cu semnarea Convenției, statul va specifica și teritoriul pe care înțelege să facă aplicarea dispozițiilor Convenției.

Art. 42 reglementează posibilitatea statelor de a face rezerve la dispozițiile Convenției, enumerarea articolelor vizate fiind strict limitativă, nici o altă rezervă nefiind admisă.

În cazul în care s-ar naște un diferend între state în legătură cu aplicarea dispozițiilor convenției (art. 43), Convenția recomandă acestora să aleagă negocierea sau o altă modalitate de soluționare amiabilă, să se supună unei curți arbitrale sau chiar Curții Internaționale de Justiție.

Convenția își propune, așadar, combaterea infracțiunilor săvârșite în legătură sau cu mijlocirea sistemelor informatice, formarea unui front comun al tuturor statelor europene, dar nu numai, pentru stăvilirea acestui fenomen infracțional care prin amploare și caracter transfrontalier le afectează în egală măsură.

²⁸ A se vedea. *Model final clauses for conventions and agreements concluded within the Council of Europe* – aprobate de Comitetul de Miniștri la a 315-a întrunire în februarie 1980.

²⁹ Convenția a fost deschisă spre semnare la data de 23.11.2001 la Budapesta, fiind semnată – până la data de 22.04.2002 – de 29 de state membre ale Consiliului Europei (inclusiv România) și de către 4 state din afara Europei – Canada, SUA, Japonia și Africa de Sud.

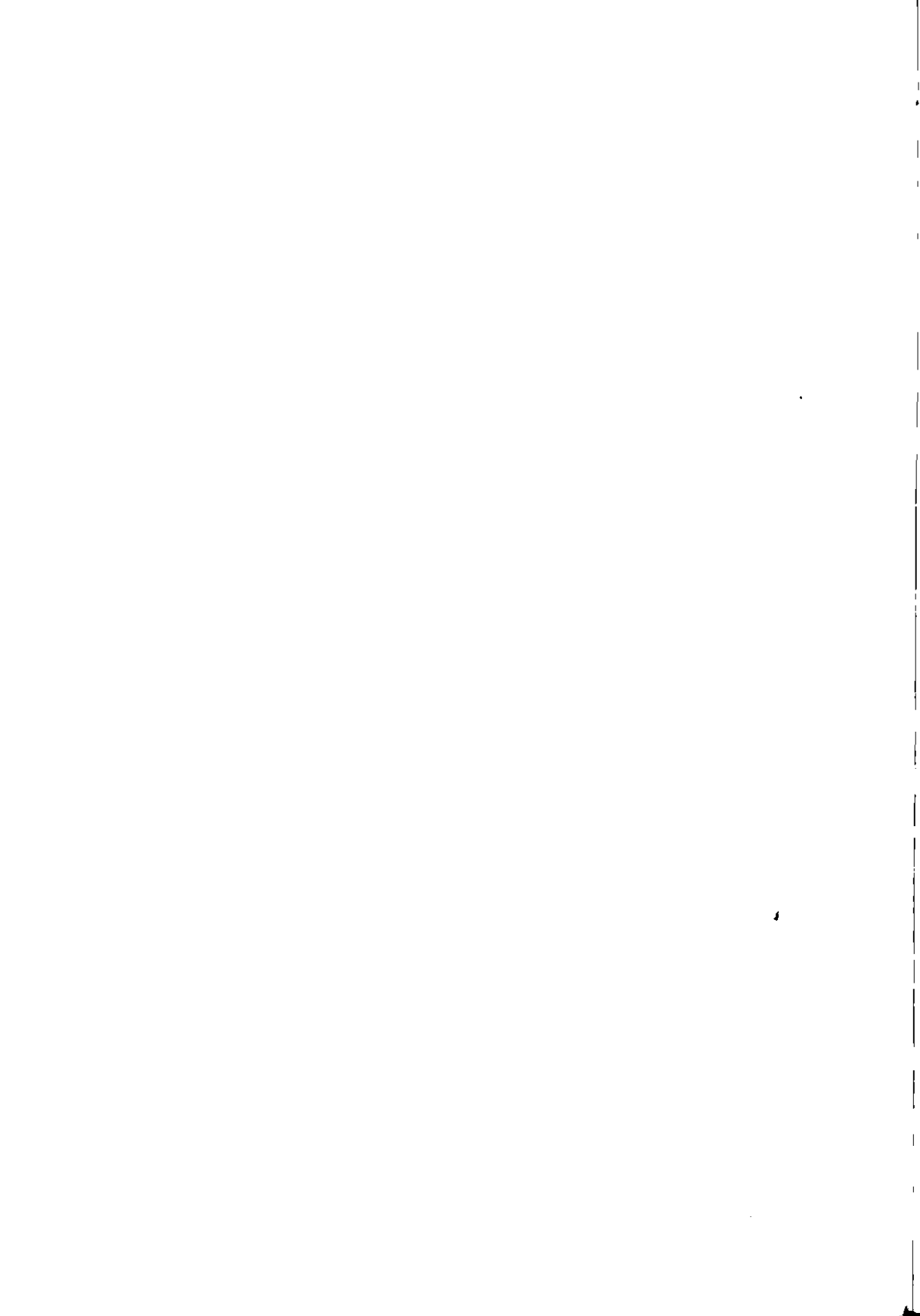
– Summary –

The Convention and its Explanatory Report have been adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe at its 109th Session (8 November 2001) and the Convention has been opened for signature in Budapest, on 23 November 2001.

In april 1997, by the decision of the Committee of Ministers of Council of Europe was set up the Committee of Experts on Crime in Cyberspace. Its task was to prepare the text on a Convention on cyber-crime. Between April 1997 and December 2000, the experts worked on the draft text of the Convention.

The convention aims principally at (a) harmonizing the domestic criminal substantive law in the field of cyber-crime; (b) creating the necessary criminal procedural law for investigating and prosecuting such crimes; (c) setting up a fast and effective regime of international cooperation.

That's why the Convention is structured in four chapters: (I) Use of terms; (II) Measures to be taken at domestic level – substantive and procedural law; (III) International cooperation; (IV) Final clauses.



Acte normative noi

REGLEMENTAREA ACTUALĂ PRIVIND PATRONATELE

SEPTIMIU PANAINTE

1. Preliminarii

În prezent, statutul juridic al organizațiilor patronale este reglementat de Legea nr. 356 din 10 iunie 2001 – legea patronatelor¹, act normativ prin care a fost expres abrogată H.G. nr. 503 din 26 iulie 1991 privind organizațiile patronale ale regiilor autonome și societăților comerciale cu capital integral de stat².

Această lege dă expresie dreptului la asociere consacrat de art. 37 din Constituție și nu are pretenția de a epuiza toate aspectele privitoare la înființarea și activitatea organizațiilor patronale. Astfel, cu privire la această materie, mai trebuie avute în vedere în mod deosebit și O.G. nr. 26 din 30 ianuarie 2000 cu privire la asociații și fundații³, Legea nr. 130/1996 privind contractul colectiv de muncă (republicată în M.Of. nr. 184 din 19 mai 1998) și Legea nr. 109 din 2 iulie 1997 privind organizarea și funcționarea Consiliului Economic și Social⁴. Deopotrivă, mai interesează și o serie de acte internaționale dintre care amintim doar Convențiile Organizației Internaționale a Muncii nr. 98/1949 privind aplicarea principiilor dreptului de organizare și negociere colectivă și nr. 54/1981 privind promovarea negocierii colective.

În acest context, Legea nr. 356/2001 își propune să reglementeze constituirea, organizarea, funcționarea, reorganizarea și dizolvarea patronatelor.

2. Noțiunea de patronate

Ab initio (art. 1 din Lege), legiuitorul a înțeles să definească patronatele precizându-le totodată natura juridică (*organizații ale patronilor, autonome, fără*

¹ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 380 din 12 iulie 2001. Legea a intrat în vigoare la data publicării.

² Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 175 din 26 august 1991 și nemodificată până la abrogare.

³ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 39 din 31 ianuarie 2000.

⁴ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 141 din 7 iulie 1997 și completată de Legea nr. 492 din 1 octombrie 2001 (aceasta din urmă publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 623 din 3 octombrie 2001).

caracter politic, înființate ca persoane juridice de drept privat, fără scop patrimonial). În consecință, după cum și ulterior se face trimitere în mod implicit (art. 6 al. 1) sau expres (art. 7 al. 2), reglementarea cadru este cea stabilită de O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații.

În mod riguros, în art. 2 se prevede că, în înțelesul acestei legi, patronul este *persoana juridică înmatriculată sau persoana fizică autorizată potrivit legii, care administrează și utilizează capital, indiferent de natura acestuia, în scopul obținerii de profit în condiții de concurență, și care angajează muncă salariată*. În acest fel, față de reglementarea anterioară (H.G. nr. 503/1991), s-a realizat o consacrare expresă a dreptului la asociere în patronate pentru o categorie mult mai largă de angajatori decât regiile autonome și societățile comerciale cu capital integral de stat. Totuși, cu toată evoluția reglementării, nu considerăm utilă această nouă limitare a sferei celor care se pot organiza în patronate numai la persoanele care desfășoară o activitate în scopul obținerii de profit. Dacă excluderea instituțiilor și autorităților publice apare justificată, nu vedem de ce persoanele juridice fără scop patrimonial nu s-ar putea organiza sau afilia în asemenea structuri asociative. De altfel, atât în literatura de specialitate⁵ cât și în Legea nr. 130/1996 (art. 1 al. 2) se propun și, respectiv, se folosesc definiții mai adecvate: patronul este persoana fizică sau persoana juridică care încadrează personal prin încheierea de contracte individuale de muncă (și care este parte la contractul colectiv de muncă).

3. Constituirea și organizarea patronatelor

Conform art. 3 din lege, patronatele se pot constitui pe activități economice și pot fi organizate pe secțiuni, diviziuni, ramuri și la nivel național. Pentru constituirea unui patronat este necesar, de regulă, un număr de cel puțin 15 persoane juridice înmatriculate sau persoane fizice autorizate potrivit legii. În mod excepțional, se pot constitui patronate și cu un număr de cel puțin 5 membri în ramurile în care aceștia dețin peste 70% din volumul producției.

Totodată, legiuitorul a prevăzut posibilitatea patronatelor de a-și constitui structuri organizatorice teritoriale proprii, cu sau fără personalitate juridică. Structurile organizatorice teritoriale fără personalitate juridică vor trebui să își desfășoare activitatea în baza statutului patronatului din care fac parte.

Pentru a se asigura necesara simetrie cu formele de asociere a sindicatelor, reglementate în capitolul 4 al Legii nr. 54 din 1 august 1991 cu privire la

⁵ A se vedea, spre exemplu, Șerban Beligrădeanu, Ion Traian Ștefănescu, *Dictionar de drept al muncii*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 124; Valer Dorneanu, *Introducere în dreptul muncii. Dreptul colectiv al muncii*, Editura Fundației „România de Măine”, București, 2000, p. 179.

sindicate⁶, și patronatele, la rândul lor, se pot constitui în uniuni, federații, confederații sau în alte structuri asociative. Astfel, două sau mai multe patronate pot constitui uniuni sau federații patronale, iar mai multe uniuni sau federații patronale se pot asocia în confederații patronale.

Rațiunea corelării modalităților de asociere în organizații sindicale și patronale este aceea de a asigura posibilitatea negocierii și încheierii contractelor colective de muncă la diferite niveluri, în condițiile de reprezentativitate prevăzute în capitolul al III-lea al Legii nr. 130/1996 privind contractul colectiv de muncă.

Tot cu privire la forme de asociere, al. 5 al art. 4 din Legea nr. 356/2001 prevede posibilitatea pentru confederațiile reprezentative la nivel național de a se constitui într-un organism de reprezentare a patronatelor, cu statut și regulament de organizare și funcționare proprii, pentru reprezentarea unitară a mișcării patronale la nivel național și internațional. După cum s-a precizat⁷, un asemenea organism – Instituția Patronatului Român – există încă din anul 1995, acest lucru făcând posibilă afilierea Patronatului Român la Organizația Internațională a Patronilor⁸.

Existența acestui organism de reprezentare a patronatelor nu afectează dreptul acestora din urmă de a se afilia în mod individual la organizații internaționale.

4. Statutul patronatelor

Modul de constituire, organizare, funcționare și dizolvare a unui patronat se reglementează prin statutul adoptat de către membrii săi, cu respectarea dispozițiilor legale.

Statutul organizației patronale trebuie să cuprindă, sub sancțiunea nulității, cel puțin următoarele elemente:

- a) denumirea patronatului, sediul principal și, după caz, structurile teritoriale proprii, cu sau fără personalitate juridică;
- b) obiectul de activitate și scopul;
- c) patrimoniul inițial, mărimea și compunerea acestuia, cotizațiile, precum și alte surse de finanțare legale;
- d) drepturile și obligațiile membrilor;
- e) organele de conducere;
- f) răspunderi;

⁶ Publicată în Monitorul Oficial. Partea I, nr. 164 din 7 august 1991.

⁷ Valer Dorneanu, *op.cit.*, p. 183.

⁸ Această organizație are statut de consultant permanent pe lângă Organizația Națiunilor Unite și Organizația Internațională a Muncii.

g) dizolvarea și lichidarea patronatului.

Cu privire la membrii aleși în organele de conducere ale patronatelor, legea prevede protecția acestora împotriva oricăror forme de discriminare, condiționare, constrângere sau limitare a exercitării funcțiilor lor⁹. De asemenea, prin art. 5 din Lege s-a instituit o incompatibilitate în sensul că nu pot face parte din aceste organe de conducere demnitarii și persoanele care dețin funcții de conducere în structurile administrației publice.

Sub un alt aspect, patronatele pot elabora și regulamente de organizare și funcționare proprii. În lipsa unor prevederi exprese derogatorii, considerăm că atât statutul cât și, eventual, aceste regulamente trebuie să respecte prevederile imperative ale O.G. nr. 26/2000 cu privire la: necesitatea dovedirii disponibilității denumirii, patrimoniul minim, necesitatea prevederii modalităților de dobândire și încetare a calității de membru, structura organelor organizației patronale, competențele minimale ale acestora, transmiterea patrimoniului în caz de dizolvare, constituirea în federații etc.

Spre deosebire de patronate, trebuie observat că, în conformitate cu prevederile art. 1 al. 3 din ordonanța mai sus arătată, sindicatele nu intră sub incidența acesteia.

De asemenea, conform art. 7 al. 2 din lege, personalitatea juridică a patronatului se dobândește potrivit O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații; cererea de acordare a personalității juridice va fi însoțită de procesul verbal de constituire (elaborat cu respectarea, sub aspectul conținutului, a dispozițiilor art. 6 al. 2 din ordonanță), statutul autentificat, tabelul cuprinzând adeziunile, dovada existenței sediului și a mijloacelor financiare necesare în vederea desfășurării activității.

Conform prevederilor aceleiași ordonanțe la care face trimitere textul Legii nr. 356/2001, personalitatea juridică este dobândită la data înscrierii structurii asociative în Registrul asociațiilor și fundațiilor aflat la grefa judecătoriei în a cărei circumscripție urmează să-și aibă sediul. În cazul federațiilor, cererea de înscriere se depune la tribunal, urmându-se, sub aspectul determinării competenței teritoriale, regula de mai sus (art. 35 din ordonanță).

De remarcat este faptul că nu este prevăzută crearea unui registru special în care să fie înscrise patronatele, așa cum s-a statuat pentru sindicate (art. 18 din Legea nr. 54/1991).

În fine, precizăm că articolul final al Legii nr. 356/2000 impune ca, în termen de 6 luni de la data publicării, patronatele care până la data respectivă au

⁹ O dispoziție asemănătoare regăsim și în art. 10 din Legea nr. 54/1991 cu privire la sindicate.

dobândit personalitate juridică să depună la instanța de judecată competentă noul statut în concordanță cu prevederile legii. Nerespectarea acestui termen determină, începând cu ziua următoare expirării, suspendarea dreptului de reprezentare.

5. Drepturile și obligațiile patronatelor

Legiuitorul a înțeles să precizeze rațiunea întru realizarea căreia se pot înființa organizațiile patronale. Astfel, patronatele reprezintă, susțin și apără interesele membrilor lor în relațiile cu autoritățile publice, cu sindicatele și cu alte persoane juridice și fizice, în raport cu obiectul și scopul lor de activitate, atât în plan național, cât și internațional, potrivit propriilor statute și în acord cu prevederile legii.

În vederea realizării scopului pentru care sunt înființate, patronatele:

a) reprezintă, promovează, susțin și apără interesele economice, tehnice și juridice ale membrilor lor;

b) activează pentru deplina libertate de acțiune a patronilor în scopul dezvoltării și eficientizării activității acestora;

c) promovează concurența loială, în condițiile legii, în scopul asigurării de șanse egale fiecăruia dintre membrii lor;

d) sunt consultate de Guvern la inițierea, elaborarea și promovarea programelor de dezvoltare, restructurare, privatizare, lichidare, cooperare economică și participă în structurile de coordonare și gestionare a programelor cu Uniunea Europeană;

e) desemnează, în condițiile legii, reprezentanți la negocierea și încheierea contractelor colective de muncă, la alte tratative și acorduri în relațiile cu autoritățile publice și cu sindicatele, precum și în structurile tripartite de conducere și de dialog social.

De asemenea, patronatele asigură pentru membrii lor informații, facilitarea de relații între aceștia, precum și cu alte organizații, promovarea progresului managerial, servicii de consultanță și asistență de specialitate, inclusiv în domeniul formării forței de muncă. Într-o formulare generală, organizațiile patronale sunt abilitate să asigure orice alte servicii cerute de membrii lor, cu respectarea legii.

Conform legii (art. 9), la elaborarea proiectelor de acte normative privind activitățile patronale, inițiatorii sunt obligați să solicite în prealabil avizul consultativ scris și motivat al structurilor patronale reprezentative. Totodată, patronatele pot adresa autorităților publice competente propuneri de legiferare în domeniile de interes patronal (art. 13).

Independența acestor organizații este asigurată și prin aceea că elaborarea statutelor, a regulamentelor de organizare și funcționare, alegerea organelor de conducere, organizarea gestiunii și a activității sunt atribute proprii patronatelor (art. 12 al. 1).

6. Patrimoniul și finanțarea activității patronatelor

Patronatele pot dobândi, în condițiile prevăzute de lege, cu titlu gratuit sau oneros, orice fel de bunuri mobile sau imobile necesare în vederea realizării scopului pentru care au fost înființate. Fiind persoane juridice fără scop patrimonial, patronatele pot folosi aceste bunuri numai în interes propriu și potrivit scopului propus.

Potrivit art. 17 din lege, activitatea economico-financiară a patronatelor se desfășoară potrivit bugetului propriu de venituri și cheltuieli.

Cu titlu exemplificativ, legea enumeră următoarele surse de venituri ale patronatelor: taxe de înscriere, cotizații, contribuții pentru fondul destinat negocierii contractelor colective de muncă și activității specifice, donații, sponsorizări. Dintre acestea, taxa de înscriere, cotizațiile și contribuțiile pentru fondul destinat negocierii contractului colectiv de muncă se înregistrează în contabilitate la capitolul cheltuieli deductibile din punct de vedere fiscal.

Veniturile patronatelor, fiind destinate realizării scopurilor pentru care au fost înființate, nu pot fi repartizate membrilor acestora.

În mod special, în condițiile legii și ale statutului, patronatele pot:

- a) să acorde ajutor și credit mutual membrilor săi;
- b) să editeze și să tipărească publicații proprii;
- c) să înființeze și să administreze, în interesul membrilor săi, unități de cultură, învățământ și cercetare în domeniul activității patronale, unități economico-sociale, comerciale, precum și bancă proprie pentru operațiuni financiare în lei și în valută¹⁰.

În considerarea importanței și complexității atribuțiilor lor, confederațiile și federațiile patronale reprezentative pot primi în locație, pe baza unei cereri motivate, imobile sau spații din fondul locativ de stat, pe care le vor folosi ca sedii și pentru care vor plăti chirie calculată potrivit dispozițiilor privitoare la locuințe. Pentru construirea de sedii proprii, confederațiile și federațiile patronale reprezentative pot primi în concesiune sau cu chirie terenuri din proprietatea privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale. Închirierea sau concesiunea se face prin act administrativ emis de autoritatea competentă.

¹⁰ Prevederi asemănătoare există în art. 25 din Legea nr. 54/1991 cu privire la sindicate.

7. Reorganizarea și dizolvarea patronatelor

În cazul reorganizării unui patronat, situația patrimoniului va fi soluționată de organele de conducere ale acestuia ori, în caz de divergență, de către instanța de judecată competentă, potrivit legii.

Cazurile și modalitățile de dizolvare, sunt prevăzute de art. 55 și următoarele din O.G. nr. 26/2000. În cazul dizolvării unui patronat patrimoniul acestuia se împarte cu respectarea prevederilor statutului și ale dreptului comun în materie¹¹.

În termen de 15 zile de la dizolvare, conducătorul patronatului sau lichidatorii patrimoniului este obligat să solicite instanței judecătorești competente să facă mențiunea dizolvării. După expirarea termenului, operarea acestei mențiuni poate fi solicitată de către orice persoană interesată.

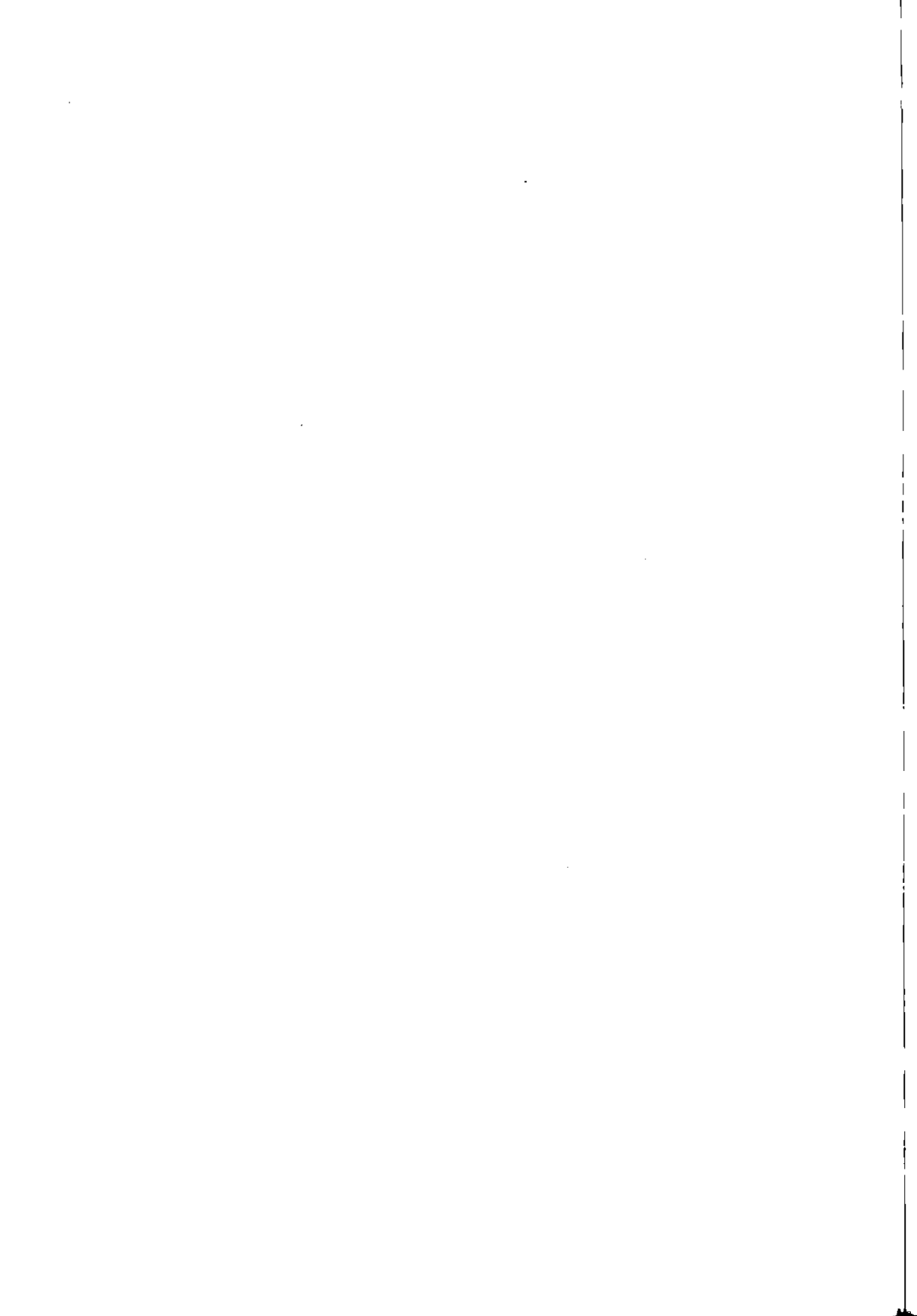
The present regulation of the employers organisation

– Resume –

The article shortly presents the new Romanian regulation of the employers organisations (Law no. 356/2001), that was adopted at ten years after the law of the trade-union organisations.

This new regulation refers strictly to the constitution, to the structure and the functioning, and to the reorganisation and dissolution of the employers organisations. It is to be remarked that this is the most important regulation concerning the employers activities, that is completed with the general regulation referring to the non-governmental organisation (the Governmental Ordinance no. 26/2000) and with other special regulations, such as the Law no. 130/1996, concerning the collective conventions.

¹¹ În special trebuie avute în vedere dispozițiile art. 60 din O.G. nr. 26/2000.



REGLEMENTAREA CONCURENȚEI NELOIALE PRIN LEGEA NR. 298/2001¹

LUCIA ICHIMESCU

Problema concurenței, incluzând și pe cea a concurenței neloiale, a format și formează, în mod evident, una dintre preocupările legiuitorului.

Constituția consacră, prin art. 134 alin. 1, caracterul de piață al economiei României, iar potrivit alin. 2 statul trebuie să asigure libertatea comerțului, protecția concurenței loiale și crearea cadrului favorabil pentru valorificarea factorilor de producție. Prin urmare, concurența este generată de realitățile economice.

În condițiile în care libera concurență este inseparabilă de economia de piață, se impune perfecționarea unui cadru legislativ corespunzător, care să permită asigurarea unei competiții libere între agenții economici care exercită aceeași activitate sau activități similare.

Cadrul legal trebuie să permită și să asigure desfășurarea unei concurențe normale și loiale, să reprime practicile neonestе, să preîntâmpine exercițiul abuziv și excesiv al concurenței.

Legea privind combaterea concurenței neloiale consacră, în art. 1, regula potrivit căreia „comercianții sunt obligați să-și exercite activitatea cu bună-credință, potrivit uzanțelor cinstite, cu respectarea intereselor consumatorilor și a cerințelor concurenței loiale”.

Aceste dispoziții concordă cu cele constituționale (art. 54) potrivit cărora cetățenii români, cetățenii străini și apatrizii trebuie să-și exercite drepturile și libertățile cu bună-credință, fără să încalce drepturile și libertățile celorlalți.

Pe de altă parte, legea cere ca exercitarea activităților care atrag după ele și o competiție să se facă potrivit „uzanțelor cinstite”. În acest sens, legiuitorul român se aliniază reglementărilor Convenției Uniunii de la Paris din 20 martie 1883 pentru protecția proprietății industriale, în forma revizuită la Stockholm la 14 iulie 1967².

¹ Legea nr. 298/2001 pentru modificarea și completarea Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, publicată în M.Of. nr. 313 din 12 iunie 2001.

² Ratificată de România prin Decretul nr. 1177/1968 publicat în „Buletinul oficial”, I, nr. 1 din 6 ianuarie 1969.

Potrivit art. 10 bis din această Convenție, constituie act de concurență neloială „orice act contrar practicilor cinstite în materie industrială sau comercială”.

Totodată, comercianții trebuie să țină cont în desfășurarea activităților lor „de interesele consumatorilor și de cerințele concurenței loiale”.

Legea nr. 298/2001 cuprinde exigențe noi față de vechea reglementare, în sensul că urmărește protejarea intereselor consumatorilor, utilizatorii finali, în absența cărora comerțul nu și-ar justifica existența.

Publicitatea comercială înșelătoare³, comparativă⁴, inoportună⁵ și șocantă⁶, ca formă a concurenței neloiale, afectează consumatorul într-o măsură mai mare decât alte acte de concurență neonestă⁷.

Noua reglementare în materia concurenței neloiale completează dispozițiile Legii nr. 11/1991, în sensul că prin art. 1¹ stabilește că este contrară uzanțelor comerciale cinstite „utilizarea în mod neloial a secretelor comerciale ale unui comerciant prin practici de genul neexecutării unilaterale a contractului sau utilizării unor practici neloiale, abuzului de încredere, incitării la delict și achiziționării de secrete comerciale de către terții care cunoșteau că respectiva achiziție implică astfel de practici, de natură să afecteze poziția comercianților concurenței de piață.

Legea nr. 11/1991 ne explică ce trebuie înțeles prin acte și fapte contrare uzanțelor comerciale cinstite în activitatea comercială și industrială. Din economia Legii nr. 11/1991 trebuia reținut că întrecerea dintre comercianți este licită atât timp cât ea se exercită în limitele legii. Dar stabilirea limitei în care

³ Publicitatea comercială înșelătoare este aceea care induce în eroare sau este susceptibilă să inducă în eroare concurenții și consumatorii și poate privi indicațiile inexacte referitoare la natura și calitățile produselor, la prețurile lor, indicații false cu privire la vechimea întreprinderii, la distincții pentru produsele sale (vezi Yolanda Eminescu, *Concurența nelegală. Drept român și comparat*, Ed. Lumina Lex, București, 1993, p. 91).

⁴ Publicitatea comparativă constă în confruntarea prețurilor și calității a două produse similare, aparținând unor agenți economici distincți, care tinde să discrediteze produsele concurentului și să prezinte propriile produse într-o lumină mai favorabilă decât însușirile reale ale acestora (vezi Y. Eminescu, *op.cit.*, p. 80).

⁵ Publicitatea inoportună constă în racolajul clienților și expedierea de mărfuri necomandate la diferite destinații (vezi Y. Eminescu, *op.cit.*, p. 97).

⁶ Publicitatea șocantă este aceea care suprimă puterea de decizie a consumatorului și poate îmbrăca forma publicității clandestine (subliminală), camuflate, indirecte și sentimentale (vezi Decizia nr. 105/1993 a C.N.A. pentru aprobarea Normelor obligatorii privind realizarea publicității în cadrul programelor audiovizuale radiodifuzate sau distribuite prin cablu, publicată în M.O.I., partea I, nr. 197 din 19 august 1993, art. 3).

⁷ Carmen Tamara Ungureanu, *Drept internațional privat. Protecția consumatorilor și răspunderea pentru produsele nocive*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 98.

concurența permisă de lege încetează revenea magistratului sesizat pentru sancționarea comerciantului care a desfășurat activități neonest⁸.

Legea nr. 298/2001 completează lacunele din vechea reglementare precizând ce trebuie înțeles prin uzanțe comerciale cinstite.

Totodată, introduce o noțiune nouă și anume aceea de „secret comercial”. În lumina dispozițiilor art. 1¹ lit. b, secretul comercial constă în informația care în totalitate sau în conexarea exactă a elementelor acestuia, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care, se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, iar deținătorul a luat măsuri rezonabile, ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret. Atât timp cât condițiile enumerate mai sus sunt respectate, secretul comercial este protejat.

Însă cel care apreciază în ce măsură deținătorul informației a luat măsurile rezonabile pentru păstrarea secretului comercial și care analizează circumstanțele care permit menținerea informației în regim „de secret” este magistratul.

Art. 2 circumscrie în sfera concurenței neloiale „orice act sau fapt contrar uzanțelor cinstite în activitatea industrială și de comercializare a produselor, de execuție a lucrărilor, precum și de efectuare a prestărilor de servicii”.

Se extinde astfel sfera actelor și faptelor de concurență neloială și asupra executării lucrărilor și prestărilor de servicii, acoperind lacunele legislative privind concurența neloială în aceste domenii de activitate.

În art. 4 și următoarele legiuitorul detaliază actele și faptele de concurență care constituie contravenții sau infracțiuni. Sfera actelor sau faptelor de concurență neloială care constituie contravenții este completată cu acelea care constau în „divulgarea, achiziționarea sau folosirea unui secret comercial de către un comerciant” (art. 4 lit. b).

Legea nr. 298/2001 califică drept contravenții acte de concurență neloială precum denigrarea⁹ (art. 4 lit. e), publicitatea mincinoasă¹⁰ (art. 4 lit. d), dezorganizarea întreprinderii rivale¹¹ (lit. a. f. b), deturnarea clientelei unui

⁸ Curtea de Casație III. dec. nr. 449/1926 în *Repertoriu decenal al Pandectelor române 1922-1931*, p. 112.

⁹ Denigrarea constă în comunicarea sau răspândirea de afirmații depreciative sau comparative făcute de un agent economic agresiv în detrimentul unui competitor de pe piață, în scopul de a-i știrbi reputația sau a-i discredită întreprinderea sau produsele (vezi Octavian Căpătână, *Dreptul concurenței comerciale. Concurența onestă*, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 183).

¹⁰ Publicitatea mincinoasă este actul unui comerciant care, pentru a-și ameliora poziția în raporturile de concurență, face afirmații contrare adevărului cu privire la persoana, întreprinderea, produsele sau serviciile sale (vezi Y. Eminescu, *op.cit.*, p. 80).

¹¹ Dezorganizarea întreprinderii rivale presupune destabilizarea funcțională a întreprinderii rivalului lezat. Modalitățile de dezorganizare a întreprinderii rivale pot consta în spionaj economic.

comerciant prin folosirea legăturilor stabilite cu această clientelă în cadrul funcției deținute anterior la acel comerciant (lit. g), acapararea agresivă a clientului (lit. c).

Dispozițiile legale interzic încheierea de contracte prin care un comerciant asigură predarea unei mărfi sau executarea unei prestații în mod avantajos, cu condiția aducerii de către client a altor cumpărători cu care comerciantul ar urma să încheie contracte asemănătoare.

Legea nr. 298/2001 incriminează actele și faptele de concurență neloială în art. 5.

Potrivit art. 5 constituie infracțiune următoarele acte sau fapte de concurență neloială:

a) folosirea unei firme, invenții, mărci, indicații geografice, unui desen sau model industrial, unor tipografii ale unui circuit integrat, unei embleme sau a unui ambalaj de natură să producă confuzie cu cele folosite legitim de alt comerciant;

b) punerea în circulație de mărfuri contrafăcute și/sau pirat, a căror comercializare aduce atingere titularului mărcii și induce în eroare consumatorul asupra calității produsului/serviciului;

c) folosirea în scop comercial a rezultatelor unor experimentări a căror obținere a necesitat un efort considerabil sau a altor informații secrete în legătură cu acestea, transmise autorităților competente în scopul obținerii autorizațiilor de comercializare a produselor farmaceutice sau a produselor chimice destinate agriculturii, care conțin compuși chimici noi;

d) divulgarea unor informații prevăzute la lit. c), cu excepția situațiilor în care dezvăluirea acestor informații este necesară pentru protecția publicului sau cu excepția cazului în care s-au luat măsuri pentru a se asigura că informațiile sunt protejate contra exploatării neloiale în comerț, dacă aceste informații provin de la autoritățile competente;

e) divulgarea, achiziționarea sau utilizarea secretului comercial de către terți, fără consimțământul deținătorului său legitim, ca rezultat al unei acțiuni de spionaj comercial sau industrial;

f) divulgarea sau folosirea secretelor comerciale de către persoane aparținând autorităților publice, precum și de către persoane imputernicite de deținătorii legitimi ai acestor secrete pentru a-i reprezenta în fața autorităților publice;

g) producerea în orice mod, importul, exportul, depozitarea, oferirea spre vânzare sau vânzarea unor mărfuri/servicii purtând mențiuni false privind brevetele de invenții, mărcile, indicațiile geografice, desenele sau modelele

materializat în deconspirarea și exploatarea de către agentul economic agresiv a secretelor de producție sau gestiune a rivalului de pe piață: coruperea întreprinderii rivale (vezi O. Căpățână, *op.cit.*, p. 184).

industriale, topografiile de circuite integrate, alte tipuri de proprietate intelectuală cum ar fi aspectul exterior al firmei, designul vitrinelor sau cel vestimentar al personalului, mijloacele publicitare sau alte asemenea, originea și caracteristicile mărfurilor, precum și cu privire la numele producătorului sau al comerciantului, în scopul de a-i induce în eroare pe ceilalți comercianți și pe beneficiari.

Prin mențiuni false asupra originii mărfurilor, în sensul alin. 1 lit. g), se înțelege orice indicații de natură a face să se creadă că mărfurile au fost produse într-o anumită localitate, într-un anumit teritoriu sau într-un anumit stat. Nu se socotește mențiune falsă asupra originii mărfurilor denumirea unui produs al cărui nume a devenit generic și indică în comerț numai natura lui, în afară de cazul în care denumirea este însoțită de o mențiune care ar putea face să se creadă că are acea origine.

O remarcă despre noua reglementare constă în faptul că actele și faptele de concurență neloială incriminate sunt mai numeroase și prezentate mai detaliat decât vechea reglementare.

O alta constă în aceea că sesizarea este lăsată la latitudinea părții vătămate, camerei de comerț și industriei teritoriale, dar și la aceea a persoanelor împuternicite de Oficiul Concurenței. Oficiul Concurenței va avea puterile de investigație prevăzute de art. 39-46 din Legea concurenței nr. 21/1996.

Potrivit dispozițiilor art. 44 din Legea nr. 21/1996, acțiunea penală se pune în mișcare la sesizarea Consiliului Concurenței, urmărirea penală se face de organele de poliție, investirea instanței se face prin rechizitoriul procurorului de la parchetul de pe lângă tribunal, iar judecata în primă instanță revine tribunalului în circumscripția căruia s-a comis fapta.

În cazul contravențiilor, acestea se constată tot la sesizarea părții vătămate, a camerelor de comerț și industrie sau din oficiu, de către personalul de control împuternicit în acest scop de Oficiul Concurenței (art. 4 alin. 4).

În cazurile de concurență neloială ce afectează în mod semnificativ funcționarea concurenței pe piața relevantă afectată, Oficiul Concurenței va sesiza Oficiul pentru soluționarea cazului în conformitate cu dispozițiile Legii concurenței nr. 21/1996 (art. 4 alin. 5).

Oficiul Concurenței va transmite camerelor de comerț și industrie teritoriale actele de decizie adoptate pentru cazurile de concurență neloială care constituie contravenție (art. 4 alin. 6).

Din cuprinsul Legii nr. 298/2001 reiese că acțiunile izvorâte dintr-un act de concurență neloială sunt, potrivit art. 7 alin. 1, de competența tribunalului locului săvârșirii faptei sau în a cărui rază teritorială se găsește sediul pârâtului sau inculpatului.

Se observă că legea consacră o competență materială pentru judecarea acțiunii în concurență neloială, care revine în primă instanță tribunalului și o competență teritorială alternativă.

Dreptul la acțiune în concurență neloială se prescrie în termen de 1 an de la data la care păgubitul a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască dauna și pe cel care a cauzat-o, dar nu mai târziu de 3 ani de la data săvârșirii faptei.

Calitate procesuală activă are comerciantul lezat de actele de concurență neloială. În ceea ce privește consumatorul, acesta nu poate avea calitate procesuală activă, întrucât el nu poate cere despăgubiri pentru prejudicii indirecte. Chiar dacă decizia consumatorului de achiziționare a unui produs defectuos a fost alterată printr-un act de concurență neloială, autorul nu poate fi tras la răspundere față de consumator, întrucât nu există un raport de cauzalitate între prejudiciu și actul de concurență neloială¹².

În schimb, legitimare procesuală activă pot avea asociațiile pentru protecția consumatorilor¹³.

Calitate procesuală pasivă are autorul comportamentului neloial. El poate răspunde și solidar, în calitate de comitet, pentru faptele de concurență neloială săvârșite de presupusul său. Răspunderea se va antrena în condițiile art. 1000 alin. 3 Cod Civil și ale art. 9 alin. 2 din Legea nr. 298/2001. Dacă fapta a fost săvârșită de un salariat în cursul exercitării atribuțiilor sale de serviciu, comerciantul va răspunde solidar cu salariatul pentru pagubele pricinuite, afară de cazul în care va putea dovedi că, potrivit uzanțelor, nu era în măsură să prevină combaterea faptei.

Nici legea nouă nu explică ce se înțelege prin „uzanțe”, lăsând la aprecierea judecătorului să stabilească, pe baza probelor administrate în cursul procesului.

Prin urmare, alături de răspunderea contravențională și penală, se mai poate antrena și o răspundere civilă atunci când vreuna din faptele de concurență neloială cauzează daune materiale sau morale. În asemenea situații, cel prejudiciat se poate adresa instanței cu acțiune în răspundere civilă delictuală.

Fundamentul acțiunii în concurență neloială este același de la răspunderea civilă delictuală art. 998 Cod Civil și următoarele și implică îndeplinirea cumulativă a condițiilor generale din materia răspunderii civile delictuale și anume: fapta ilicită, prejudiciul, culpa autorului și raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu¹⁴.

¹² Carmen Tamara Ungureanu. *op.cit.*, p. 98.

¹³ Prin Ordonanța nr. 2/1992 privind protecția consumatorilor publicată în M.Of. al României nr. 212 din 28 august 1992 și aprobată prin Legea nr. 11/1994 publicată în M. Of. al României nr. 65 din 14 martie 1994.

¹⁴ Constantin Stătescu, Corneliu Bârsan. *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*. Ed. All. București, 1999.

Persoana care săvârșește un act de concurență neloială va fi obligată să înceteze sau să înlăture actul, să restituie documentele confidențiale însușite în mod ilicit de la deținătorul lor legitim și, după caz, să plătească despăgubiri pentru daunele pricinuite (art. 6).

Potrivit art. 11 din lege, o dată cu condamnarea ori obligarea la încetarea faptei ilicite sau repararea daunei, instanța poate obliga la publicarea hotărârii, în presă, pe cheltuiala făptuitorului.

Prin aceste reglementări, legea română privind combaterea concurenței neloiale este în consonanță cu legislațiile europene¹⁵ care consacră posibilitatea persoanei lezate de actele de concurență neloială de a cere judecătorului să publice hotărârea sau să o comunice terților.

De obicei, solicitarea publicării hotărârii însoțește cererea principală privind încetarea sau înlăturarea faptei de concurență neloială, dar poate fi făcută și separat.

Legea nr. 298/2001 cuprinde reglementări menite să combată o concurență neloială în activitatea industrială și de comercializare a produselor și să asigure o competiție licită între agenții economici, care produc aceleași tipuri de bunuri, efectuează același tip de lucrări sau prestează același fel de servicii.

Principala preocupare a competitorilor ar trebui să fie aceea de atrage clientela, prin avantaje de genul preț și calitate și de a-i elimina de pe piață pe aceea care se abat de la acești parametri.

La loi no. 298/2001 va supprimer la concurrence déloyale

– Résumé –

Le problème de la concurrence, et surtout celui de la concurrence déloyale, a toujours constitué et constitue encore une des préoccupations du législateur.

La Constitution consacre le caractère de marché de l'économie de la Roumanie, ainsi que la liberté du commerce, la protection de la concurrence loyale et la garantie d'un cadre favorable pour la valorisation des facteurs de production. Par conséquent, la concurrence est l'effet des réalités économiques.

Vu que la libre concurrence et l'économie du marché sont inséparables, il s'impose la perfection d'un cadre législatif qui convienne, qui puisse assurer une compétition libre entre les agents économiques qui exercent les mêmes activités ou des activités pareilles.

¹⁵ Legea germană contra concurenței neloiale din 7 iunie 1909; Legea elvețiană contra concurenței neloiale din 19 decembrie 1986; Legea spaniolă privind concurența neloială din 10 ianuarie 1991.

Le cadre légal doit permettre et garantir une concurrence normale et loyale, réprimer les procédés déloyaux, prévenir l'exercice abusif et excessif de la concurrence. La nouvelle réglementation concernant la concurrence déloyale apporte des additions, contenant de nouvelles exigences, aux dispositions de la loi no. 11/1991. Ces additions ont comme principal but la protection des intérêts des consommateurs, des utilisateurs finals, dans l'absence desquels le commerce ne justifierait pas son existence.

La loi no. 298/2001 contient des réglementations destinées à combattre une concurrence déloyale dans le cadre de l'activité industrielle et de la commercialisation des produits finis, et à assurer une compétition licite entre les agents économiques, qui produisent la même sorte de biens, qui effectuent la même sorte de travaux ou fournissent la même sorte de services.

La principale préoccupation des compétiteurs devrait être celle d'attirer la clientèle par des avantages comme le prix et la qualité, et un autre objectif serait d'éliminer la concurrence qui ne correspond pas à ses paramètres.

Tenant compte de ses réglementations, la loi roumaine concernant la concurrence déloyale se rallie aux législations européennes.

GHEORGHE ZANE – JURISTUL ȘI ECONOMISTUL

IONEL BOSTAN și CODRIN MACOVEI

Astăzi, întâlnim tot mai mult aprecierea că, în pregătirea juridică universitară, includerea (și a) unor discipline din trunchiul științelor economice este de cea mai mare importanță. Aceasta cu atât mai mult cu cât în procesul de tranziție și, apoi, în cadrul economiei de piață (desăvârșite, spre care se tind), apare un nou tip de relații a cărei înțelegere este mult facilitată de stăpânirea cunoștințelor economice. Un mare număr de absolvenți ai Facultății de Drept urmează să activeze în domenii de confluență a dreptului cu economia. Problemele de factură economică (comerciale, financiare, bancare etc.) intră tot mai mult sub incidența preocupărilor avocatului și magistratului. Aceste lucruri au fost sesizate, în profunzimea lor, din primii ani ai perioadei interbelice, de ilustrul jurist și economist Gheorghe Zane, căruia, timp de aproape un sfert de veac, i-a revenit misiunea predării disciplinelor cu caracter economic la Facultatea de Drept a Universității ieșene. Așa cum atestă bibliografia studiată, s-a achitat de această misiune în chip strălucit, depunând pasiune și dăruire remarcabile. Din acest motiv, consacram rândurile ce urmează figurii ilustre a profesorului Gheorghe Zane, oprindu-ne asupra perioadei în care a activat la Universitatea din Iași (1921 – 1945).

Gheorghe Zane s-a născut la Galați, la 11 aprilie 1897, unde a absolvit și liceul, iar apoi urmează cursurile Facultății de Drept a Universității din Iași, luându-și licența, în 1920, după participarea ca voluntar în primul război mondial¹.

Carierea didactică și-o începe în 1921, cu un curs de Economie Politică la Secția de științe agricole a aceleiași universități.

În 1923 își dă doctoratul la Facultatea de Drept din București, specialitatea științe economice, cu teza intitulată Metode și sisteme contemporane în teoria valorii economice.

¹ Daniela Poenaru, în *Gheorghe Zane. Memorii*, Ed. Expert, București, 1997, p. 275 și urm.

În 1924 este numit conferențiar, menținându-și specialitatea (economie politică), iar din 1929 devine profesor titular la Catedra de istoria doctrinelor economice a universității ieșene.

Concomitent cu activitatea didactică, desfășoară o prodigioasă activitate publicistică, iar o perioadă (din 1926) îndeplinește și funcția de bibliotecar la Biblioteca Universității.

După cel de-al doilea război mondial, profesorul Gheorghe Zane s-a transferat la Universitatea Politehnică București, unde a fost titularul disciplinei de Economie politică și raționalizare (1945 – 1948).

În anii ce au urmat, a activat la Institutul de Istorie „N. Iorga” și la Institutul de Cercetări Economice al Academiei. În 1965 a fost ales membru corespondent al Academiei Române, iar din 1974 devine membru titular. Din nefericire, după patru ani, în 1978, se stinge din viață.

În lașii anilor '20 ai secolului trecut, începe să se afirme, în egală măsură pe scena universitară și cea culturală², cel care mai târziu să fie cunoscut drept profesorul universitar doctor Gheorghe Zane.

A ajuns la Iași din dorința de a urma aici Facultatea de Drept. Absolvent strălucit al acesteia, își ia licența în anul 1920, după care este cooptat pentru activitatea la catedră.

Tot acum începe colaborarea fructuoasă în plan publicistic, punându-și semnătura pe valoroase articole și studii, în aceleași pagini în care semnează alți distinși colaboratori: C. Stere, Gr. Scorpan, Radu Cernătescu, dr. Gr. Popa ș.a.

Îndrăgostit de Iași, Gh. Zane își mărturisește în repetate rânduri marea lui afecțiune pentru orașul care l-a adoptat. „Nu sunt sentimente izvorâte numai din faptul că acesta este orașul unde el s-a afirmat, s-a realizat, unde, cum o și spune, a fost fericit. Iașul a reprezentat un rol intelectual și moral aparte în dezvoltarea culturii noastre. Dacă se va scrie odată o istorie a intelectualității române [...], aportul Iașilor va depăși orice pondere aritmetică, oricare ar fi criteriul după care s-ar alcătui vreo statistică sau evaluare [...]. Prin personalități va M. Kogălniceanu, V. Alecsandri, C. Negruzzi, M. Eminescu, I. Creangă, V. Conta, Titu Maiorescu și întreaga «Junime», Al. Xenopol, A. Philippide și Petru Poni. Matei Cantacuzino. Nădejde și «Contemporanul», C. Stere, Ibrăileanu și «Viața Românească», peste decenii și generații, pe deasupra diferențelor sau divergențelor de opinii și/sau concepții, s-a cristalizat o anumită spiritualitate specifică Iașilor.”³

² În demersul de față nu ne oprim asupra ipostazei de om politic a lui Gh. Zane.

³ Cf. Acad. Al. Bărlădeanu, în Gh. Zane, *Memorii*, Ed. Expert, București, 1997, p. 13.

Conferențiar la 27 ani și profesor titular la doar 29 de ani⁴, după un doctorat strălucit obținut la Facultatea de Drept din București (în domeniul științelor economice), Gheorghe Zane a fost cunoscut⁵ ca „o personalitate complexă, inteligent și spiritual, beneficiind de o vastă și multiformă pregătire, înzestrat cu multă putere de muncă, cu pasiune științifică și totodată cu simțul datoriei față de trecut, cu stăruința eforturilor reconstituirilor exacte, nemanipulate, ale evenimentelor și faptelor istorice...”

În 1934, profesorul Gh. Zane înființează *Seminarul de științe economice* pe care îl dotează cu câteva mii de volume; toate au fost catalogate după metode moderne, prin eforturi proprii, fără nici o subvenție de la stat. Sub auspiciile seminarului publică o colecție de studii, urmând să formeze în acest fel un mare număr de cadre și cercetători din rândul studenților. În prima serie au fost tipărite o serie de lucrări care să ușureze înțelegerea unor texte expuse la cursuri și să-i coopteze pe studenți la lucrări practice: „În programul nostru au intrat mai de mult anchetele monografice. În primul rând aceste anchete au privit economia țărănească și finanțele locale sătești. Scopul urmărit este pe de o parte dezvoltarea spiritului de cercetare, prin contactul direct al studenților noștri, iar pe de altă parte, procurarea de material pentru studii ulterioare asupra economiei țărănești”⁶, arăta profesorul. A doua serie de lucrări se referă la cursurile de economie politică ale predecesorilor săi, Ion Ghica și Ion Ionescu de la Brad.

În același timp lărgeste aria cercetărilor și tematica lecțiilor ținute la catedră, urmărind să-și fundamenteze cursurile pe rezultatele propriilor cercetări. În fiecare an tematica cursurilor sale era schimbată, căutând să aleagă temele cele mai legate de actualitate: istoria și teoria crizelor economice, criza economică în România, problemele și instituțiile economice capitaliste, legislația fiscală, regimul comerțului exterior, organizarea bancară și monetară a României, bugetul statului, sistemul de organizare a economiei naționale.

Cercetător cu vederi largi, Gheorghe Zane a abordat în cărțile sale, probleme variate de economie politică, finanțe publice, istorie economică, istoria doctrinelor economice, istorie socială⁷: *Introducere în studiul problemei valorii*:

⁴ În legătură cu faptul că ajunsese repede profesor plin, Gh. Zane arăta că: „Nu cred că un profesor prea tânăr este un avantaj pentru școală sau chiar pentru el. Pregătirea cursurilor și a seminariilor, la începutul carierei, cere mult timp și te sustrage de la cercetări, care trebuie să stea la baza cursurilor. Iar profesorul, în fața studenților, trebuie să apară ca o personalitate cu prestigiu consolidat”. (Daniela Poenaru, *op.cit.*, p. 276).

⁵ Acad.prof.dr. Dan Berindei, în *Gh. Zane. Memori* (Studiu introductiv), Ed. Expert, București, 1997, p. 21.

⁶ Daniela Poenaru, *op.cit.*, p. 277.

⁷ Niță Droboță, *Dicționar de economie*, Ed. Economică, București, 1999, p. 497.

Un veac de luptă pentru cucerirea pieței românești, 1926; *Probleme monetare. Din trecutul economiei noastre naționale*, 1927; *Comentarii și interpretări în istoria doctrinelor economice*, 1927; *Sisteme monetare și monede principale din veacurile trecute*, 1928; *Visteria Moldovei în timpul domniei lui Ioniță Sandu Sturdza*, 1928; *Economia de schimb în Principatele Române*, 1930; *Chestiuni de economie politică*, 1939; *Probleme monetare și reforma din 1867; Industria României în a doua jumătate a sec. XIX*, 1970 ș.a.

Unul din capitolele activității sale științifice a fost legat de studierea și valorificarea moștenirii științifice și literare a lui N. Bălcescu, el editând opera acestuia, lăsând, totodată, și studii reunite în volumul *Nicolae Bălcescu. Opera. Omul. Epoca* (1975). Profesorul Gh. Zane a mai lăsat o serie de studii, între care: *Marx și Bălcescu* (1927); *Mișcarea revoluționară de la 1840, preludiv al revoluției de la 1848* (1964); *N. Iorga și problemele sociale ale operei sale* (1965); *N. Iorga et l'histoire économique* (1927). Trebuie reținut și aportul său la elaborarea celor două volume ale *Bibliografiei istorice a sec. XIX* precum și faptul că s-a numărat printre membrii colectivului de redacție al revistei *Monde et développement*.

În întreaga perioadă a profesoratului de la Universitatea din Iași, Gh. Zane a activat cu pasiune și dăruire, însă noi apreciem că un moment aparte îl constituie anul universitar 1933 – 1934, când, așa cum am amintit anterior, și-a asumat organizarea seminarului de economie politică pe lângă catedra de *Economie politică și finanțe* pe care o conducea, în cadrul Facultății de Drept.

Momentul este zugrăvit de un fost asistent al profesorului Zane, acad. Al. Bărlădeanu⁸, care ne explică și motivele organizării seminarului respectiv: „[...] în primul rând, întrucât cele două ore de curs săptămânal, cât prevedea programa, erau insuficiente pentru o predare cât de cât cuprinzătoare a elementelor de economie politică, el încercând să le completeze cu unele ore de seminar. Astfel, din 1937, când i-am devenit asistent la catedră, el m-a însărcinat să țin studenților din anul II câteva prelegeri din istoria doctrinelor economice, care nu-și puteau găsi spațiu la orele de curs și pentru care el ar fi dorit o catedră specială. În al doilea rând, în cadrul seminarului, profesorul puna în dezbaterea studenților teme pe bază de referate întocmite de ei, în încercarea de a stimula munca proprie a studenților și a le prilejui ocazii de manifestare personală.

Biblioteca seminarului era alcătuită în primul rând din revistele principale de economie sau finanțe publice din țările Europei occidentale. Din aceste reviste

⁸ Ibid., pp. 259- 260. Subliniem aici că acad. Al. Bărlădeanu a fost asistent al profesorului Gh. Zane, s-a ocupat de publicarea memoriilor maestrului său, Caietele I–IV, care au văzut lumina tiparului sub egida Editurii Expert, București (1997), editură axată pe cartea economică.

puteam afla ultimele apariții de seamă, pe care seminarul le comanda apoi pentru bibliotecă.

G. Zane, care în tinerețea sa fusese bibliotecar la Biblioteca Centrală a Universității, m-a învățat cum să întocmesc fișele din mica, dar aleasa noastră bibliotecă”.

Cercetarea bibliografică ne-a permis constatarea că suporturile de curs utilizate de profesorul Gh. Zane în predarea „științei financiare” înglobează o structură din cele mai moderne, organizarea materiei și forma de prezentare atingând dezideratele de factură științifică sau logică.

Iată, de exemplu, cursul de *Legislație fiscală română și contemporană*, predat în anul universitar 1936 – 1937, cuprinde⁹:

Cartea I. Impozitele directe în România. I. Originea organizării actuale. 1. Reforma fiscală din 1921. II. Organizarea actuală a impozitelor directe. Principii generale. 1. Impozitele elementare și supracota. 2. Contenciosul contribuțiilor directe. 3. Impozitele directe locale. 4. Critica organizării impozitelor noastre directe. Cartea II. Impozitele directe în țări străine. I. Franța. 1. Sistemul fiscal de la revoluție și până la războiul mondial (scurt istoric). 2. Sistemul actual de impozite directe. II. Anglia. 1. Câteva date asupra finanțelor engleze. 2. Impozitele directe. III. Italia. Sistemul fiscal de la unificarea statului italian până la regimul fascist (scurt istoric). 2. Impozitele directe sub regimul fascist.

Aceleași aprecieri le putem face și privitor la Cursul de Economie politică, predat începând cu anul 1938, de asemenea, la Facultatea de Drept și care cuprinde¹⁰: Prefața. I. Economia națională și sistemele ei de organizare. II. Problemele empirice ale economiei și obiectul economiei politice. III. Istoria și economia politică. IV. Explicația causală și ideea de lege. V. Economia politică și celelalte științe. VI. Economia antică și economia contemporană. VII. Originea economiei capitaliste. VIII. Economia iobagă medievală. IX. Populația medievală și evoluția clasei țărănești. X. Economia urbană medievală. XI. Geneza cugetării economice. XII. Cea dintâi doctrină agrară. Indice de autori și traducători. Bibliografie critică la fiecare capitol.

Evenimentele legate de cel de-al doilea război mondial și evacuarea Universității din Iași la Alba Iulia a făcut ca prodigioasa activitate didactică

⁹ Publicat de acad. Al. Bârlădeanu. *Albina românească*, 1937 (227 p.).

¹⁰ *Chestiuni de economie politică*, Iași, Institutul de arte grafice A. Terck, 1939, VIII + 204 p. (Publicațiile seminarului de economie politică și finanțe, Facultatea de Drept, Iași 2). Recenzii de: Ion Răducanu, „Buletinul Bibliotecii Academiei comerciale”, V, 1939, nr. 2-3, apr.-sept., p. 127; N. Iorga, „Revista istorică”, XXVIII, 1942, nr. 1-12, ian.-dec., pp. 106-107; Cronică.

universitară (ieșeană) a lui Gh. Zane să fie curmată. Ulterior s-a transferat ca profesor titular de economie politică și raționalizare la Politehnica din București, unde a activat în perioada 1945–1948, după care au urmat epurările politice. Gh. Zane fiind scos din învățământul superior și trecut la Institutul de Istorie „N. Iorga”.

Recenzii

Gabriela LUPȘAN, **Dreptul familiei**, Editura Junimea, Iași, 2001, 304 pagini

Lucrarea recenzată este un curs universitar, care acoperă problematica dreptului familiei într-o manieră clară și sistematică.

În elaborarea lucrării s-a folosit un bogat material bibliografic – autori români și străini – precum și convențiile europene și internaționale la care România este parte și care privesc direct dreptul familiei. O mare parte din relațiile de familie sunt analizate în sistem comparatist, lucrarea conținând aspecte de drept comparat, precum și de istoric al dreptului familiei.

Autoarea prezintă instituțiile tradiționale în materie, îmbinând armonios teoria cu practica, prin trimiterile frecvente la soluțiile date în practica judiciară.

Exced unei prezentări tradiționale ale problematicii dreptului familiei două capitole consacrate unor instituții noi și actuale: *Concubinajul* (titlul II, cap. V) și *Procrearea medical asistată și instituția filiației* (titlul III, cap. IV). Vidul legislativ în domeniu, în condițiile în care practica se confruntă cu aceste probleme din ce în ce mai acut, face ca abordarea lor să ofere cititorului o imagine fidelă a realității actuale și eventuale soluții și propuneri de lege ferenda.

Concubinajul este prezentat detaliat așa cum este reglementat în dreptul comparat (definiție, condiții de existență, efecte), pentru ca apoi să se insiste asupra practicii judiciare române în materia concubinajului, care există și este abundentă, în pofida absenței reglementărilor. Se accentuează necesitatea adoptării unor norme juridice, concubinajul fiind „o rezultată a evoluției familiei și o realitate socială. Indiferent dacă suntem sau nu adepții concubinajului, nu putem ignora faptul că el există și că produce efecte”.

Deși legislația română nu conține prevederi referitoare la tehnicile de *procreare medical asistată* și nici la statutul juridic al copilului astfel conceput, în câteva centre medicale din România se practică. Pornind de la această realitate, autoarea a analizat mai întâi problema în dreptul comparat, oprindu-se cu prioritate la dreptul francez, pe care îl consideră un posibil model pentru statele care nu au reglementări în domeniu, pentru ca apoi să studieze impactul procreării medical asistate asupra instituției filiației din România.

De asemenea, ca o altă consecință a evoluției relațiilor de familie în zilele noastre, apare și opinia autoarei referitoare la calitatea procesuală activă în acțiunea în tăgada paternității. Ea apreciază, având la bază legislația europeană, că nu numai soțul mamei ar putea introduce acțiunea, ci și mama și copilul ar

trebui să aibă această posibilitate. Opinia a fost confirmată recent printr-o decizie a Curții Constituționale din aprilie 2002.

Remarcăm, în mod deosebit, maniera clară și precisă în care este analizată instituția adopției și, în special, procedura administrativă a adopției.

Cursul de dreptul familiei recenzat reprezintă o valoroasă contribuție la modernizarea dreptului familiei. Se adresează nu numai studenților, ci și juriștilor, teoreticienii sau practicienii. Redactarea cursivă, clară, simplă, dar și bogată în conținut poate facilita utilizarea lui și de orice alte persoane interesate, cu sau fără cunoștințe juridice.

CARMEN TAMARA UNGUREANU

Aurel CIOPRAGA, Ioan IACOBUȚĂ, **Criminalistică**, Editura Junimea, 2001, 426 pagini

Cursul de Criminalistică publicat în 2001 la Editura Junimea, reprezintă rodul colaborării dintre două prestigioase personalități ale științelor juridice, cu profiluri diferite: teoreticianul prof.univ.dr. Aurel Ciopraga și practicianul procuror criminalist Ioan Iacobuță, având titlul științific de doctor în drept și o îndelungată activitate didactică în domeniul criminalisticii. Cei doi autori au mai publicat o lucrare cu același titlu, în anul 1997, la editura „Chemarea” din Iași. După decesul profesorului Aurel Ciopraga, lucrarea a fost revăzută, completată și actualizată de către cel de al doilea autor.

La elaborarea cursului de Criminalistică cei doi autori au contribuții specifice domeniului de activitate al fiecăruia. Profesorul Aurel Ciopraga este cunoscut ca un desăvârșit teoretician care a publicat un impresionant număr de studii și articole în revistele de specialitate, precum și alte lucrări în volum, între care un curs de Criminalistică (Tactica), la Editura Universității „Al.I.Cuza”, în 1986, și un *Tratat de tactică criminalistică*, în anul 1996, la Editura „Gama” Iași. Cel de al doilea autor a fost preocupat de latura practică a lucrării, în special în partea de tehnică și în cea de metodică criminalistică.

Bazat pe un bogat material bibliografic, cursul este structurat pe un număr de XXXII capitole referitoare la: noțiuni generale (cap. I); identificarea criminalistică (cap. II); fotografia judiciară (cap. III); studiul urmelor (cap. IV); urmele de mâini (cap. V); urmele de picioare (cap. VI); urmele de buze și de dinți (cap. VII); urmele instrumentelor de spargere (cap. VIII); urmele

mijloacelor de transport (cap. IX); urmele de incendii și explozii (cap. X); urmele biologice de natură umană (cap. XI); cercetarea urmelor lăsate de obiecte și resturi de obiecte (cap. XII); balistica judiciară (cap. XIII); cercetarea criminalistică a actelor scrise (cap. XIV); identificarea persoanelor și a cadavrelor prin mijloace și metode criminalistice (cap. XV); înregistrarea penală (cap. XVI); planificarea activității de urmărire penală (cap. XVII); tactica efectuării cercetării la fața locului (cap. XVIII); tactica ascultării martorilor (cap. XIX); tactica ascultării persoanei vătămate (cap. XX); tactica ascultării învinuitului sau inculpatului (cap. XXI); tactica efectuării confruntării (cap. XXII); tactica efectuării prezentării pentru recunoaștere (cap. XXIII); mijloacele de fixare a declarațiilor persoanelor (cap. XXIV); tactica efectuării reconstituirii (cap. XXV); tactica efectuării percheziției și a ridicării de obiecte și înscrisuri (cap. XXVI); constatarea tehnico-științifică și expertiza criminalistică (cap. XXVII); metodica cercetării faptelor cauzatoare de moarte violentă (cap. XXVIII); cercetarea infracțiunii de delapidare (cap. XXIX); cercetarea faptelor de furt și tâlhărie (cap. XXX); cercetarea accidentelor de muncă (cap. XXXI) și cercetarea accidentelor de trafic rutier (cap. XXXII).

Prin structură și metodologie, lucrarea răspunde atât exigențelor didactice universitare cât și demersului științific, având numeroase contribuții originale la dezvoltarea cercetării criminalistice.

Astfel, în cap. 1, referitor la unele noțiuni generale, se menționează că noțiunea de criminalistică trebuie cercetată sub trei aspecte, total diferite, deoarece noțiunea are o dimensiune artistică, în care predomină misterul sau senzaționalul, o dimensiune teoretică, în care accentul este pus pe latura informativă și formativă a studenților și o altă dimensiune practică, aplicativă care se referă la modul în care organele judiciare și experții folosesc cunoștințele de specialitate, în vederea aflării adevărului și aplicării corecte a legii în fiecare cauză (p. 7).

O contribuție originală a autorilor o regăsim în cap. IX, privind urmele mijloacelor de transport. Se arată că studiul de impact al autovehiculelor se face pe două planuri: impactul cu un obstacol fix și impactul între două vehicule (autovehicule) aflate în mișcare. Pentru cel de al doilea plan sunt descrise trei ipoteze diferite rezultate din generalizarea practicii de cercetare a evenimentelor rutiere: a) în caz de depășire; b) în caz de impact frontal și c) impactul dintre un autovehicul aflat în mișcare și un vehicul (auto sau hipo) care staționează (pp. 84-85).

La fel de originală și interesantă este modalitatea de structurare a materiei privitoare la cercetarea criminalistică a actelor scrise unde se prezintă, separate,

atribuțiile și competențele pe care le au în cercetarea actelor scrise organelor judiciare, pe de o parte, și experții sau alți specialiști, pe de altă parte (cap. XIV, pp. 165-187). Astfel, la examinarea actelor scrise de mână, când se descrie direcția rândurilor ca o caracteristică generală a scrisului, se face o originală comparație între scrisul persoanelor cu pregătire inferioară care, la capătul rândului, pentru a nu despărți cuvântul în silabe, îl scriu mult înclinat în jos încât dacă sunt mai multe rânduri înclinate, scrisul capătă aspect de salcie plângătoare (pp. 181-182).

Planificarea activității de urmărire penală (cap. XVII, pp. 210-218), cu referire specială la elaborarea versiunilor de urmărire penală (pp. 215-216), ocupă un spațiu larg și atractiv din cuprinsul lucrării.

În partea de tactică criminalistică, o primă contribuție originală o regăsim la aspectele de ordin psihologic, subliniate pregnant în capitolul privitor la tactica audierii persoanelor. Cititorul avizat recunoaște o parte dintre aspectele de ordin psihologic întâlnite în lucrarea cu titlul „Evaluarea probei testimoniale în procesul penal”, lucrare apărută la editura Junimea, Iași, distinsă cu premiul „Simion Bărnuțiu” al Academiei Române, în anul 1980 (v. cap. XIX, *Tactica ascultării martorilor*, pp. 240-256). Tot în partea consacrată studiului ascultării persoanelor în procesul penal, întâlnim pentru prima dată într-un curs de criminalistică, o secțiune distinctă consacrată tacticii de ascultare a inculpatului în instanță.

Deoarece la data redactării cursului, actele normative care reglementau organizarea principalelor categorii de expertiză fuseseră înlocuite cu acte normative noi, capitolul XXVII consacrat studiului constatărilor tehnico-științifice și expertizelor a primit o structură și un conținut nou, fiind prezentat într-un paragraf separat sistemul unităților și laboratoarelor de expertiză precum și noile acte normative care le guvernează (pp. 332-334).

Contribuții originale sunt întâlnite și în capitolul XXVIII, privind metodică cercetării faptelor având ca urmare moartea violentă (p. 344-370), unde se dă o largă dezvoltare descrierii celor 7 întrebări la care trebuie să răspundă organele de urmărire penală sosite la fața locului, așa cum sunt tratate aceste aspecte în tactica criminalistică din alte țări, în special cea germană și cea franceză (p. 345).

Capitolul XXXI, privind cercetarea accidentelor de muncă (pp. 387-395), a fost structurat în raport cu prevederile Legii nr. 90/1996, privind protecția muncii, lege prin care a fost abrogată Legea nr. 5/1965. Sub acest aspect, o atenție deosebită se acordă descrierii activității de urmărire penală care constă în ascultarea persoanei vătămate, persoană care, în descrierea faptelor, poate oscila

între două extreme, preocupată fiind, uneori, de *grija* de a ascunde răspunderea celor care se fac vinovați de producerea accidentului sau, dimpotrivă, de *grija* de a exagera răspunderea acestora, cu scopul de a obține despăgubiri civile, pensie de invaliditate etc. (pp. 392-394).

Din aceeași perspectivă este abordat și capitolul final, al XXXII-lea, privind cercetarea accidentelor de trafic rutier (pp. 396-404), în sensul că declarațiile persoanei vătămate privesc unele rezerve, funcție de relațiile în care se află cu făptuitorul, de starea sănătății sau psihică în care se află din cauza vătămarilor suferite etc. (pp. 402-403).

Dincolo de aspectele semnalate, contribuția originală a celui de al doilea autor (procuror criminalist cu o practică de peste 40 de ani) o regăsim în multe capitole ale lucrării în care sunt prezentate cazuri din practica de urmărire penală proprie ori a altor organe de urmărire penală din județul Iași, cum ar fi, de exemplu: p. 23, privind fotografia de identificare a cadavrelor necunoscute; p. 74, privind cercetarea urmelor de dinți; p. 113, privind cercetarea urmelor de sânge; p. 292, privind prezentarea animalelor pentru recunoaștere; p. 348, privind stabilirea locului unde a fost săvârșită fapta de omor; pp. 350-351, privind identificarea victimei; pp. 355-356, privind examinarea cadavrului; pp. 358-359, privind constatarea tehnico-științifică și expertiza criminalistică; p. 360, privind ascultarea persoanei vătămate și ascultarea martorilor în cazul cercetării infracțiunii de omor etc.

În același context trebuie subliniat și faptul că cea mai mare parte a imaginilor foto, reproduse în cuprinsul lucrării, sunt originale, în sensul că sunt expuse pentru prima dată la lumina tiparului, și privesc fapte cercetate de către organele de urmărire penală din raza de competență a Parchetului de pe lângă Curtea de Apel Iași.

Lucrarea recenzată se recomandă ca fiind un valoros material didactic pentru studenți, un necesar și util ghid pentru practicieni, precum și o valoroasă contribuție la sistematizarea și dezvoltarea Criminalisticii.

TUDOREL TOADER

Viorel PAȘCA, Constituția și Codul penal. Ed. Allbeck, București, 2002, 416 pagini

Prin lucrarea intitulată *Constituția și Codul Penal*, dl. conf.univ.dr. Viorel Pașca tratează o problemă de mare actualitate, aceea a impactului deciziilor

Curții Constituționale asupra legislației existente cu referire expresă la efectul asupra legii penale.

Reținem că apariția Constituției din 1991 a așezat întreg sistemul juridic pe alte fundamente, acelea ale statului de drept, determinând necesitatea revizuirii unui volum însemnat de legi, inclusiv în materie penală. Ambițiile de revizuire a întregului sistem legislativ de către un Consiliu Legislativ în termen de 12 luni au fost de departe neîntemeiate.

În asemenea condiții, față de ritmul lent al procesului de legiferare de către Parlament, Curtea Constituțională joacă un rol important, acela de a sancționa unele dispoziții penale ce contravin normelor constituționale.

Acest prim pas nu este urmat însă, așa cum remarcă autorul lucrării, de examinarea dispozițiilor neconstituționale de către legiuitor în vederea refacerii sau creării de noi legi.

Lucrarea este structurată în trei părți. Prima dintre ele abordează din punct de vedere teoretic unele probleme legate de fundamentele stabilite de Constituție, de influența acestor principii asupra unor instituții de drept penal, autorul aruncând o privire și asupra procedurii penale sub efectul deciziilor Curții Constituționale.

Capitolele al II-lea și al III-lea sunt destinate analizării, comentării și adnotării celor mai importante decizii ale Curții Constituționale având efect asupra dispozițiilor din Codul penal – Partea Generală, respectiv Partea Specială.

De remarcat este faptul că nu sunt expuse exclusiv deciziile de neconstituționalitate, dar și cele de respingere a unor excepții invocate, motivarea acestora fiind importantă prin calitatea expunerilor.

Lucrarea este valoroasă prin examenul critic al deciziilor, prin adnotări, prin punerea în discuție a altor potențiale dispoziții neconstituționale, toate acestea fiind reunite într-un volum ce constituie un instrument util atât teoreticienilor cât și practicienilor dreptului.

DANIEL ATASIEI

Eugen POPA, *Contenciosul administrativ obiectiv*, Editura Servo-Sat, Arad, 1999, 105 pagini

Lucrarea recenzată apare în contextul procesului de reformare a dreptului administrativ român. Acest proces are ca finalitate nu numai aducerea în actualitate a acestei ramuri de drept, ci mai ales completarea ei, acolo unde este

necesar, cu elemente – instituții juridice – indispensabile integrării europene a țării noastre.

În cadrul acestui proces de integrare, accentul este pus în mod deosebit pe autoritățile publice și pe raporturile dintre acestea și cetățeni. Instituția contenciosului administrativ capătă o importanță deosebită prin strânselile ei legături cu protecția drepturilor cetățenilor în fața autorităților publice și pe această cale cu valorile fundamentale ale Uniunii Europene.

Atenția autorului monografiei pe care o prezentăm se îndreaptă în mod special asupra contenciosului administrativ obiectiv, tratat în mod firesc în contextul contenciosului administrativ român, căruia îi este de altfel consacrată și prima secțiune a lucrării.

Această primă secțiune trasează caracteristicile generale ale reglementării contenciosului administrativ român, fiind punctate aspectele esențiale ce privesc subiectele acțiunii în contencios administrativ, calitatea procesuală, obiectul acțiunii în contencios administrativ, exemplificate prin decizii ale Curții Supreme de Justiție și ale instanțelor inferioare.

Un interes deosebit îl prezintă a doua secțiune a lucrării recenzate ce tratează într-un mod original capacitatea procesuală a autorităților și instituțiilor publice reglementate de Legea administrației publice locale. Această problemă ridică mari dificultăți în practică, fapt ce se reflectă și în natura contradictorie a hotărârilor instanțelor judecătorești și, nu în ultimul rând, în disputele teoretice ivite pe marginea ei.

Capacitatea procesuală a autorităților și instituțiilor publice este analizată în mod riguros, iar exemplele din practica judiciară sunt menite a convinge, dacă mai era nevoie, de justetea punctului de vedere susținut de autor.

Regimul juridic al acțiunii în contencios administrativ reprezintă subiectul unei alte secțiuni a lucrării prezentate. Această secțiune dezbate temeiul juridic al acțiunii în contencios administrativ, făcându-se o comparație între acțiunea în contencios subiectiv care, în conformitate cu prevederile Legii nr. 29/1990 poate fi introdusă de orice persoană fizică sau juridică dacă se consideră vătămată în drepturile sale, recunoscute de lege, printr-un act administrativ sau prin refuzul nejustificat de a-i fi rezolvată cererea de către o autoritate administrativă, și contenciosul obiectiv care este de competența prefectului. Reglementarea acestuia are drept scop ocrotirea unor interese generale ce ar putea fi încălcate pe calea adoptării de către autoritățile administrației publice locale a unor acte ilegale.

Aceeași secțiune analizează și capacitatea procesuală și calitatea procesuală activă ce aparțin, potrivit concluziilor autorului, în exclusivitate, prefectului.

Sunt discutate de asemenea și alte aspecte esențiale ale acțiunii în contencios administrativ introdusă de prefect, cum ar fi: competența materială a instanței investită cu soluționarea cauzei, obiectul acțiunii în contencios obiectiv, îndeplinirea procedurii recursului grațios, oportunitatea introducerii acțiunii în contencios administrativ, sarcina probatorie, inadmisibilitatea intervenției în interes propriu, efectul suspensiv al introducerii acțiunii în anulare.

O parte importantă a lucrării este dedicată modalităților specifice de aplicare a teoriei nulității actelor administrative în cazul când acțiunea în anulare este introdusă de prefect. Această problemă este abordată de autor atât din postura unui teoretician – analizând-o în cadrul general al noțiunilor de responsabilitate, răspundere, sancțiune – cât și din cea a unui practician, acordând o atenție deosebită efectelor nulității în dreptul administrativ. Astfel, sunt evidențiate atât asemănările cât și deosebirile dintre regimul nulității din dreptul civil și regimul aceleiași instituții juridice din dreptul administrativ. Dreptul administrativ nu cunoaște distincția dintre nulitatea absolută și cea relativă, avându-se în vedere că criteriul în funcție de care se face această distincție – și anume natura interesului ocrotit, general sau particular – nu prezintă relevanță în dreptul administrativ unde, fiind în prezența raporturilor juridice de drept public, existența unui interes general ce trebuie ocrotit este presupusă a priori. De asemenea, autorul pune în discuție distincția dintre nulitatea totală și cea parțială, atrăgând atenția asupra faptului că aceasta nu este reflectată la nivelul practicii judiciare, în majoritatea cazurilor invocându-se nulitatea totală a actului.

Relația dintre contenciosul obiectiv și controlul administrativ de legalitate realizat de prefect este evidențiată într-o altă secțiune a lucrării, menită să clarifice asemănările și deosebirile dintre cele două instituții.

Ultima parte a lucrării are drept scop să întregască, prin soluțiile culese din practica judiciară, partea teoretică, fiind astfel realizată o imagine unitară a problematicii abordate.

Prin analiza lucidă a problemei contenciosului administrativ obiectiv, lucrarea recenzată vine în sprijinul specialiștilor, cărora ea li se adresează, așa cum rezultă și din cuvântul înainte al autorului. Punând în lumină aspecte relevante și controversate ale teoriei contenciosului administrativ, ea depășește cadrul unei încercări de conceptualizare, constituindu-se într-o valoroasă contribuție la procesul de modernizare a dreptului administrativ român.

CĂTĂLIN BALAN

Redactor: Dana Lungu
Tehnoredactor: Florentina Crucerescu

TIPARUL EXECUTAT LA
IMPRIMERIA EDITURII UNIVERSITĂȚII
„ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAȘI

6600 Iași, Pacurari, 9, tel./fax (0232) 314 947
e-mail: editura_uaic@mail.com

Format 70×100/16
Coli tipo: 12,50
Apărut: 2002
Comanda: 1373



