

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

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM L

2004



4010585
Periodice



EDITURA UNIVERSITĂȚII «ALEXANDRU IOAN CUZA»
IAȘI

HCU - 8695

11.8.2004

COLEGIUL DE REDACȚIE

Prof.dr. Mihail Jakotă, Prof.dr. Gr. Theodoru, Prof.dr. Ioan Macovei,
Prof.dr. Tudorel Toader, Conf. dr. Carmen Tamara Ungureanu

Redactor responsabil – Prof.dr. Ioan Macovei

Secretar de redacție – Conf. dr. Carmen Tamara Ungureanu

CUPRINS

STUDII

GRIGORE GR. THEODORU , Trăsăturile caracteristice procesului penal român	5
IOAN MACOVEI ȘI NICOLETA-RODICA DOMINTE , Procesul de armonizare a legislației europene în domeniul societăților comerciale	15

ARTICOLE – DISCUȚII – COMENTARII

GHEORGHE DURAC ȘI LAURA BOURIAUD , Protecția juridică a fondului forestier ..	27
DAN CONSTANTIN TUDURACHE , Efectul constitutiv al înscriserii în carteau funciară	35
MONA-MARIA PIVNICERU , Aplicația stipulației pentru altul în unele contracte aleatorii	43
CODRIN MACOVEI , Considerații asupra Codului European al contractelor	49
HORIA ȚIȚ , Considerații asupra aplicării în timp a dispozițiilor O.U.G. 58/2003 privind modificarea și completarea codului de procedură civilă	65
LUIZA-CRISTINA IOVU , Incidenta cererii de emitere a somăției de plată asupra cursului prescripției extinctive	73
TUDOR AVRIGEANU , Reforma codului penal și știința dreptului penal	81
CĂTĂLIN BALAN , Conflictele de interes și incompatibilitățile în legislația română privitoare la funcționarii publici	105
ALINA GENTIMIR , Considerații privind metodologia de interpretare a Convenției Europene a Drepturilor Omului	115
FLORIN DORIAN DĂSCĂLESCU , Protecția dreptului la viață în contextul reprimării terorismului	127
ACTE NORMATIVE NOI	
CARMEN TAMARA UNGUREANU , Instituția prescripției extinctive în proiectul noului Cod civil	143
LUCIA ICHIMESCU , Noul proiect de lege privind concurența	159

RECENZII

STANCIU D. CĂRPENARU, CĂTĂLIN PREDOIU, SORIN DAVID, GHEORGHE PIPEREÀ , Societățile comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență (Nicoleta-RodicaDominte)	169
--	-----

VERGINEL LOZNEANU , Excepțiile de fond în procesul civil (Horia Țiț)	171
CARMEN TAMARA UNGUREANU , Dreptul european privat al afacerilor (Lucia Ichimescu)	174
JEAN-FRANÇOIS RENUCCI , Droit Européen des Droits de l'Homme (Florin Dorian Dăscălescu)	177
Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben von JOSEF ISENSEE und PAUL KIRCHHOF, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, zweite durchgesehene Auflage, (mit Beiträgen von ERHARD DENNINGER, HASSO HOFMANN, JOSEF ISENSEE, PAUL KIRCHHOF, MARTIN KRIELE, PETER LERCHE, WOLFGANG LOSCHELDER, HANS VON MANGOLDT, DIETRICH MURSWIECK, HELMUT QUARITSCH, WOLFGANG RUFNER, MICHAEL SACHS und KLAUS STERN) (Marius Balan)	179

TRĂSĂTURILE CARACTERISTICE PROCESULUI PENAL ROMÂN

GRIGORE GR. THEODORU

1. Apartenența procesului penal român la procesul penal de sorginte inchizitorială

Literatura de specialitate consideră că există două sisteme de bază ale procesului penal – inchizitorial și acuzatorial –, cu variante de îmbinare celor două sisteme. Sistemul acuzatorial acordă un rol important părților și îl consideră pe judecător un arbitru în disputa dintre acuzare și apărare; acuzatorul și acuzatul, cu apărătorul său, strâng probele și le administrează în fața judecătorului, persoană neutră și nepărtinitoare, care urmărește și disciplinează disputa ce se desfășoară în ședința publică și adoptă o hotărâre în funcție de ce i s-a prezentat de părți, chiar dacă nu corespunde proprietății sale convingerii; ca urmare, procedura este contradictorie, ceea ce-i permite fiecărei părți să-și prezinte propriul său punct de vedere și să răspundă argumentelor aduse de partea potrivnică. Sistemul inchizitorial, caracteristic legizațiilor occidentale europene, cu modelul său francez, așază judecătorul pe primul plan, atât ca judecător de instrucție, cât și ca judecător de ședință; judecătorul administrează probele, fie la cererea părților, fie din oficiu, intervenind activ pentru cunoașterea faptelor¹.

Cele două sisteme procesuale nu mai sunt strict determinate, în ultimul timp încercându-se o apropiere între ele, sistemul acuzatorial preluând unele elemente ale sistemului inchizitorial și invers. Întrucât în sistemul inchizitorial judecata se desfășoară în multe privințe după regulile sistemului acuzatorial, se consideră că

¹ Vezi Françoise Tulkens, *Les systèmes de justice comparée ; de la diversité au rapprochement. Les politiques pénales et le comparatisme. Rapport de synthèse à la Conférence Internationale*, Syracusa, Italia, 16-20 dec. 1997, în „Nouvelles études pénales”, nr. 17, éditées par l’Association Internationale de Droit pénal, Ed. Eres, Toulouse, 1998; Colocviul International de la Aix-en-Provence, 9-10 iunie 1997, cu tema „Inquisitoire-accusatoire. Un écroulement des dogmes en procédure pénale”, în „Revue Internationale de Droit pénal”, nr. 1-2/1997; Colocviul de la Toledo – Spania –, 1-4 aprilie 1992, cu tema „Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l’homme”, în „Revue Internationale de Droit pénal”, nr. 3-4/1993.

actualmente legislațiile apartenente sistemului inchizitorial au un sistem procesual mixt², cu elemente inchizitoriale în cursul anchetei preliminare și cu elemente acuzatoriale în cursul judecății, păstrând însă atribuția judecătorului de a avea un rol activ în administrarea probelor și în soluționarea cauzei potrivit convingerii sale rezultate din cercetarea pe care a efectuat-o.

Procesul nostru penal, în care instanța are un rol activ și conduce administrarea probelor în ședința de judecată, cu participarea procurorului și a părților în contradictoriu, se încadrează în procesul penal de sorginte inchizitorială, având ca model legislația franceză, dar prezintă și puternice elemente de contradictorialitate, extinse acum și la urmărirea penală. Judecătorul care soluționează cauza trebuie să aibă responsabilitatea în adoptarea soluției, în funcție de ceea ce a constatat că este adevărat și nu în funcție de ce i s-a prezentat de procuror și părți ca adevărat; soluția nu trebuie să depindă de voința sau posibilitatea părților de a prezenta adevărul, de a consacra ca adevăr o înțelegere între părți, fără a fi convins că ceea ce hotărăște este în concordanță cu realitatea. Soluționând o excepție de neconstituționalitate a art. 4 Cod de procedură penală, care consacră rolul activ al organelor judiciare, inclusiv al judecătorilor, pe temeiul că ar prejudicia interesele apărării, Curtea Constituțională a statuat³ că aflarea adevărului nu este posibilă fără o preocupare specială din partea judecătorilor; or, în condițiile în care legea acordă inculpatului toate garanțiile procesuale, inclusiv dreptul de a fi asistat de apărător în tot cursul procesului, nu poate exista o prejudiciere a intereselor apărării prin exercitarea unui rol activ de către judecător.

Consacrarea rolului activ al autorităților judiciare în procesul penal a fost susținută și în literatura de specialitate occidentală; astfel, într-un raport prezentat la o reuniune internațională, cunoscutul penalist Jean Pradel a susținut: „prefer inchizitorialul, căci o cercetare obiectivă a adevărului de către un magistrat (ajutat de poliție) valorează, fără îndoială, mai mult decât semiadevăruri prezentate cu subiectivitate de părți, în cadrul unui duel, unde pasiunea nu poate fi absentă. Dar, totodată, este necesară contradictorialitatea, întrucât este bine ca în arena judiciară fiecare parte să poată face auzită vocea sa. Trebuie ca fiecare să poată lupta contra unei prime impresii, căci discuția permite verificarea”⁴.

Menținerea procesului nostru penal în cadrul sistemului inchizitorial, cu largi elemente de contradictorialitate – un sistem mixt, semiinchizitorial – îl face

² Vezi Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 2-e édition, Litec, Paris, 2000, p. 154, care se referă la un model internațional mixt, semiacuzatorial-semiinchizitorial, în condițiile unui proces echitabil.

³ Decizia nr. 28/1998, publicată în M.Of., pt. I, nr. 146/1998.

⁴ În „Revue Internationale de Droit pénal”, nr. 1-2/1997, p. 229.

compatibil cu cerințele unui proces de tip european, în care aflarea adevărului și aplicarea corectă a legii constituie cerințele sale fundamentale.

Codul de procedură penală în vigoare, adoptat în anul 1968, a fost aşezat, inițial, pe concepția autoritară a regimului comunist. Modificările aduse acestui Cod după anul 1989 au influențat puternic asupra caracterului său autoritar, apropiindu-l de un cod care acordă o cât mai mare protecție drepturilor și libertăților fundamentale; în consecință, au fost instituite noi garanții ale drepturilor omului și ale libertăților fundamentale în cadrul activității autoritatelor judiciare. Ratificarea de către România a Convenției Europene de apărare a drepturilor omului și a libertăților fundamentale, adoptată în anul 1950, impune ca și procesul nostru penal să îmbrace caracteristici și să se așeze pe principii care decurg din acest act internațional, obligatoriu și pentru țara noastră. Prin introducerea în Constituție, cu ocazia revizuirii sale în anul 2003, a art. 21 al. 3, s-a consacrat dispoziția de principiu potrivit căreia „Părțile au dreptul la un proces *echitabil* și la soluționarea cauzelor într-un *termen rezonabil*”.

Această dispoziție de principiu, precum și dispozițiile care au fost adoptate prin Legea nr. 281/2003, Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 109/2003, Legea de organizare judiciară și Legea privind statutul magistraților fac ca procesul penal să fie aşezat, în cadrul sistemului de sorginte inchizitorială, pe două trăsături caracteristice modelului european, pe de o parte de a fi un proces *echitabil*, iar pe de altă parte, dar în strânsă legătură cu prima trăsătură, un proces de *durată rezonabilă*.

Prin modul cum este formulat art. 21 alin. 3 din Constituția revizuită se pune accentul pe „dreptul” oricarei părți la un proces echitabil și de durată rezonabilă; de asemenea, se poate susține că acest drept înseamnă consacrarea a două noi principii fundamentale ale procesului penal – echitatea procesului și termenul rezonabil în care trebuie soluționată o cauză penală. În realitate, dreptul părților la un proces echitabil înseamnă că procesul trebuie să îndeplinească o anumită calitate – aceea de a fi echitabil – ceea ce pune accentul nu atât pe drept, cât pe calitatea procesului de a fi echitabil, calitate care corespunde unui ansamblu de principii după care trebuie să se conducă. De asemenea, durata rezonabilă în care trebuie soluționate cauzele penale este mai mult decât un principiu de desfășurare a procesului penal, este o caracteristică a acestuia, atât prin reglementare, cât și prin modul cum trebuie desfășurată activitatea autoritatelor judiciare și a părților din proces. Ca urmare, trebuie să constituie o calitate, o caracteristică a procesului penal, care să se reflecte în ansamblul de principii care stau la baza acestuia, de a oferi condiții și timp suficient pentru soluționarea justă a cauzelor penale, dar întotdeauna astfel încât durata procesului să nu depășească un termen de natură a asigura atât represiunea într-un termen cât mai scurt, dar și dreptul părților de a-și apăra interesele lor legitime în cadrul procesului penal.

2. Procesul penal român trebuie să fie un proces echitabil

Dispoziția prevăzută în art. 21 alin. 3 din Constituție se referă la un proces „echitabil” fără să lămurească această sintagmă. În *Dictionarul explicativ al limbii române*, la cuvântul „echitabil” se dă ca explicații: „întemeiat pe dreptate, pe adevăr, just, drept, nepărtinitoare”; în *Dicționarul de procedură penală*⁵ se consideră că în reglementarea procesuală „echitatea” presupune o deplină egalitate a tuturor participanților la procesul penal, iar în realizarea acestuia echitatea nu poate fi separată de ideea fundamentală potrivit căreia toate persoanele care au încălcat legea penală trebuie sancționate și nici un nevinovat să nu fie pedepsit. În acest mod se exprimă cerința unui echilibru între apărarea interesului general al societății, de pedepsire a tuturor infractorilor potrivit vinovăției fiecăruia, și interesul legitim al fiecărei persoane nevinovate de a nu fi supusă în nici un fel constrângerii penale. Pentru aceasta este necesar, pe de o parte, să existe autoritatea judiciară corespunzătoare pentru a aplica corect și nepărtinitoare legea penală celor care au săvârșit infracțiuni, obligată prin lege să acționeze în acest sens, deci să afle adevărul despre infracțiunea săvârșită și autorul ei, precum și să aplice pedeapsa în caz de vinovăție, dar totodată să asigure ca nici o persoană să nu fie cercetată și judecată pentru o infracțiune pe care nu a săvârșit-o; aşadar, legalitate, adevăr, inițiativă în combaterea infracțiunilor, preocupare continuă pentru sancționarea justă a infractorilor, evitarea oricărora erori de fapt și de drept, într-un termen rezonabil. Totodată, manifestarea unei preocupări permanente de a nu se aduce nejustificat atingere drepturilor și libertăților fundamentale consfințite prin Constituție, ceea ce presupune garanții puternice care să împiedice orice abuz și să înlăture consecințele unor încălcări ale legii făcute de autorități judiciare în privința prezumției de nevinovăție, a dreptului la apărare, a libertății individuale, a demnității umane, a vieții intime.

Cerința unui proces „echitabil” fiind înscrisă în Convenția Europeană din 1950, înțelesul acestei caracteristici trebuie căutat în textul Convenției și în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, care o aduce la îndeplinire. Astfel, se cere recurgerea la un tribunal independent și imparțial, atât în ce privește judecarea și condamnarea infractorilor, cât și luarea oricărei măsuri de constrângere cu privire la drepturi și libertăți fundamentale⁶.

În ce privește prima cerință, aceasta este asigurată în procesul penal român prin dispozițiile art. 126 și 21 din Constituție, care prevăd că justiția se realizează prin instanțele judecătoarești, singurele care pot condamna la o

⁵ Vezi G. Antoniu, N. Volonciu, N. Zaharia, control științific V. Papadopol, *Dicționar de procedură penală*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1988, p. 97.

⁶ Vezi și Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 2-e édition, Litec, Paris, 2000, p. 151 și urm.

sanctionare penală, în acest scop accesul la justiție fiind liber, nici o lege nu poate îngădăi exercitarea acestui drept. Ca urmare, în procesul nostru penal există separație între funcția procesuală de acuzare, exercitată de procuror și de partea vătămată și funcția de jurisdicție exercitată de instanța de judecată. Caracterul independent și imparțial al instanței judecătoarești este consacrat prin art. 123 din Constituția revizuită, potrivit căruia justiția „se înfăptuiește în numele legii”, fiind „unică, imparțială și egală pentru toți”; judecătorii sunt independenți și se supun numai legii. Aceste dispoziții de principiu sunt întărite prin numeroase garanții judiciare, cuprinse în Legea de organizare judiciară și în Legea privind statutul magistraților, care prevăd condiții de selecționare a judecătorilor, garanții juridice și materiale pentru independența și imparțialitatea lor, corespunzătoare jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului pentru un proces echitabil. Cerința Convenției Europene pentru asigurarea drepturilor părților de a se adresa unei instanțe ierarhic superioare în vederea exercitării unui control asupra hotărârilor judecătoarești penale este îndeplinită prin dispoziția de principiu prevăzută în art. 129 din Constituție, potrivit căreia împotriva hotărârilor judecătoarești penale părțile interesate și Ministerul Public pot exercita căile de atac, în condițiile legii, precum și prin reglementarea acestora în Codul de procedură penală; dreptul la un recurs eficient la o instanță judecătoarească superioară constituie, în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, garanția corectitudinii prin care s-a aplicat o sancționare penală.

De asemenea, în urma revizuirii Constituției (art. 23 alin. 3 și art. 27 alin. 3), precum și a modificării Codului de procedură penală (Legea nr. 281/2003 și O.U.G. nr. 109/2003), arestarea preventivă și percheziția nu se pot dispune decât de judecător, ca exponent al imparțialității și independenței justiției. Totodată soluționarea justă a cauzelor penale de către instanța de judecată este garantată prin condițiile în care se desfășoară ședința de judecată – publicitate, oralitate, contradictorialitate, nemijlocire – garanții ale unui proces echitabil.

Un proces echitabil înseamnă condamnarea numai a celor pentru care s-a dovedit vinovăția, ceea ce implică legalitatea procesului, inițiativa autorităților judiciare, rolul lor activ în aflarea adevărului, egalitatea părților în fața legii, folosirea limbii materne în apărarea intereselor legitime ale părților.

Pentru a asigura un echilibru între cei ce susțin învinuirea și cei chemați să răspundă penal și civil, trebuie instituite anumite garanții procesuale, care constituie cerințe ale unui proces echitabil; ca urmare, nu pot lipsi din procesul penal român dispozițiile care consacră prezumția de nevinovăție, garantarea libertății persoanei, dreptul la apărare, dreptul la viață intimă prin inviolabilitatea domiciliului și secretul comunicațiilor, norme prevăzute în Constituție și în Codul de procedură penală.

În spiritul și litera Convenției Europene constituie garanții ale unui proces echitabil dreptul de a nu fi judecat sau pedepsit de două ori pentru aceeași faptă – autoritatea de lucru judecat (art. 10 lit. f Cod procedură penală), precum și dreptul de a nu fi pedepsit pentru o faptă care, în momentul săvârșirii, nu era prevăzută ca infracțiune (art. 10 Cod penal). Orice inechitate în desfășurarea și soluționarea cauzei penale trebuie să fie sănctionabilă și cel vătămat trebuie să obțină despăgubirile corespunzătoare (art. 5 alin. 4 și art. 504 Cod procedură penală).

Sintetizând aceste cerințe ale unui proces echitabil, aşa cum rezultă din Convenția Europeană, dar și din Constituția României, putem trage concluzia că procesul penal echitabil nu poate fi realizat decât în condițiile în care acesta este așezat pe principii procesuale unanim admise, care asigură echilibrul ce trebuie să existe între interesul general al societății și interesele legitime ale fiecărei părți, sintetizat în art. 1 alin. 1 al Codului de procedură penală.

În consecință, sistemul de principii fundamentale ale procesului penal român ar trebui amplificat și modificat în sensul cuprinderii acelor principii care, în spiritul și litera Convenției Europene, dău conținutul unui proces echitabil⁷. În acest sens se pot formula trei grupuri de principii directoare. În primul rând, cele care se referă la latura structural-instituțională a procesului penal: aplicarea sănctiunilor și a celorlalte măsuri prevăzute de legea penală sunt de atribuția exclusivă a instanțelor judecătoarești, accesul liber la justiție, controlul hotărârilor judecătoarești asigurat prin exercitarea căilor de atac. A doua grupă cuprinde principii care se referă la latura de desfășurare a procesului penal, pentru a se asigura scopul acestuia: legalitatea și oficialitatea procesului penal, aflarea adevărului, rolul activ al organelor judiciare, garantarea dreptului la apărare, desfășurarea procesului penal în limba oficială prin interpret. În a treia grupă se cuprind principii care asigură respectarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale în procesul penal: garantarea libertății individuale și a siguranței persoanei, prezumția de nevinovăție, respectarea demnității umane, inviolabilitatea domiciliului și secretul comunicațiilor.

Toate principiile enunțate mai sus, cu cerințele lor în structura, desfășurarea și apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, dău conținut procesului echitabil, răspunzând înțelesului pe care-l dă acestei sintagme Convenția Europeană.

⁷ În literatura franceză s-au conturat următoarele principii directoare pentru procesul penal echitabil, împărțite în trei grupuri: a) principii de încadrare: legalitatea, autoritatea judiciară, garanție a libertăților cetățenești, respectul principiului proporționalității; b) principii de garantare a drepturilor omului: prezumția de nevinovăție, dreptul la apărare, egalitatea între părțile din proces și respectul demnității umane; c) egalitatea de arme, celeritatea procesului și accesul victimelor la justiția penală (vezi Serge Guinchard, Jacques Buisson, *op.cit.*, p. 277).

3. Procesul penal român trebuie să asigure soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil

Pentru a realiza scopul mediat al procesului penal – a contribui la apărarea ordinii de drept, a persoanei, a drepturilor și libertăților acesteia, la prevenirea infracțiunilor, precum și la educarea cetățenilor în spiritul respectării legilor (art. 1 alin. 2 Cod procedură penală) – este necesar ca pedeapsa aplicată infractorilor să intervină cât mai aproape de data săvârșirii infracțiunilor; pe de o parte este satisfăcut interesul general al societății – intervenția imediată a represiunii penale ca mijloc de prevenție generală și de împiedicare a infractorilor să continue săvârșirea de infracțiuni –, pe de altă parte, și interesul personal al victimei și chiar al inculpatului de a cunoaște mai repede soluția dată procesului, orice prelungire a procesului, peste o durată rezonabilă, oricât de corectă ar fi soluția adoptată, își pierde din puterea represivă și educativă pe care trebuie să o aibă.

Proceduriști de renume s-au pronunțat în sensul că în ceea ce privește procesul penal, printre calitățile pe care trebuie să le împlinească, este și celeritatea, rapiditatea; astfel R. Garraud⁸ consideră drept calități ideale ale legii de procedură penală: simplitatea, rapiditatea și echitatea; R. Merle și A. Vitu⁹ consideră că procesul penal este caracterizat printr-o rapiditate voită, în ideea că certitudinea și celeritatea represiunii sunt indispensabile eficienței sale mai mult decât severitatea pedepselor; Traian Pop¹⁰ apreciază că simplitatea, claritatea, celeritatea și realitatea sunt calitățile sau condițiile principale ale unei proceduri penale. Deși Codul de procedură penală român din 1968 nu cuprindea printre regulile de bază ale procesului penal și rapiditatea (celeritatea, operativitatea), în unele lucrări de specialitate a fost formulat, ca regulă de bază, principiul operativității¹¹.

Adoptarea alin. 3 al art. 21 din Constituție, cu ocazia revizuirii ei, potrivit căruia „părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil”, ne duce la concluzia corespunzătoare Convenției Europene că soluționarea cauzelor penale într-un termen rezonabil trebuie să fie o trăsătură caracteristică a procesului penal român, ca și echitatea. Nu poate fi echitabil un proces care ar dura, fără o justificare temeinică, o perioadă îndelungată de timp,

⁸ În *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, Sirey, 1907, vol. 1, p. 8.

⁹ *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Ed. Cujas, 1979, p. 19.

¹⁰ *Drept procesual penal*, vol. 1, Cluj, 1946, p. 13-15.

¹¹ Vezi, de exemplu, N. Volonciu, *Principe de l'opérativité dans le procès pénal*, Analele Universității București, 1987, p. 32; Ion Neagu, *Drept procesul penal*, Editura Academiei, București, 1988, p. 102.

aducând atingere atât interesului general al societății, cât și intereselor legitime ale părților din proces.

Între formula „soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil”, folosită de Convenția Europeană și Constituția României și denumirea unor principii ca „rapiditatea”, „celeritatea” sau „operativitatea” procesului, credem că prima formulare este preferabilă. Pe de o parte, rapiditatea, celeritatea și operativitatea implică o obligație permanentă de urgentare a activității de către autoritățile judiciare și părțile din proces, ca regulă în sine, care ar putea fi dăunătoare fie protecției intereselor generale ale societății, fie intereselor legitime ale părților, prin împiedicarea administrării probelor necesare lămuririi tuturor aspectelor acuzării și apărării, ori prin omisiunea îndeplinirii tuturor actelor constitutive ale procesului penal, atrăgind nulitatea unor acte, cu inerentele întârzieri pe care le produce; pe de altă parte, orice apărare s-ar invoca în acuzare de către partea vătămată sau de nevinovăție de către inculpat, ar putea fi apreciată în funcție de durata pe care o poate produce, contrar cerinței de lămurire a tuturor aspectelor cauzei. Dacă ne referim la un termen „rezonabil” de soluționare a cauzelor penale avem în vedere cerința aflării adevărului și asigurarea drepturilor părților la apărarea drepturilor lor legitime. Termen rezonabil înseamnă atât operativitate, cât și acceptarea unei durate de care ar depinde soluționarea corectă a cauzei. În unele legislații s-a prevăzut orientativ o anumită durată a procesului – 6 luni, un an –, abordare care nu ține seama de gradele diferite de complexitate a cauzelor penale datorită numărului de infracțiuni și inculpați, eventual de părți vătămate aflate în proces, dificultatea probatoriilor, încărcarea instanțelor cu un număr prea mare de cauze. Termenul *rezonabil* în care trebuie soluționată o cauză are în vedere toate elementele de apreciere¹², fiind rezonabil un termen de câteva luni pentru o cauză simplă, cu un singur inculpat judecat pentru o singură infracțiune, dar și un termen de unul sau mai mulți ani pentru soluționarea definitivă a unei cauze penale complexe, cu zeci de inculpați și părți civile, cu infracțiuni multiple, în special în domeniul economico-financiar, unde sunt necesare expertize de lungă durată.

Termenul „rezonabil” în care trebuie rezolvată o cauză penală are în vedere și situația inculpaților aflați în detenție preventivă, pentru ca privarea lor de libertate să nu dureze mai mult decât este necesar pentru desfășurarea normală a urmăririi penale și a judecății. În acest sens, prin art. 23 alin. 5 din Constituție s-a prevăzut că durata totală a arestării preventive a inculpatului în cursul urmăririi

¹² Vezi și Dumitru-Virgil Diaconu, *Judecarea cauzei penale într-un termen rezonabil, conform jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului*, în „Dreptul” nr. 2/2003, p. 113; Adrian Ștefan Tulbure, *Câteva argumente pentru un nou principiu al dreptului procesual penal: „Dreptul la judecarea cauzei într-un termen rezonabil”*, în „Dreptul” nr. 6/2003, p. 202.

penale nu trebuie să depășească un termen rezonabil și nu mai mult de 180 de zile; fixând un asemenea termen pentru durata arestării preventive, implicit se acționează pentru un termen rezonabil în soluționarea urmăririi penale, dacă este necesară menținerea inculpatului în stare de privare de libertate. De asemenea, potrivit alin. 6 al art. 23 din Constituție, instanța de judecată este obligată să verifice periodic și nu mai târziu de 60 de zile legalitatea și temeinicia arestării preventive, dispunând, de îndată, punerea în libertate a inculpatului arestat, dacă se constată că nu mai există temeiurile care să justifice menținerea privării de libertate, ceea ce poate influența și durata judecății.

Cerința unui termen rezonabil în soluționarea cauzelor penale are repercusiuni asupra legiuitorului pentru stabilirea în Codul de procedură penală a unor termene scurte de exercitare a unor drepturi, de efectuare a unor lucrări, de desfășurare a unor activități, dar suficiente pentru a asigura o normală și corectă desfășurare a procesului penal; are ca urmare și obligarea participanților la proces de a desfășura în termene rezonabile activitățile procesuale, ajungându-se astfel la o anumită operativitate a urmăririi penale și a judecății, într-o durată nici prea scurtă, care ar efectua soluționarea justă a cauzei, dar nici prea îndelungată, care ar afecta efectul represiv și educativ al procesului penal. Caracterul procesului penal de a asigura soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil se reflectă în reglementarea regulilor de bază și a normelor în care trebuie să se desfășoare activitatea autorităților judiciare și a părților din proces, în sensul că reglementarea trebuie să asigure o operativitate normală, continuă, fără întreruperi și amânări nejustificate, dreptul la apărare trebuie să se realizeze chiar dacă ar implica o amplificare a duratei procesului, toate însă rezonabil, contribuind și la însăptuirea caracterului procesului penal de a fi echitabil.

Les traits caractéristiques du procès pénal roumain

– Résumé –

L'analyse des nouvelles dispositions prévues par la Constitution de la Roumanie et des modifications du Code de procédure pénale a déterminé l'auteur de placer le procès pénal roumain dans le système de procédure pénale miinquisitoire, ce qui signifie le pouvoir du juge de chercher la vérité par l'administration des preuves au-delà de l'accord des parties; en même temps, l'auteur examine les traits caractéristiques du procès pénal roumain d'être équitable et de durée raisonnable, exigences prévues par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et par la Constitution de la Roumanie.



PROCESUL DE ARMONIZARE A LEGISLAȚIEI EUROPENE ÎN DOMENIUL SOCIETĂȚILOR COMERCIALE

IOAN MACOVEI și NICOLETA-RODICA DOMINTE

Comerțul internațional, în spațiul Uniunii Europene, se desfășoară în temeiul conceptelor de uniune vamală, piață comună, uniune monetară și economică, având la bază cele patru libertăți fundamentale și anume libera circulație a persoanelor, libera circulație a mărfurilor, libera circulație a capitalurilor și libera circulație a serviciilor¹. În acest areal socio-economic, societățile comerciale reprezintă un element dinamic și esențial în realizarea operațiunilor comerțului internațional. Formele cele mai cunoscute de societăți comerciale din Europa sunt societatea în nume colectiv, societatea în comandită simplă, societatea pe acțiuni, societatea în comandită pe acțiuni și societatea cu răspundere limitată. De asemenea, societățile comerciale² prezintă prevederi legislative și forme specifice unui anumit stat. Astfel, există tipuri de societăți comerciale precum societatea în comandită simplă cu răspundere limitată din Germania, societate de tip „Anstalt” din Liechtenstein și.a.m.d. Normele juridice în materia societăților comerciale sunt diferite și variate, în sensul că există state ce reglementează societățile comerciale prin intermediul unui *Cod al Societăților Comerciale* – în Portugalia, precum și state ce au adoptat prevederi legislative speciale pentru fiecare formă de societate comercială, de exemplu în Finlanda Legea societăților pe acțiuni din 1978 și Legea societăților în nume colectiv și societăților în comandită simplă din 1974.

Astfel, această diversitate de forme a societăților comerciale și a prevederilor legislative a reprezentat o premisă de început a procesului de armonizare a legislației europene în domeniul societăților comerciale. Prin conceptul de „armonizare legislativă” se înțelege un „proces prin care legislațiile țărilor membre și a

¹ O. Manolache, *Drept comunitar. Cele patru libertăți fundamentale. Politici comunitare*, vol. II. Ed. All Beck, București, 1999, p. 1-64.

² Pentru detalii, vezi: D.D. Șaguna, M.R. Nicolescu, *Societăți comerciale europene*, Ed. Oscar Print, București, 1996, p. 122, 176, 193, 207.

celor ce doresc să adere la Uniunea Europeană se alinează normelor dreptului comunitar. Armonizarea legislativă este necesară pentru buna funcționare a Pieței Unice Comunitare, a politicilor Uniunii Europene, a economiei statelor membre și pentru transpunerea în practică a principiilor democrației și statului de drept ce stau la baza edificiului comunitar [...]”³.

Ideea elaborării unui instrument legislativ care să reglementeze în mod unitar un tip de societate comercială la nivel comunitar datează din 1959 și aparține profesorului olandez Pieter Sanders și notarului francez M. Thibierge. Ulterior, s-a încercat crearea unui cadru juridic prin prezentarea unui proiect al societății anonime europene⁴ Consiliului de Miniștri al Comunităților Economice Europene, la 30 iunie 1970.

Procesul de armonizare a legislației statelor membre ale Comunităților Economice Europene privind societățile comerciale a început în anul 1968. Inițial, la elaborarea și adoptarea Primei Directive nr. 151/1968 au participat primele șase state membre ale Comunităților Economice Europene: Belgia, Franța, Germania de Vest, Italia, Luxemburg și Olanda. Ulterior, numărul statelor membre a crescut, astfel încât în momentul adoptării Directivei a XII-a nr. 667/1989, Uniunea Europeană avea 15 state membre⁵. Adoptarea directivelor în materia societăților comerciale a fost influențată de cadrul socio-economic referitor la constituirea și dezvoltarea Comunităților Economice Europene. Analizând procesul de constituire a Uniunii Europene se poate aprecia că anumite evenimente⁶ au influențat adoptarea directivelor comunitare, precum crearea Uniunii Vamale la 1 iulie 1968, eliminarea restricțiilor vamale⁷ între statele membre ale Uniunii Europene începând cu data de 1 iulie 1977, constituirea Sistemului Monetar European⁸ în cadrul Consiliului European de la Bremen din 6-7 iulie 1978 și.a.m.d. Astfel, acțiunea de armonizare a legislației europene a avut în vedere elaborarea unui număr de directive privind instituirea unui

³ I. Jinga, A. Popescu, *Integrare europeană. Dicționar de termeni comunitari*. Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 183.

⁴ Pentru detalii, vezi: D.D. Șaguna, M.R. Nicolescu, *op.cit.*, p. 263.

⁵ Cele 15 state membre ale Uniunii Europene sunt: Belgia, Franța, Germania, Italia, Luxemburg, Olanda, Danemarca, Irlanda, Marea Britanie, Grecia, Spania, Portugalia, Austria, Finlanda și Suedia; cf. I. Jinga, A. Popescu, *op.cit.*, p. 17-36.

⁶ I. Jinga, A. Popescu, *op.cit.*, p. 17-36; ***, *Hello Europe. Youth guide to Europe and the European Union*, CD, editat de Comisia Europeană, Luxemburg, 2000.

⁷ Pentru detalii, vezi: D. Leonard, *Guide to the European Union*, Ed. Profile Books Ltd., London, 1997, p. 104-108; O. Manolache, *op.cit.*, p. 15-21.

⁸ Pentru detalii, vezi: G. Ferréol și colectivul, *Dicționarul Uniunii Europene*, Ed. Polirom, Iași, 2001, p. 188-199.

domeniu legislativ unitar la nivel comunitar. În acest sens, au fost elaborate un număr de 13 directive⁹ dintre care nouă sunt în vigoare, iar patru doar în stadiu de proiect în dezbatere. Totuși, în literatura de specialitate au fost aduse critici privind înfăptuirea procesului de armonizare a directivelor¹⁰.

Acest act de armonizare legislativă a avut la bază trei piloni reprezentați prin trei articole¹¹ ale Tratatului de la Roma al Comunităților Economice Europene:

în articolul 18 – „Statele membre își declară disponibilitatea de a contribui la dezvoltarea comerțului internațional și la reducerea obstacolelor în schimburile comerciale, prin participarea la convenții bazate pe reciprocitate și avantaj mutual, la reducerea drepturilor vamale sub nivelul general de care ele s-ar putea prevala ca rezultat al instituirii unei uniuni vamale.”

în articolul 58 – „Societățile constituie în conformitate cu legislația unui stat membru și având sediul statutar, administrația centrală sau sediul principal în interiorul Comunității, sunt asimilate, pentru aplicarea dispozițiilor prezentului capitol, persoanelor fizice care sunt cetăteni ai statelor membre. Prin societăți se înțeleg societățile civile comerciale, inclusiv cooperativele, și celelalte persoane juridice de drept public sau privat, cu excepția societăților fără scop lucrativ.”

în articolul 54, paragraful 3, lit. g. – „coordonarea, în măsura necesară și în scopul de a le echivala, a garanțiilor care le sunt pretinse în statele membre societăților în sensul articolului 58, alineatul 2, pentru a proteja atât interesele asociațiilor, cât și ale terților”.

Prima Directivă¹² nr. 151/1968 se referă la îndeplinirea unei condiții de publicitate a actelor privind societățile pe acțiuni și societățile cu răspundere limitată.

⁹ R. Bennett, *European Business*, Ed. M. & Pitman Publishing, London, 1997, p. 143-146; D.D. Șaguna, M.R. Nicolescu, *op.cit.*, p. 27-28; Corina Leicu, *Repere ale legislației comunitare în domeniul societăților comerciale*, „Revista de Drept Comercial” nr.11, 1996, p. 35-38; I. Filipescu, A. Fuerea, *Drept instituțional comunitar european*, Ed. Actami, București, 2000, p. 220-227 (se prezintă perioada de adoptare a directivelor comunitare în cadrul legislației franceze). Textul legislației comunitare poate fi consultat la următoarea pagină web: www.europa.eu.int/comm/internal-market/en/company

¹⁰ Pentru detalii, vezi: G.G. Howells și colectivul, *European Business Law*, Ed. Dartmouth, England, 1996, p. 176-181.

¹¹ ***, *Documente de bază al Comunității și Uniunii Europene*, Ed. Polirom, București, 1999, p. 39, 54-55, 53.

¹² First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent through the community publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L065 din 14.03.1968.

Directiva¹³ a II-a nr. 91/1977 reglementează un plafon minim al capitalului social al societăților pe acțiuni, categoriile de acțiuni, modalitatea de dobândire a acțiunilor, precum și aspecte referitoare la mărimea și reducerea capitalului social în cadrul societăților pe acțiuni.

Directiva¹⁴ a III-a nr. 855/1978 prevede modalitatea de realizare a unei fuziuni a societăților pe acțiuni. Capitolul al doilea se referă la constituirea unei fuziuni prin achiziționarea unei societăți comerciale, iar Capitolul al treilea reglementează fuziunea prin formarea unei noi societăți comerciale. De asemenea, capitolul al patrulea stipulează reguli necesare pentru realizarea unei fuziuni prin achiziționarea unei companii de către o altă societate comercială ce deține 90% din acțiunile acesteia.

Directiva¹⁵ a IV-a nr. 660/1978 se referă la realizarea bilanțului contabil în cadrul societății pe acțiuni, a societății în comandită pe acțiuni și a societății cu răspundere limitată.

Directiva¹⁶ a VI-a nr. 891/1982 reglementează divizarea unei societăți pe acțiuni prin achiziționarea ei, prin crearea unei noi companii sau în virtutea coordonării acestei operațiuni de către o autoritate judiciară.

Directiva¹⁷ a VII-a nr. 349/1983 cuprinde norme juridice referitoare la contabilitatea societății pe acțiuni, societății în comandită pe acțiuni și a societății cu răspundere limitată și are rolul de a completa dispozițiile directivei a patra.

¹³ Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L026 din 31.01.1977.

¹⁴ Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L295 din 20.10.1978.

¹⁵ Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the annual accounts of certain types of companies publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L222 din 14.08.1978.

¹⁶ Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L378 din 31.12.1982.

¹⁷ Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L193 din 18.07.1983.

Directiva¹⁸ a VIII-a nr. 253/1984 stipulează condițiile necesare pentru dobândirea funcției de cenzor în cadrul unei societăți pe acțiuni. De altfel, directiva prevede în articolul 2, paragraful 1 că atât o „persoană fizică, cât și o firmă de audit” pot avea calitatea de cenzor. Persoanele fizice și/sau juridice, ce vor efectua aceste operațiuni, trebuie să fie „autorizate în vederea desfășurării operațiunilor de către autoritățile componente din statele membre ale Uniunii Europene” în temeiul dispozițiilor articolului 2.

Directiva¹⁹ a XI-a nr. 666/1989 se referă la înființarea unei sucursale pe teritoriul statelor membre de către anumite tipuri de societăți comerciale guverneate de legea altui stat. Directiva cârmuiește înființarea unor sucursale de către societățile pe acțiuni, ce au sediul pe teritoriul statelor membre ale Comunității Europene, precum și de către societăți comerciale cu sediul în state din afara Comunităților Economice Europene. De asemenea, se menționează în articolul 14 din Directiva nr. 666/1989 că „Articolele 3 și 9 nu se vor aplica sucursalelor înființate de instituții de credit sau financiare ce sunt reglementate de Directiva nr. 117/1989”.

Directiva²⁰ a XII-a nr. 667/1989 privind societățile cu răspundere limitată cu asociat unic are ca obiectiv reglementarea înființării și funcționării unei societăți cu răspundere limitată cu asociat unic pe teritoriul statelor membre, dar reglementează și societățile pe acțiuni cu asociat unic, după cum reiese din dispozițiile articolului 6. De asemenea, se menționează în preambulul directivei că „fiecare stat membru poate să prevadă sancțiuni și penalități atunci când o persoană fizică este membru în mai multe societăți cu răspundere limitată cu asociat unic sau când o societate cu asociat unic constituie o altă societate cu asociat unic [...]”.

Rezultatul procesului de armonizare a fost concretizat prin adoptarea Regulamentului²¹ nr. 2157 din 8 octombrie 2001 privind Statutul Societății

¹⁸ Eighth Council Directive 84/253/EEC of 10 April 1984 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the approval of persons responsible for carrying out the statutory audits of accounting documents publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L126 din 12.05.1984.

¹⁹ Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L395 din 30.12.1989.

²⁰ Twelfth Council Company Law Directive 89/667/EEC of 21 December 1989 on single-member private limited-liability companies publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L395 din 30.12.1989; Corina Leicu, *op.cit.*, p. 37.

²¹ Council Regulation (EC) no 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE) publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L294 din 10.11.2001.

Comerciale Europene și a Directivei²² nr. 86 din 8 octombrie 2001 privind completarea statutului societății comerciale europene în vederea implicării angajaților. Astfel, prin normele juridice comunitare, adoptate de către organismele Uniunii Europene, s-a dorit crearea unui cadru juridic și a unor instrumente legislative necesare în vederea legiferării liberei circulației a persoanelor juridice, a capitalurilor și a activităților de import-export desfășurate de societățile comerciale. În preambulul Regulamentului Societății Comerciale Europene se menționează la punctul 8 că „Statutul pentru constituirea unei societăți pe acțiuni (denumită ulterior SE) reprezintă una din măsurile ce trebuiau să fie adoptate de către Consiliu înainte de 1992 [...] în vederea completării conceptului de Piață Internă aprobat de către Consiliul European ce s-a întrunit la Milano în iunie 1985”. De asemenea, la punctul 9 se afirmă că de la Proiectul privind înființarea unei societăți anonime europene din 1970 au fost realizate importante progrese prin amendamentele aduse acestui proiect și prin armonizarea legislațiilor naționale ale statelor membre.

Așadar, se poate constata diferența de formă a normei juridice prin care s-a instituit statutul societăților comerciale europene în comparație cu celelalte legi comunitare privind societățile comerciale. Această deosebire accentuează importanța pe care Consiliul Uniunii Europene o acordă statutului societății comerciale europene. Astfel, explicația²³ rezidă în faptul că regulamentele sunt aplicate direct pe teritoriul Uniunii Europene, în timp ce directivele vor fi aplicate în statele membre numai după ce au fost transpuse anterior în cadrul legislației naționale, ceea ce înseamnă un proces îndelungat.

Regulamentul nr. 2157 din 8 octombrie 2001 reglementează prima formă de societate comercială comună pe teritoriul celor 15 state membre ale Comunității Europene, fiind structurat astfel: Titlul I – Noțiuni generale (*General Provisions*); Titlul II – Constituirea (*Formation*); Titlul III – Structura societății comerciale europene (*Structure of the SE*); Titlul IV – Bilanțul contabil anual (*Annual accounts and consolidated accounts*); Titlul V – Dizolvarea, lichidarea, insolvența și cesiunea plăților (*Winding up, liquidation, insolvency and cessation of payments*); Titlul VI – Dispoziții tranzitorii și adiționale (*Additional and transitional provisions*); Titlul VII – Dispoziții finale (*Final provisions*).

²² Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statut for a European company with regard to the involvement of the employees publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L294 din 10.11.2001.

²³ Pentru detalii, vezi: Corina Leicu, *Drept comunitar*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 47-48; O. Manolache, *Drept comunitar. Instituții comunitare*, vol. I, Ed. All Beck, București, 1999, p. 130-142.

În conformitate cu prevederile articolului 1, paragraful 1 din Regulamentul nr. 215/2001 „Societatea comercială să fie înființată pe teritoriul Comunității, sub forma unei societăți pe acțiuni cu denumirea „Societas Europaea” sau SE în condițiile prevăzute de dispozițiile acestui regulament”.

Astfel, în vederea înființării societății europene a fost aleasă ca formă societatea pe acțiuni. Societatea pe acțiuni reprezintă subiectul comun al directivelor comunitare alături de societatea în comandită pe acțiuni și societatea cu răspundere limitată. Societatea pe acțiuni este o formă de societate comercială prevăzută în legislația tuturor statelor membre ale Comunităților Economice Europene. Cea mai veche reglementare a societății pe acțiuni printr-o lege specială datează din 1895 din Finlanda. De asemenea, sunt state membre ale Uniunii Europene, ce acordă o importanță deosebită acestei forme de societate comercială prin adoptarea unei norme juridice speciale²⁴, cum ar fi Spania în 1989, Grecia în 1920, Germania în 1965, Danemarca în 1985, s.a.m.d.

Dispozițiile articolului 2 din același regulament stipulează un număr variat de modalități prin care se poate înființa această nouă formă de societate comercială la nivel european, după cum urmează:

f „Prin *fuziunea* mai multor societăți pe acțiuni, dintre care cel puțin două să fie guvernate de legislația statelor membre și să aibă sediul statutar pe teritoriul statelor membre” (articol 2, paragraful 1);

f „Crearea unui *holding* de către societățile pe acțiuni și societățile cu răspundere limitată înființate potrivit legislației statelor membre cu condiția ca cel puțin două dintre companii să fie cârmuite de legislația statelor membre sau să fi avut de cel puțin doi ani o filială guvernată de legislația unui alt stat membru sau o sucursală situată într-un alt stat membru” (articolul 2, paragraful 2);

f „Crearea unei *filiale* a societății europene de către companii și firme, în sensul prevederilor articolului 48, paragraful 2 din Tratatul de la Roma, și de către alte persoane juridice de drept public sau privat înființate, potrivit legislației din statele membre și care au sediul pe teritoriul statelor membre, dacă cel puțin două dintre ele sunt guvernate de legislația unor state membre sau să fi avut de cel puțin doi ani o filială guvernată de legislația unui alt stat membru sau o sucursală situată într-un alt stat membru” (articol 2, paragraful 3);

f „Prin *transformarea* unei societăți pe acțiuni înființată în statele membre, ce a fost înregistrată și are sediul pe teritoriul Uniunii Europene, dacă a constituit o filială pentru o perioadă de cel puțin doi ani cârmuită de legislația unui alt stat membru” (articol 2, paragraful 4).

²⁴ Pentru detalii, vezi: D.D. Șaguna, M.R. Nicolescu, *op.cit.*, p. 131, 140, 170, 220.

Astfel, se constată că pentru a putea participa la constituirea acestei forme de societate comercială este necesar ca persoanele juridice să fie înregistrate și să aibă sediul social pe teritoriul unuia din statele membre ale Uniunii Europene. Totuși, articolul 2, paragraful 5 reprezintă o excepție de la regulă, în sensul că „un stat membru poate permite unei societăți comerciale ale cărei sediu nu este pe teritoriul Uniunii Europene să participe la înființarea unei societăți europene cu condiția ca respectiva societate comercială să fie înființată și înregistrată în statele membre și să mențină o legătură continuă și reală cu economia statelor membre”.

Întrebarea care se pune este dacă această formă de societate va fi guvernată numai de prevederile Regulamentului nr. 2517 din 8 octombrie 2001 sau se vor aplica și prevederile legilor naționale ale statelor membre ale Uniunii Europene. De asemenea, statutul societății este reglementat prin intermediul unui reglement, ce are prioritate atunci când intră în conflict cu legea națională a unui stat membru. Articolul 9 din reglement se referă la legea aplicabilă societății comerciale europene și prevede faptul că societatea va fi cârmuită atât „de dispozițiile acestui reglement”, cât și de legislația națională a statelor membre. De asemenea, în conformitate cu prevederile articolului 9 se poate afirma că reglementul reprezintă dreptul comun și uniform, iar legislația națională a statelor membre va fi aplicată atunci când în cuprinsul reglementului nu există mențiuni referitoare la anumite aspecte privind această societate comercială. În temeiul celor afirmate mai sus, paragraful 3 din articolul 9 stipulează că atunci când există „prevederi specifice în cadrul legislației naționale referitoare la anumite activități desfășurate acestea vor fi aplicate în mod expres”. Regulamentului nr. 2157 din 8 octombrie 2001 prin prevederile articolului 9, paragraful 1, litera b stipulează că „atunci când Regulamentul permite, se pot aplica și prevederile statutului societății”.

Titlul al III-lea al reglementului se referă la funcționarea societății europene. Astfel, articolul 38 dispune că potrivit prevederilor acestui reglement, organele din cadrul societății vor fi compuse astfel: „dintr-o adunare generală a acționarilor și fie dintr-un organ de management și un comitet de supraveghere (*two-tier system*), fie dintr-un organ administrativ (*one-tier system*)”. Astfel, structura societății cunoaște două forme²⁵, care corespund sistemului clasic francez și sistemului german cunoscute în legislația europeană privind societatea pe acțiuni.

²⁵ I. Macovei, *Instituții în dreptul comerțului internațional*, Ed. Junimea, Iași, 1987, p. 154-155; D.A. Sitaru, *Dreptul comerțului internațional*, vol. I, Ed. Actami, București, 1996, p. 277-278.

Fig. 1. Prezentare comparativă a organelor societății europene și a societății pe acțiuni

Sistemul francez	„One-tier system”	Sistemul german	„Two-tier system”
Adunarea generală a acționarilor			
Consiliu de Administrație	Organ de Management	Comitet de supraveghere	Comitet de supraveghere
Director general	Directori	Directorat	Organ de management

În conformitate cu sistemul „*two-tier*”, organul de management este responsabil cu administrarea societății, iar membrii acestui organ vor fi numiți și revocați de către comitetul de supraveghere. Totuși, se precizează la articolul 39, paragraful 2, alineatul 2 că statele membre ale Uniunii Europene pot „să acorde asociațiilor dreptul de a stipula în statutul societății că administratorii vor fi aleși și revocați de către adunarea generală a acționarilor, în aceleași condiții specifice societății pe acțiuni din statul de înregistrare”. Comitetul de supraveghere are rolul de a controla activitatea desfășurată de către administratori. Membrii acestui comitet vor fi aleși de către adunarea generală a acționarilor. De asemenea, în articolul 40 paragraful 2 se menționează că „[...] membrii primului comitet de supraveghere pot fi numiți prin statut și vor alege un președinte din rândul lor”. O prevedere importantă este cea stipulată la articolul 39, paragraful 3 conform căreia „Nici o persoană nu poate fi în același timp administrator și membru în cadrul comitetului de supraveghere”.

Cel de al doilea sistem intitulat „*one-tier*” cuprinde adunarea generală a acționarilor și administratori. Administratorii trebuie să fie în număr de „minim trei persoane”²⁶, care vor fi aleși de către adunarea generală a acționarilor. Fiecare membru este îndreptățit să examineze informațiile discutate în cadrul întâlnirilor programate. Membrii acestui organism vor alege un director. De asemenea, în legislația unui „stat membru se poate prevedea ca directorul sau comitetul de directori să răspundă pentru activitatea desfășurată în cadrul societății, în condițiile prevăzute la societățile pe acțiuni din statul membru pe teritoriul căruia este înregistrată compania” potrivit articolului 43, paragraful 1 din regulament.

Titlul al III-lea al Regulamentului nr. 2157 din 8 octombrie 2001 nu prevede nici o dispoziție în temeiul căreia acționarii ar trebui să înființeze societatea în

²⁶ Articolul 43, paragraful 2, alineatul 2 din Regulamentul nr. 2157 din 8 octombrie 2001 privind Statutul Societății Comerciale Europene.

conformitate cu sistemul „one-tier” sau „two-tier”. De asemenea, articolul 39, paragraful 5 face referire la faptul că, atunci când în statul unde se înregistrează societatea comercială europeană nu există prevederi referitoare la sistemul two-tier respectivul stat membru va trebui să adopte măsurile necesare în vederea funcționării societății potrivit acestei structuri. Astfel, având în vedere prevederile articolului 39, paragraful 5 și distincția între cele două structuri ale societății stipulată în regulament, se poate aprecia că legiuitorul a oferit asociațiilor posibilitatea de alegere a uneia dintre cele două structuri ale societății.

Prevederile acestui regulament sunt completate de dispozițiile Directivei 86/2001 din 8 octombrie 2001 privind completarea dispozițiilor Statutului Societății Europene referitoare la implicarea angajaților. În conformitate cu prevederile acestei directive este vorba despre implicarea și reprezentarea angajaților în structurile și organismele societății comerciale europene. Acestea reprezintă un aspect important prevăzut în cadrul legislațiilor europene naționale. În prezent, această cerință este obligatorie²⁷ în anumite state membre ale Uniunii Europene, precum: Austria, Danemarca, Franța, Germania, Luxemburg, Olanda, Suedia și Finlanda.

Regulamentul nr. 2157 din 8 octombrie 2001 privind Statutul Societății Comerciale Europene a fost publicat în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene din 10 noiembrie 2001, dar în conformitate cu prevederile articolului 70 va intra în vigoare la data de 8 octombrie 2004.

Procesul de armonizare a legislației europene în domeniul societăților comerciale a început în anul 1959 și putem afirma că este încă în curs de desfășurare. Totuși, au fost adoptate un număr de directive ce au rolul de a evidenția libera circulație a capitalurilor, a persoanelor, a serviciilor ce au conexiune cu societățile comerciale. Astfel, a fost creată o legislație comercială ce depășește granițele statelor naționale și care pentru prima dată instituie o formă de societate comercială comună pe teritoriul a 15 state. De asemenea, se poate formula următoarea întrebare: se va institui un „pașaport european”²⁸ pentru societatea comercială europeană?

În concluzie, dorim să aducem în atenția dumneavoastră cuvintele lui Jean Monnet „We unite people, not states” („Noi unim oameni, nu state”), care sunt transpuse în practică prin realizarea acestui proiect ce a însemnat crearea unei forme de societate comercială europeană la nivel comunitar, prin intermediul căreia intră în legătură atât persoane fizice, cât și persoane juridice de naționalități diferite aparținând statelor membre ale Uniunii Europene.

²⁷ Vezi: Roger Bennett, *op.cit.*, p. 172.

²⁸ Pentru detalii, vezi: I. Jinga, A. Popescu, *op.cit.*, p. 189.

The Harmonisation Process of the European Legislation Regarding Companies

— Abstract —

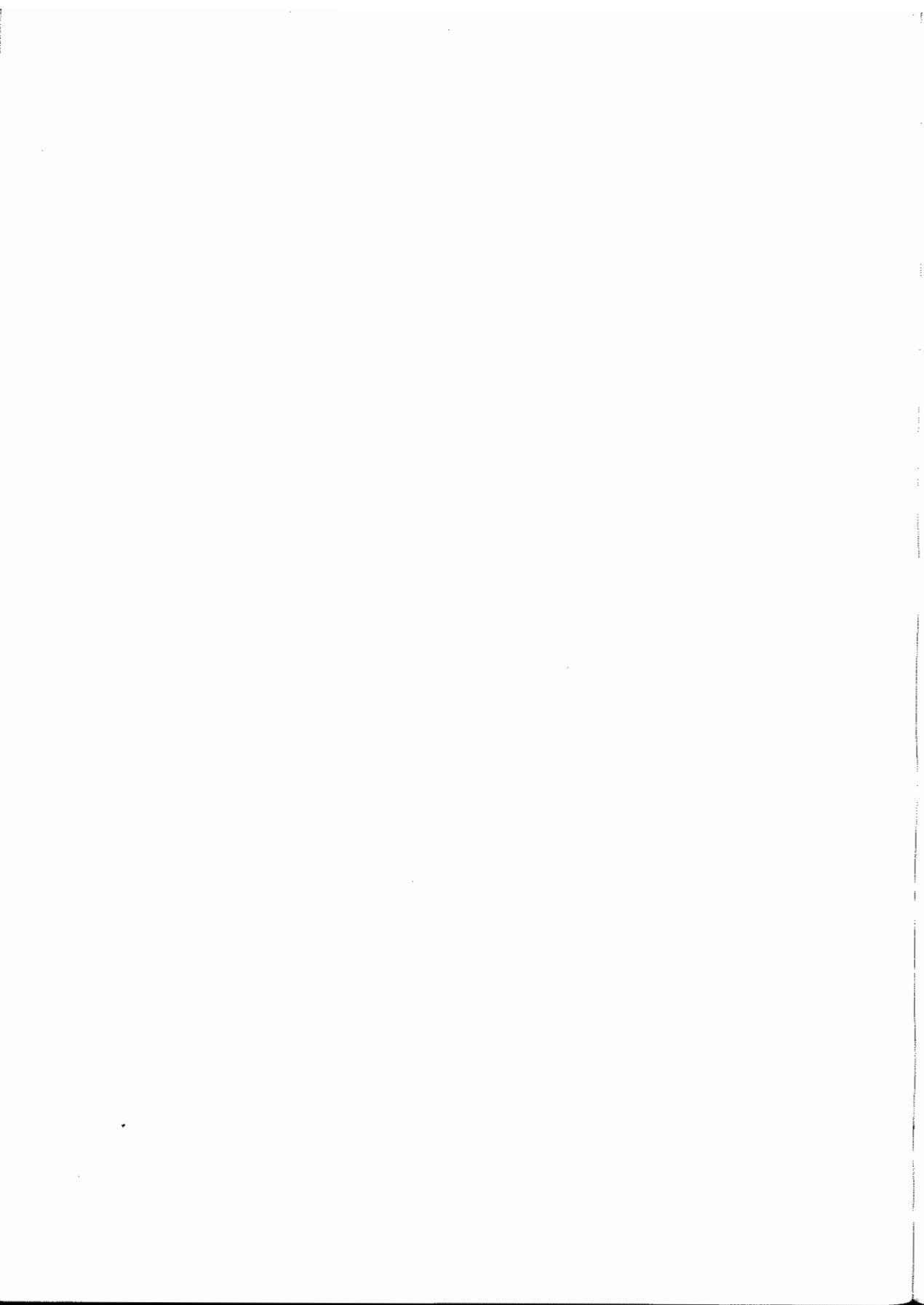
The European well known forms of companies are partnerships, limited partnership, public company/corporation, private limited liability company and company with shareholders with limited liability. Still, there are firms characteristic to one country, such as „Anstalt” in Liechtenstein, etc.

Within the European area, the legislation referring to companies differs from one country to another. Therefore, the European Union has started the process of harmonising this legislation within its territory. The process began in 1959 due to an idea of creating a unique type of company at the community level. During the development of this process, the European Union legislative bodies have adopted a number of Directives and Regulations concerning the companies. The community law has enacted special issues regarding the public companies and limited liability companies. The elaboration of these Directives has been influenced by certain events of the European social and economic society.

Thus, at the level of the EU, some uniform community legislation was created, i.e. a legislation regarding an important device of economic development, companies respectively.

The important results was the embodiment of the idea born in 1959 through the Council Regulation (EC) No 2157/2001 of October the 8th 2001 on the Statute for European company (SE) that will enter into force on October the 8th, 2004.

As a conclusion, the year 2004 means the beginning of the establishment of the „Societas Europaea” within European Union.



PROTECȚIA JURIDICĂ A FONDULUI FORESTIER

GHEORGHE DURAC și LAURA BOURIAUD

1. Definirea regimului silvic

Regimul silvic este un ansamblu de reguli speciale ce se aplică pădurilor în legătură cu administrarea, conservarea și utilizarea masei lemnoase și exercitarea servituitořilor care grevează aceste păduri.

Totodată, regimul silvic constituie un instrument de politică forestieră¹, reprezentând o veritabilă tutelă a autorităților administrative asupra pădurilor, în scopul de a asigura mai eficient conservarea proprietății forestiere.

Tendința de a caracteriza regimul silvic prin prisma finalității sale se regăsește în majoritatea definițiilor prezentate în tratate de drept forestier ale școlii franceze. Astfel, Meyer² face referire la regimul silvic ca fiind un ansamblu de reguli speciale de ordin public derogatorii de la dreptul comun și determinate prin Codul forestier, în scopul *asigurării conservării și punerii în valoare a pădurilor la care se aplică, în interesul superior al națiunii*. De remarcat că finalitatea „de punere în valoare a pădurii” asociată regimului silvic este expresia transformărilor din administrația forestieră franceză din 1964, când se creează Office National des Forêts, „établissement public national à caractère industriel et commercial, principalement chargé de la mis en oeuvre du régime forestier” – „instituție publică cu caracter industrial și comercial, a cărei principală atribuție este punerea în aplicare a regimului silvic”. Semnalăm, de asemenea, că în Franța, de pildă, pădurile situate în mediul urban au o reglementare distinctă în Codul urbanistic³.

¹ A se vedea, Ernest Lupan și colab., *Dreptul mediului. Partea specială Tratat elementar*, vol. II, Ed. „Lumina Lex”, București, 1997, p. 47.

² Meyer, *Législation et politique forestière*, Ed. Berger-Levrault, Paris, 1968, p. 38.

³ J. Morand-Deviller, *Droit de l'environnement*, Ed. „ESTEM”, Paris, 1996, p. 72.

Codul silvic român din 1996⁴ definește **regimul silvic** ca fiind un sistem de norme tehnice, economice și juridice privind amenajarea, cultura, exploatarea, protecția și paza acestui fond, având ca finalitate asigurarea gospodăririi durabile a ecosistemelor forestiere.

Definiția dată regimului silvic în Codul silvic român prezintă următoarele particularități:

– Are sferă de aplicare mai largă, deoarece regimul silvic depășește semnificația unor norme tehnice, integrând și aspecte economice și juridice ale gestionării pădurilor. Astfel, Codul silvic menționează categoriile de venituri ce pot fi obținute din pădurile proprietate publică sau privată și autorizează posibilitatea încasării contravalorii efectelor funcțiilor de protecție ale pădurilor. Aspectul economic se regăsește de asemenea în reglementările cu privire la obligațiile financiare ce revin proprietarilor de păduri în gestionarea pădurilor, precum și cu privire la modalitățile de finanțare (art. 7, al. 4, O.G. nr. 96/1998). În Codul silvic și în ordonanța 96/1998 există și alte prevederi cu conținut economic, referitoare la vinderea și exploatarea arborilor pe picior, la calculul taxelor și despăgubirilor în cazul schimbării categoriei de folosință a terenului, la întocmirea contractelor de administrare, de către Regia Națională a Pădurilor sau alte unități specializate, a fondului forestier proprietate publică.

– În plan juridic, Codul silvic instituie o procedură pentru constrângerea la regenerarea pădurilor proprietate privată, prin care devizul lucrărilor efectuate de către Regia Națională a Pădurilor, acceptat în mod expres sau tacit de către proprietar, devine titlu executoriu și temei juridic al executării silite. Respectarea dreptului de preemtivitate al statului la vânzările de teren forestiere constituie încă o prevedere a regimului silvic ce ilustrează dimensiunea sa juridică;

– Nu face distincție între păduri supuse regimului forestier și păduri nesupuse regimului forestier, deoarece se aplică întregului fond forestier, indiferent de natura proprietății, conform articolului 9, al. 1 Cod silvic;

– Finalitatea aplicării regimului silvic este gospodăria durabilă a ecosistemelor forestiere. Noțiunea încă dificil de definit, gestionarea durabilă a pădurilor presupune respectarea a cel puțin două principii pe care legea română le-a consacrat deja: *conservarea și dezvoltarea* fondului forestier. În contextul diferențierii gospodăririi pădurilor de forme de proprietate, regimul silvic intervine pentru conservarea și dezvoltarea resursei forestiere naționale, indiferent de forma de proprietate.

⁴ Legea nr. 26/1996, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 93 din 8 mai 1996.

2. Caracterizarea regimului silvic

Definițiile evocate sugerează câteva caractere ale regimului silvic:

- în primul rând, reținem că sediul reglementării sale îl constituie Codul silvic și Ordonanța Guvernului nr. 96/1998;
- în al doilea rând, precizăm că regimul silvic este o instituție juridică derogatorie de la dreptul comun, deoarece aduce restricții importante în dreptul de dispoziție al proprietarului forestier asupra terenurilor deținute;
- în al treilea rând, menționăm că are caracter de ordine publică, deoarece de esență regimului forestier este aplicabilitatea la pădurile proprietate publică, de către un corp silvic investit cu autoritate publică. În cazul domeniului forestier francez, de exemplu, regimul silvic se aplică altor păduri decât publice numai prin derogare, și în prezența anumitor condiții restrictive. Reglementarea proprietății forestiere private se face în paralel cu reglementarea regimului silvic⁵.

În sfârșit, subliniem că legitimitatea regimului silvic este dată de finalitatea sa, care constată în apărarea unui interes general al societății.

În dreptul francez, regimul forestier este un act juridic generator de un nou statut pădurile la care se aplică. Supunerea la regim silvic constituie deci un act-condiție a schimbării de statut al terenului forestier⁶.

⁵ Ceea ce nu înseamnă că gospodărirea proprietății forestiere private se sustrage incidentei legii. Dimpotrivă, începând cu secolul al XIX-lea o serie de legi cu caracter stimulativ și represiv au ca obiect specific tocmai gestionarea proprietății private. Astfel, în 1859 se introduce interdicția de defrișare fără autorizație a pădurilor proprietate particulară. Inundațiile grave din bazinele hidrografice Rhône și Garonne din 1860 incită la o serie de măsuri legislative vizând conservarea pădurilor cu funcții de protecție, măsuri care culminează în 1913 cu legea Audiffred de extindere a regimului forestier la pădurile departamentelor, instituțiilor de utilitate publică, asociațiilor de ajutor mutual, caselor de economii și la anumite păduri particulare în vederea conservării, cu subscríerea voluntară de către proprietari la regimul silvic. În 1968 suprafața acestei din urmă categorii era de 11 700 ha. Aceste legi se completează:

- cu dispozițiile legii asupra împăduririlor din 1942, care dispun că lucrările de împăduriri sunt de interes general și pot fi impuse obligatoriu particularilor, în anumite sectoare desemnate de către prefect;
- cu dispozițiile legii din 1946 de creare a fondului forestier național, un fond de ajutor financiar și tehnic care a permis reîmpădurirea a peste 200 000 ha terenuri proprietate privată pe cheltuiala statului, rămase sub administrația acestuia până la rambursarea datoriei de către proprietarii privați;
- cu dispozițiile legii din 1954 de creare de „groupements forestiers”, în vederea remedierii fărâmițării proprietății forestiere private, dar care nu a dat rezultatele scontate;
- cu legea din 1959 relativă la conservarea și crearea de spații verzi în zonele construibile, prin care statul poate achiziționa, la nevoie pe cale de exproprieare publică, păduri și parcuri în vederea amenajării lor în spații verzi (Meyer, *op.cit.*, p. 32).

⁶ Meyer, *op.cit.*, p. 38.

Pentru dreptul român, supunerea la regim silvic intervine din oficiu și nu are caracter de act juridic de schimbare de statut.

Aplicându-se la întreg fondul forestier național, indiferent de natura proprietății⁷, regimul silvic iese din tiparele unei modalități specifice de gestionare a pădurilor proprietate publică. Astfel, regimul forestier devine în fapt *regimul juridic aplicabil fondului forestier național*.

Aceasta se confirmă dacă se analizează exceptiile de la regimul silvic.

Astfel, plantațiile înființate de persoane fizice sau juridice pe terenuri agricole sunt exceptate de la aplicarea regimului silvic. Aceasta rezultă din articolul 68, al. 2 Cod silvic, unde se precizează că valorificarea și recoltarea lemnului din aceste plantații este la latitudinea proprietarului. Aceste plantații nu sunt supuse regimului silvic deoarece, la origine, terenul pe care au fost înființate nu aparținea fondului forestier.

De asemenea, vegetația din afara fondului forestier național, deși supusă unor reguli de gestionare conform normelor emise de autoritatea pentru silvicultură, nu este supusă regimului silvic și, în baza același considerent, nu este inclusă în fondul forestier național.

Terenurile care nu fac parte din fondul forestier național nu sunt supuse regimului silvic, chiar dacă este vorba despre păduri constituite. Prin urmare, ceea ce determină aplicabilitatea regimului silvic la un anumit teren împădurit nu este importanța pădurii sau necesitatea protejării ei, ci *statutul juridic al terenului, apartenența sa inițială la fondul forestier național*. Prin aceasta, regimul silvic are *caracter obiectiv*⁸.

Așa cum este definit în Codul silvic, regimul silvic întrunește următoarele trăsături juridice:

- este **obligatoriu**: întreg fondul forestier este supus gospodăririi în regim silvic în mod obligatoriu, deoarece legea nu prevede nicăieri posibilitatea unei opțiuni sau a unei derogări unilaterală din partea proprietarului de păduri;

- este **legal**: obiectul și conținutul regimului silvic sunt definite prin lege și numai prin lege, astfel încât părțile nu pot accepta, refuza sau modifica ceva prin convenție ori contract;

⁷ Există însă și autori care consideră că „regimul aplicabil unei anumite păduri, unui anumit teren cu destinație forestieră este desemnat de natura proprietății publice sau private căreia îi aparține, la care se adaugă regimul silvic” (M. Duțu, *Dreptul mediului. Tratat*, vol. I, Ed. Economică, București, 1998, p. 286).

⁸ A se vedea, L. Bouriaud, *Drept forestier. Legislație silvică*, Editura Universității „Ștefan cel Mare”, Suceava, 2002, p. 68.

– este **indivizibil și unitar**: nici autoritatea forestieră, nici proprietarul de păduri, nici administrația publică nu pot aduce modificări conținutului regimului silvic, care trebuie acceptat în integralitatea lui și fără condiții;

– este **public**: conținutul său este determinat într-un cadru legal, de către structuri publice, investite prin lege cu puterea de a decide asupra normelor regimului silvic. În al doilea rând, aplicarea și mai ales controlul aplicării regimului silvic țin de atribuțiile unei autorități publice. În al treilea rând, regimul silvic are drept finalitate asigurarea unor servicii publice, cum ar fi, de exemplu, asigurarea efectelor protective ale pădurii, indiferent de natura proprietății ori categoria juridică a terenului.

3. Obiectul regimului silvic

Articolul 9 Cod silvic stipulează că fondul forestier este supus regimului silvic, indiferent de natura proprietății.

Obiect al regimului forestier este deci fondul forestier, definit ca fiind totalitatea pădurilor și a altor categorii de terenuri cu destinație forestieră.

Astfel, pot face obiect al gestionării în regim silvic:

– terenurile acoperite cu păduri, în sensul definiției de la art. 2 Cod silvic, adică suprafețele cu vegetație forestieră cu o întindere de minim 0,25 ha;

– terenurile care nu sunt acoperite cu păduri. Între acestea, legea distinge:

a) terenurile destinate împăduririi;

b) terenuri care servesc nevoilor de cultură, producție ori administrație silvică;

c) iazurile, albiile pâraielor din fondul forestier.

Distingerea acestor două categorii prezintă importanță din punctul de vedere al principalelor restricții impuse prin regimul silvic. Astfel, pentru terenurile acoperite cu vegetație forestieră, restricțiile în exercitarea dreptului de **dispoziție** (defrișări, incendiere, exploatare fără regenerare, pășunat) sunt prioritare. Chiar dacă nu sunt acoperite de arbori, terenurile din cea de a doua categorie impun și ele respectarea unor restricții, care sunt de natură a limita, în special, schimbarea categoriei de folosință. Astfel, un teren fără arbori amenajat în cursul procesului de exploatare a pădurii ca platformă primară rămâne teren forestier supus regimului silvic, deci i se vor aplica în mod corespunzător prevederile legii privind schimbarea categoriei de folosință și nu va fi posibil de a-l transforma în teren construibil sau în teren agricol.

De aici decurg câteva consecințe:

– nu sunt supuse regimului silvic terenurile cu altă folosință decât forestieră. Destinația agricolă, piscicolă, de uz urbanistic (spații verzi) sau științifică

(parcuri dendrologice, rezervații de semințe, plantații efectuate în scopuri de cercetare), exclude aplicarea regimului silvic prin natura serviciilor și produselor procurate;

– în virtutea același considerent, nu sunt supuse regimului silvic suprafețele cu vegetație forestieră de pe păsunile împădurite, deoarece principala folosință a terenurilor nu este cea forestieră;

– nu pot fi supuse regimului silvic suprafețe cu arbori ce nu intrunesc mărimea determinată prin lege, respectiv 0,25 ha.

Consecința imediată este ambiguitatea supunerii la regim silvic a pădurilor proprietate privată care, de exemplu, nu depășesc un sfert de hecitar de proprietar, dar care împreună formează un masiv forestier ce depășește 0,25 ha. Codul supune regimului silvic pădurile ce depășesc 0,25 ha, fără a preciza nimic despre natura acestei suprafețe, care poate fi unitară, într-un singur masiv, sau fărămițată, aparținând unuia sau mai multor proprietari, în indiviziune sau individualizată.

Rezolvarea situațiilor ambiguë enunțate mai sus vine din analiza acelorași texte ale Codului silvic. Obiectul regimului silvic ar părea să fie definit în Codul silvic din punctul de vedere al criteriului unității fizice. Totuși, din combinarea art. 5 Cod silvic care spune că identificarea terenurilor care constituie fondul forestier național se face pe baza amenajamentelor silvice existente la data adoptării Codului, cu art. 9, al. 1 Cod silvic, care supune întreg fondul forestier național regimului silvic, terenurile forestiere proprietate privată sunt supuse regimului silvic, deoarece, indiferent de măsimea proprietății, ele fac parte din fondul forestier, regăsindu-se în amenajamentele silvice existente la data adoptării Codului. Pe de altă parte, nu s-a aprobat nici o procedură de scoatere de sub regim silvic a unor categorii de păduri, pentru a se putea justifica scoaterea de sub regim silvic a terenurilor proprietate privată care în urma fărămițării au ajuns să aibă sub 0,25 ha pe proprietar sau care nu mai dispun de amenajamente la ora actuală⁹.

Ordonanța Guvernului nr. 96/1998 face compatibile noțiunile de amenajare și regim silvic în sensul că, admitând implicit imposibilitatea efectuării unor operațiuni de amenajare asupra unor suprafețe de sub 10 ha, derogă de la dispozițiile Codului în următoarea formulare: „pentru pădurile cu suprafețe mai mici de 10 ha, aparținând persoanelor fizice, gospodărite în mod individual, se întocmesc, de unități specializate, studii sumare de amenajare” (art. 8, al. 1, O.G. 96/1998). Obligativitatea amenajării rămâne însă valabilă pentru pădurile

⁹ A se vedea, L. Bouriaud, *op.cit.*, p. 70.

proprietate a persoanelor juridice, pornindu-se probabil de la premisa că suprafața lor va depăși limita de 120 ha.

7. Subiectele regimului silvic

În aplicarea regimului silvic se disting mai multe categorii de participanți:

- proprietarii și deținătorii de terenuri forestiere;
- administratorii pădurilor;
- agenții din corpul de control al aplicării regimului silvic.

Proprietarii de păduri sunt statul, ca proprietar public, și proprietarul privat particular. În urma aplicării Legii 1/2000, vor apărea ca titulari ai dreptului de proprietate și instituții de cult, instituții de învățământ, obști, composesorate și obști grănicerești ca proprietari privați de grup sau colectivi și orașe, comune și municipii ca proprietari publici.

Administrația forestieră reprezintă ansamblul persoanelor juridice de drept public care asigură îndeplinirea interesului general cu privire la pădure¹⁰.

Este necesar de a se distinge între administrația forestieră *ca structură de decizie* în domeniul forestier și administrația forestieră ca structură economică de gestionare a fondului forestier proprietate publică.

Administrația forestieră *cu funcție de decizie și control* este reprezentată de autoritatea publică pentru silvicultură, respectiv ministerul de resort și de structurile sale din teritoriu, respectiv inspectoratele silvice teritoriale.

Administrația forestieră *ca structură economică de gestionare* a fondului forestier este reprezentată de Regia Națională a pădurilor pentru fondul forestier proprietate publică, și de structurile ce vor fi create pentru gospodărirea pădurilor proprietate particulară ori colectivă la finalizarea procesului de restituire.

Administrarea fondului forestier *proprietate publică a statului* se face prin Regia Națională a Pădurilor. Administrarea fondului forestier *proprietate publică a orașelor, comunelor și municipiilor* se administrează de către proprietari, prin structuri silvice proprii similare cu cele ale statului (art. 12, al. I, O.G. 96/1998). Administrarea *proprietăților forestiere particulare* se poate face de către proprietarii acestora, individual sau constituți în asociații. În afara prevederilor referitoare la restituirea proprietăților forestiere indivize, legea nu obligă la asociere, și nici nu prevede la ora actuală măsuri stimulative de asociere a proprietăților forestiere particulare (scutire de impozite, credite cu dobândă redusă pentru investiții forestiere etc.).

¹⁰ A Liagre, *La forêt et le droit. Droit forestier et droit général applicables à tous bois et forêts*, Ed. „Las Baule”, 1997, p. 91.

Legislația de mediu prevede o serie de măsuri menite să asigure conservarea și dezvoltarea durabilă a fondului forestier dintre care menționăm: interdicția de a se reduce suprafețele fondului forestier, indiferent de proprietar; creșterea suprafeței fondului forestier, în acest scop statului fiindu-i recunoscut un drept de preemپtiune în cazul vânzărilor de terenuri forestiere; regenerarea și igienizarea pădurilor; economisirea masei lemnoase etc.¹¹

Controlul asupra aplicării regimului silvic în pădurile proprietate privată revine autorităților publice centrale pentru silvicultură, respectiv Ministerului Agriculturii, Pădurilor, Apelor și Mediului. În perioada 1991-1993, controlul respectării regimului silvic s-a realizat de către Garda forestieră. După desființarea acesteia, controlul aplicării regimului silvic a rămas la latitudinea administrației forestiere, aflată în situația de a face în același timp aplicarea legilor silvice și controlul aplicării lor.

Odată cu înființarea Direcției de regim silvic și a inspectoratelor silvice teritoriale pentru controlul aplicării regimului silvic situația revine la normal, în sensul că se respectă un principiu fundamental, și anume, separarea actului de aplicare a legii de actul de control al aplicării.

La protection juridique du fond forestier

– Résumé –

La forêt et les espaces boisés sont essentiels à l'équilibre écologique et à la préservation des écosystèmes.

Ils participent en outre à la mise en valeur des paysages naturels et urmains. Une partie éminente de la doctrine avait plaidé en faveur de la domanialité publique en raison de la forte connotation de service public des activités liées à la gestion de la forêt. La jurisprudence a néanmoins tranché en faveur de la domanialité privée. Cette domanialité privée obéit toutefois à des règles particulières: si le domaine privé et d'ordinaire alienable sans procédure spécifique l'aliénation des forêts de l'Etat – mais non celle des forêts des collectivités locales moins protégées – requiert l'autorisation du législateur afin de préserver les forêts domaniales des courtoisies des constructeurs surtout à la périphérie des villes ou sur le littoral.

La gestion des forêts et terrains à boiser a été confiée à l'Office national des Forêts, établissement public, qui à pour mission la gestion et l'équipement des forêts et peut se voir attribuer, par conventions passées avec les collectivités locales et les propriétaires privés, toutes études et travaux en vue de la protection et du développement des ressources forestières.

¹¹ A se vedea și D. Marinescu, *Dreptul mediului înconjurător*, Casa de editură și presă „Şansa SRL”, Bucureşti, 1996, p. 153.

EFFECTUL CONSTITUTIV AL ÎNSCRIERII ÎN CARTEA FUNCiară

DAN CONSTANTIN TUDURACHE

1. Notiune și istoric

Cărțile funciare constituie un sistem de publicitate real, deoarece se bazează pe identitatea topografică a imobilelor, iar fiecare imobil are o carte funciară în care sunt evidențiate toate schimbările ce au loc în situația materială și juridică a bunului¹. Cărțile funciare realizează o publicitate completă, dat fiind că toate transmisiunile și constituirile de drepturi reale imobiliare sunt supuse înregistrării².

Drepturile reale imobiliare înscrise în cartea funciară poartă denumirea de „drepturi tabulare”, iar înscrerile referitoare la drepturile tabulare alcătuiesc ceea ce este cunoscut sub denumirea de „stare tabulară”.

Cărțile funciare au fost introduse, pentru prima dată în Austria, apoi a fost extins la alte state care până la declanșarea Primului Război Mondial, au făcut parte din Imperiul Austro-Ungar și din Germania.

Pe teritoriul țării noastre, cărțile funciare au fost introduse în mod treptat, în Transilvania și Bucovina; astfel, în 1794 au fost aplicate în fostele regiuni grănicerești, în 1855 în teritoriile în care se aplica dreptul maghiar, iar la 1870 au fost extinse la teritoriile în care s-a aplicat Codul civil austriac.

¹ Pentru detalii, cu privire la sistemul de publicitate al cărților funciare, a se vedea Ion Albu, *Curs de drept funciar*, Litografia și Tipografia Învățământului, București, 1957, p. 342 și urm.; Mircea N. Costin, *Marile instituții ale dreptului civil român*, vol I., Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1984, p. 406 și urm.; Ion P. Filipescu, *Dreptul civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Ediție revizuită, Editura ACTAMI, București, 1996, p. 281 și urm.; Marian Nicolae, *Publicitatea imobiliară și noile cărți funciare*, Edit Press Mihaela S.R.L., București, 2000, p. 128 și urm.; Radu I. Motica, Anton Trăilescu, *Manual de Drept funciar și publicitate imobiliară*, Editura ALL Beck, București, 2001, p. 61 și urm.; Corneliu Bârsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Editura ALL Beck, București, 2001, p. 343 și urm.

² A se vedea Liviu Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ediție revăzută și completată, Editura „LUMINA LEX”, București, 2001, p. 274.

Până la punerea în aplicare a Decretului-Lege nr. 115/1938, pe teritoriul Transilvaniei și Bucovinei s-au aplicat trei regimuri de carte funciară care, deși aveau același principiu de funcționare, prezintau particularități de reglementare.

După Marea Unire din anul 1918, în efortul de adoptare a unei noi legislații civile care să fie aplicabilă întregului teritoriu al țării, s-a urmărit introducerea cărților funciare la nivelul întregii țări, prevăzându-se astfel, înlocuirea sistemului personal de publicitate imobiliară al registrului de transcriptiuni și inscripțiuni care a fost reglementat de Codul civil și Codul de procedură civilă adoptate în anul 1864. Ca urmare, a fost adoptată Legea nr. 23 din 1933 pentru organizarea cadastrului funciar și pentru introducerea cărților funciare în vechea țară. Lucrări de cadastru s-au finalizat numai în București și în unele comune din județul Ilfov, astfel că, în anul 1937, au demarat lucrările de întocmire a cărților funciare.

Pentru unificarea dispozițiilor de carte funciară la nivelul întregii țări, a fost adoptat Decretul-Lege nr. 115/1938 care a fost pus în aplicare în Bucovina prin Decretul nr. 511 din 15 octombrie 1938. Extinderea acestei reglementări la toate celelalte teritorii a fost amânată până la adoptarea și punerea în aplicare a Codului civil român unificat. Datorită evenimentelor istorice care au împiedicat adoptarea unui nou cod civil, prin Decretul-Lege nr. 389/22 iunie 1943, legislația civilă și comercială română a fost extinsă în teritoriile de peste Carpați, iar pentru Ardealul de Nord extinderea s-a realizat prin Decretul nr. 260/1945.

Dat fiind că prin legile de extindere s-a prevăzut menținerea unor reglementări locale din Transilvania, pe de-o parte, iar în vechea țară nu au continuat lucrările de cadastru, prin Legea nr. 241/1947 s-a procedat la completarea Decretului-Lege nr. 115/1938 și la punerea în aplicare a acestuia pe tot cuprinsul Transilvaniei.

Luându-se în considerare împrejurarea că în București și în câteva comune limitrofe se încheiaseră lucrările de cadastru, iar în anul 1937 începuseră lucrările de întocmire a cărților funciare, prin dispozițiile articolelor 163 și următoarele din Decretul-Lege nr. 115/1938, s-a dispus întocmirea de cărți funciare provizorii care, după parcurgerea unei anumite proceduri, urmau să fie declarate cărți funciare. În cele din urmă, pentru că procedura Legii nr. 115/1938 nu a putut fi îndeplinită, cărțile funciare provizorii au fost transformate în cărți de publicitate funciară.

Cărțile de publicitate funciară se deosebesc de cartea funciară reglementată de Legea nr. 115/1938 prin faptul că întabularea nu are efect constitutiv, ci,

asemănător înscrerilor din registrul de transcriptiuni și inscripțiuni, are rolul doar de a realiza opozabilitatea față de terți a operațiunilor imobiliare³.

În anul 1996 a fost adoptată Legea cadastrului și a publicității imobiliare, nr. 7/1996⁴, iar potrivit articolului 72 din lege, aceasta a intrat în vigoare la 90 de zile de la publicare. Punerea în practică a dispozițiilor legii prin întocmirea de cărți funciare fiind condiționată de finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ teritorială, în alineatul 2 al aceluiași articol s-a menționat că vechile reglementări referitoare la publicitatea imobiliară își vor înceta aplicabilitatea, pentru fiecare județ în parte, la data finalizării lucrărilor de cadastru pentru județul respectiv.

În baza ordinului ministrului justiției nr. 1330/C/25.06.1999, începând cu data de 1 iulie 1999 s-a trecut la punerea în practică a dispozițiilor Legii nr. 7/1996, prin înființarea de cărți funciare cu caracter nedefinitiv.

2. Principiul efectului constitutiv de drepturi reale al înscrerii în cartea funciară

În conformitate cu prevederile articolelor 17-18 din Legea nr. 115/1938, constituirea, transmiterea, modificarea și stingerea drepturilor reale asupra imobilelor se pot realiza numai prin înscrisere în cartea funciară.

Înscrisea în cartea funciară se prevede a fi realizată în baza acordului de voință al părților, iar în lipsa acestuia pe baza unei hotărâri judecătorești, iar în anume cazuri prevăzute de lege, pe baza deciziei autorității administrative.

Dispozițiile articolului 26 din Legea nr. 115/1938 stabilesc cazuri de excepție în care drepturile reale imobiliare se dobândesc fără înscrisere în cartea funciară; astfel are loc dobândirea prin succesiune legală sau testamentară, accesiune, vânzare silită și expropriere, prevăzându-se că titularul unui drept real dobândit printr-unul din aceste moduri nu va putea dispune de acesta, decât după ce s-a făcut înscriserea.

Prin prisma acestor reglementări, actul juridic nu produce efecte prin el însuși, ci numai condiționat de efectuarea înscrerii în cartea funciară, semnificând numai un acord pentru o operațiune imobiliară ce se va finaliza prin înscrisere în cartea funciară a imobilului; actul juridic nu generează decât obligația de a transfera, constitui, modifica ori stinge un anumit drept real prin înscrisea în cartea funciară, respectiv dreptul creditorului la a primi prestația promisă.

³ Pentru detalii, a se vedea Liviu Pop, *op. cit.*, p. 275-276.

⁴ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 61 din 26 martie 1996.

3. Sistemul Legii nr. 7/1996

Prevederile Legii nr. 7/1996 nu au mai preluat caracterul constitutiv de drepturi reale al înscriserii în cartea funciară. Potrivit prevederilor articolului 27 din această lege, „*înscriserile în cartea funciară devin opozabile față de terți de la data înregistrării cererii*”; cu alte cuvinte, efectul operațiunilor de publicitate imobiliară realizate prin intermediul noilor cărți funciare este numai pentru realizarea opozabilității față de terți a operațiunii juridice imobiliare.

Noile cărți funciare îmbină reguli proprii sistemului de publicitate reală (gruparea înscriserilor pentru fiecare imobil în parte într-o carte funciară) cu reguli din sistemul de publicitate al registrului de transcripții și inscripții (efectul de opozabilitate al înscriserii).

Spre deosebire de regimul de carte funciară instituit prin Decretul-Lege nr. 115/1938, în actualul sistem, nu există o singură carte funciară pentru un imobil, ci se deschide succesiv câte o carte funciară pentru fiecare titular care dobândește dreptul de proprietate de-a lungul timpului, simultan cu închiderea cărții funciare a transmițătorului.

4. Critica principiului efectului constitutiv al înscriserii în cartea funciară

Deși nu este exprimată cu fermitate, modul de comentare a efectului înscriserii în cartea funciară reglementată de Legea nr. 7/1996 trădează rezerva pe care autorii o au față de sistemul adoptat de legiuitor, prin care s-a renunțat la efectul constitutiv al înscriserii în cartea funciară⁵.

De altfel, este de notorietate „opozitia” pe care unele birouri de carte funciară din zonele în care există cărți funciare întocmite potrivit Legii nr. 115/1938 au manifestat-o față de noul sistem de carte funciară, în sensul că, după data de 1 iulie 1999, au efectuat înscriseri în vechile cărți funciare, fără întocmirea de documentații cadastrale actualizate.

Astfel cum s-a arătat în literatura de specialitate,⁶ specific sistemului de carte funciară reglementat prin Legea nr. 115/1938 este faptul că momentul strămutării sau constituuirii dreptului real este unic; atât *inter partes*, cât și *erga omnes*, operațiunea imobiliară produce efecte în același timp, la momentul înscriserii în cartea funciară, astfel că se realizează concordanța între starea tabulară și situația juridică reală a imobilului în cauză.

⁵ A se vedea Ion. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 290-292; Marian Nicolae, *Publicitatea imobiliară și noile cărți funciare*, Edit Press Mihaela S.R.L., București, 2000, p. 310; Radu I. Motica, Anton Trăilescu, *op. cit.*, p. 84.

⁶ Marian Nicolae, *op. cit.*, p. 152.

Se consideră că se evită situațiile în care doi sau mai mulți dobânditori să reclame dobândirea dreptului de proprietate asupra imobilului.

Baza efectului constitutiv al înscrierii o constituie principiul legalității înscrierii, în conformitate cu care judecătorul de carte funciară este obligat să verifice legalitatea titlului pe baza căruia se solicită efectuarea înscrierii. Numai verificându-se condițiile de validitate ale titlului prezentat pentru înscriere (verificare ce presupune atât cercetarea cuprinsului cărții funciare pentru a vedea dacă înstrăinătorul este proprietar tabular și dacă din înscrierile efectuate până la acel moment nu rezultă piedici la întabulare, precum și însuși actul depus alături cererii de înscriere, în vederea constatării îndeplinirii condițiilor de formă, precum și a condițiilor de fond ce se pot analiza prin prisma conținutului înscrisului doveditor), acestuia i se poate acorda încredere și poate determina înscrierea în cartea funciară cu consecința transmiterii, constituiri, modificării sau stingerii drepturilor reale imobiliare.

Trebuie remarcat, totuși, că verificarea legalității actului juridic de către judecătorul de carte funciară prezintă limite, iar imposibilitatea depistării tuturor cauzelor de nulitate este de natură să ridice semne mari de întrebare asupra justificării dotării înscrierii în cartea funciară cu efectul constitutiv. Judecătorul de carte funciară se află în imposibilitate de a stabili existența unor cauze de nulitate relativă, precum cele care au drept izvor existența unor vicii de consumțământ ori inexistența discernământului unui contractant. Tot astfel, atunci când o înscriere anterioară în cartea funciară ar fi operată pe baza unui act nevalabil ori chiar rezultatul săvârșirii unor infracțiuni de fals. Acestea ar putea fi constataate numai pe calea unei proceduri contencioase ca urmare a promovării unei acțiuni de drept comun prin care se solicită desființarea actului juridic⁷.

În realitate, în afara verificărilor referitoare la forma actului juridic și la împrejurarea dacă actul prezentat se înscrie în lista celor care pot să producă efectul pentru care se solicită înscrierea, verificări pe care le efectuează și judecătorul care încuviințează înregistrarea în registrul de transcriptiuni și inscriptiuni, singura operațiune pe care o realizează în plus judecătorul de carte funciară este cercetarea cărții funciare pentru a constata calitatea de titular tabular a dispunătorului, precum și menționarea eventualelor piedici la întabulare.

Cu alte cuvinte, nu se realizează decât satisfacerea cerințelor principiului relativității înscrierilor în cartea funciară, în conformitate cu care înscrierea unui

⁷ A se vedea Mircea Ionescu, *Probleme de drept rezultate din aplicarea principiului legalității înscrierilor în cartea funciară, în temeiul art. 50 din Legea cadastrului și a publicității imobiliare*, nr. 7/1996, în „Dreptul”, nr. 12/2000, p. 52.

drept se poate face numai împotriva aceluia care la data înregistrării cererii este înscris ca titular al dreptului asupra căruia înscrierea urmează a fi făcută.

Trebuie luat în considerare faptul că pe cea mai mare parte a teritoriului țării urmează a se finaliza lucrările cadastrului general și a se proceda la întocmirea de cărți funciare în care se vor înscrive drepturile reale constituite asupra imobilelor. Trecerea de la sistemul de publicitate personală la sistemul de publicitate reală nu este lipsită de dificultăți – ce rezultată din caracterul incomplet al publicității prin registrul de transcriptiuni și inscripțiuni, lipsa bazei tehnice cadastrale și erorile de determinare a întinderii imobilelor în cazul unor înscrisuri doveditoare ale actelor juridice transcrise până la data de 1 iulie 1999. Nu trebuie pierdute din vedere nici punerea incorectă în practică a legilor prin care se tinde la reconstituirea dreptului de proprietate asupra imobilelor, precum Legea fondului funciar nr. 18/1991, Legea nr. 112/1995, Legea nr. 10/2001, care vor determina prelungirea unor situații litigioase, și, implicit, nesiguranța regimului juridic al unor imobile.

În aceste condiții, considerăm că în etapa actuală, nu se impune modificarea articolului 27 din Legea nr. 7/1996, recunoașterea doar a efectului de opozabilitate față de terți a înscririerii în carte funciară fiind justificată.

Adoptarea unei reglementări asemănătoare celei din Legea nr. 115/1938, potrivit căreia înscrierea în carte funciară să aibă efect constitutiv, ar fi oportună și ar avea suport în lucrările de carte funciară numai după ce s-ar finaliza lucrările cadastrului general la nivelul întregii țări și ar trece o perioadă considerabilă de timp de la întocmirea cărților funciare, în care se vor fi înlăturat cauzele majore ce ar putea conduce la înscrieri inexacte.

The constitutive effect of Land Book registration

– Summary –

According to the provisions of art. 17-18 of Law no. 115/1938, constitution, transmission modification and cessation of true rights over real estates can be realized only by registering in the Land Book.

The provisions of Law no. 7/1996 did not take over the constitutive character of true rights of Land Book registration. According to the provisions of art. 27 of this law, „registration in the Land Book becomes opposable to a third starting with the date of the registration request”. In other words, the effect of real estate publicity operations effected through the new Land Books is done only for realizing the opposability to a third person of the real estate judicial operation.

The basis for the registration's constitutive effect is the principle of the registration's legality according to which the Land Book Judge is compelled to check the legality of the title based on which the registration is solicited.

One must notice, nevertheless, that the verification of the judicial document's legality by the Land Book judge is done within certain limits and the impossibility of tracking all nullity causes comes to raise a lot of question marks upon the justification of adding the constitutive effect to registration in the Land Book.

Adopting a regulation similar to the one provided by law no. 115/1938, according to which registration in the Land Book must have a constitutive effect would be necessary and would find support in Land Book papers only after the general cadastre works in the whole country have ended and a considerable amount of time has passed since the drawing up of Land Books where the major causes that might lead to inaccurate registrations are removed.

APLICAȚIA STIPULAȚIEI PENTRU ALTUL ÎN UNELE CONTRACTE ALEATORII

MONA-MARIA PIVNICERU

Cu excepția contractului de joc și prinsoare, toate contractele enumerate de art. 1635 C. civ., care sunt prin natura lor aleatorii, ca și cele devenite astfel prin efectul manifestării de voință a părților, cum este cazul contractului de întreținere, sunt compatibile cu aplicația stipulației pentru altul.

Contractul de întreținere

Beneficiarul stipulației pentru altul este creditorul promitentului privind obligația de *a face*¹, drept de creație apărat cu o acțiune în justiție, care are caracter personal.

Acțiunea în rezoluție își are justificarea în faptul că partea care nu și-a executat obligația sa, nu este în drept să rețină în patrimoniul său prestația efectuată de celalaltă parte, realizând astfel o îmbogățire fără just temei. Or, beneficiarul stipulației pentru altul nu poate – ca efect al rezoluției convenției de întreținere – să primească un bun care nu a făcut parte din patrimoniul său ci al stipulantului care l-a și transmis promitentului.

De aici rezultă și lipsa de interes a beneficiarului stipulației, de a reclama prin rezoluție, restabilirea situației juridice anterioare încheierii contractului, deoarece retrocedarea bunului în patrimoniul părții contractante nu i-ar folosi în nici o măsură².

¹ Fr. Deack, *Tratat de drept civil, Contracte speciale*, Editura Actami, București, 1999, p. 586; D. Chirică, *Drept civil, Contracte speciale*, Editura Lumina Lex, București, 1997, p. 125; T.S. s.civ.dec.nr. 1348 din 21 nov. 1969 în C.D. 1969, p. 90; Curtea de Apel Iași, dec.civ. nr. 2170 din 8 dec. 2000 în Jurisprudența Curții de Apel Iași în materia civilă pe anul 2000, de M. Gaiță, M.M. Pivniceru, Editura Lumina Lex, București 2001, p. 114.

² P. Anca, *Contract de întreținere. Decesul unuia din soții beneficiari ai obligației de întreținere. Neexecutarea obligației față de soțul supraviețuitor. Dreptul acestuia de a cere rezilierea contractului. Notă la dec. civ. nr. 1328 din 14 noiembrie 1978 a Trib. Jud. Timiș, în R.R.D. nr. 2/1980*, p. 49.

Dacă însă terțul beneficiar este succesor în drepturi al stipulantului, va putea, în această calitate, să ceară rezoluțunea contractului de întreținere, deoarece prin efectul hotărârii judecătoarești de rezoluțune a contractului, determinată de culpa exclusivă a debitului întreținerii, se ajunge la transferul proprietății, nu numai către creditorul întreținerii, ci și către succesorii acestuia³. În această situație, terțul beneficiar exercită acțiunea în rezoluțune ca un drept propriu, în calitate de moștenitor al stipulantului pe care este chemat să îl moștenească, având interes ca bunul reîntors în patrimoniul stipulantului să reintre în masa succesorilor.

Se poate pune problema dacă stipulația pentru altul, rezultată dintr-un contract de vânzare-cumpărare cu clauză de întreținere, îi conferă beneficiarului stipulației privilegiul vânzătorului, altfel spus dacă creația beneficiarului trebuie considerată ca o parte din prețul vânzării, garantată cu privilegiu asupra imobilului vândut (ceea ce implică dreptul de a urmări imobilul și de a cere executarea silită, indiferent de înstrăinările intervenite ulterior transcrierii titlului, pentru a putea fi plătit cu preferință⁴.

Prestația de întreținere la care s-a obligat cumpărătorul, este o prestație accesorie prețului vânzării, deci garantată cu privilegiu, și va fi determinată potrivit art. 1075 C. civ.

Potrivit dispozițiilor legale (art. 1322, 1365, 1737 pct. 1 C. civ.), vânzătorul căruia nu i s-a plătit prețul în întregime, aşa cum este prevăzut în contractul transcris, are fie dreptul de retenție, fie dreptul de a cere rezoluțunea contractului, fie dreptul de urmărire a imobilului spre a fi plătit cu preferință.

Prin preț se înțelege și orice accesoriu la care s-a obligat cumpărătorul prin înscrisul constatator al vânzării, de unde rezultă că obiectul privilegiului se intinde și asupra prestației de întreținere la care s-a obligat cumpărătorul.

Daunele interese compensatorii nu sunt garantate cu privilegiul vânzătorului, numai în situația în care vânzătorul a cerut rezoluțunea vânzării și, prin urmare, el reintră în proprietatea lucrului, nu și în cazul în care vânzătorul urmărește realizarea creaței pentru preț, adică pentru prestația de întreținere, accesorie prețului propriu-zis.

³ M. Manase, I. Săraru, *Contract de întreținere. Acțiune în rezoluțune introdusă de beneficiarul stipulației pentru altul. Inadmisibilitate. Notă la dec. civ. nr. 978 din 18 octombrie 1984 a Trib. Jud. Arad*, în R.R.D. nr. 3/1985, p. 40; S. Zilberstein, *op. cit.*, p. 863.

⁴ V. Longhin, *Vânzare cu clauză de întreținere. Acțiune în rezoluțune introdusă de beneficiarul stipulației pentru altul. Dreptul beneficiarului. Acțiune contra subachizitorilor. Inadmisibilitate*, în „Legalitatea populară” nr. 9/1958, p. 107.

Dacă admitem că vânzătorul are privilegiu asupra imobilului înstrăinat, pentru îndestularea creanței sale privitoare la prestația de întreținere⁵, același privilegiu îl poate avea și beneficiarul unei stipulații pentru altul?

S-ar putea afirma că beneficiarul stipulației pentru altul nu are decât un drept de creanță împotriva promitentului, referitor la executarea obligației de întreținere creată în favoarea sa⁶.

Credem, însă, că terțul beneficiar este creditorul promitentului privitor la obligația de *a face* (prestația de întreținere). În această calitate, el este în drept să fie ocrotit cu toate garanțiile pe care le oferă calitatea creanței sale. Deoarece prestația de întreținere a fost inserată în contract ca o prestație accesorie⁷, înseamnă că ea reprezintă o parte din preț și, în consecință, va fi o creanță privată. Această garanție reprezintă un efect al contractului și nu consecința calității de vânzător.

În consecință, beneficiarul stipulației pentru altul, într-un contract de vânzare-cumpărare cu clauză de întreținere, nu poate cere rezoluțunea contractului de vânzare, dar poate pretinde de la promitent executarea obligației, după cum în îndestularea creanței sale se bucură de un drept de urmărire, întemeiat pe calitatea creanței.

Contractul de rentă viageră

În ipoteza în care renta nu s-a stipulat în favoarea persoanei care a înstrăinat bunul sau a plătit suma de bani, ci în favoarea unui terț, ne aflăm în prezență unei stipulații pentru altul, în care stipulantul este constitutitorul, debirentierul este promitent, iar credirentierul este terțul beneficiar⁸.

Terțul beneficiar are dreptul, până la decesul său, să încaseze ratele de rentă, pe care le dobândește proporțional cu zilele pe care le trăiește și, din ziua scadenței, potrivit art. 1649 C. civ., în cazul în care s-a stipulat în contract că ratele de rentă să fie plătite anticipat, chiar dacă el ar muri mai înainte de expirarea perioadei pentru care s-a plătit renta.

Credirentierul, terț beneficiar, poate să ceară executarea silită asupra patrimoniului debirentierului pentru realizarea unei sume suficiente pentru plata rentei, fără a putea cere rezoluțunea contractului.

⁵ Fr. Deack, S. Cărpenearu, *Contractele speciale. Dreptul de autor, Dreptul de moștenire*, Universitatea București, Facultatea de drept, București, 1983, p. 301.

⁶ I. Zinveliu, *Contractele civile. Instrumente de satisfacere a intereselor cetăjenilor*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1978, p. 137, J. Manole, Ș. Răuschi, *Drept civil, Contracte, Dreptul de autor*, vol. II, Universitatea „Al.I.Cuza”, Iași, 1985, p. 78.

⁷ Fr. Deak, *op.cit.*, p. 584; J. Manole, Șt. Răuschi, *op.cit.*, p. 79, T.S.s.civ.dec.n. 1751 din 8 nov.1978 în Revista română de drept nr. 3/1979, p. 54.

⁸ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălanescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Editura All, București, 1997, p. 632.

Potrivit art. 1644 C. civ.: „Este fără lucrare orice contract de rendită pe viață, înființat în favoarea unei persoane care era moartă în momentul facerii contractului”. Aceasta înseamnă că, dacă terțul beneficiar încetase din viață în momentul constituiri, contractul este nul absolut, deoarece lipsește cauza contractului (elementul aleatoriu)⁹.

Considerăm că dispozițiile art. 1650 C. civ. referitoare la urmărirea rentei sunt aplicabile și terțului beneficiar din stipulația pentru altul.

Contractul de asigurare

În materia asigurărilor de persoane, asiguratul poate stipula ca societatea de asigurare, la ivirea cazului asigurat, să plătească indemnizația de asigurare unei terțe persoane, străină de contractul de asigurare¹⁰, numită terț beneficiar.

Contractul astfel încheiat reprezintă o donație indirectă ori un legat cu titlu particular, iar suma asigurată nu provine din patrimoniul asiguratului și din cel al asigurătorului.

Desemnarea beneficiarului – potrivit art. 33 alin. 1 din legea nr. 136/1995 – se poate face prin declarație scrisă, comunicată asigurătorului, ori prin testament, la încheierea contractului ori în cursul executării lui. În aceeași modalitate poate fi înlocuit ori revocat (art. 33 alin. 2 din Legea nr. 136/1995).

Din dispozițiile art. 33 alin. 2 din Legea nr. 136/1995 rezultă că, spre deosebire de regulile stipulației pentru altul, terțul beneficiar poate fi revocat de către asigurat, atât timp cât contractul de asigurare este în vigoare și până la producerea cazului asigurat.

În ipoteza în care sunt mai mulți beneficiari desemnați, și dacă asiguratul nu a dispus altfel (art. 34 din Legea nr. 136/1995), suma asigurată se împarte în mod egal între aceștia.

Potrivit art. 35 alin. 2 din Legea nr. 136/1995, dacă un beneficiar a produs intenționat decesul asiguratului, suma asigurată se plătește celorlalți beneficiari.

În această situație operează o decădere din drepturi a beneficiarului și, chiar dacă legiuitorul nu a prevăzut în mod expres, suma asigurată se va plăti celorlalți beneficiari, ca și în ipoteza în care beneficiarul nu poate ori nu voiește să își exercite dreptul stipulat în favoarea sa.

Beneficiarul asigurării are, în această calitate, o acțiune directă împotriva asigurătorului.

Suma asigurată cuvenită beneficiarului nu poate fi urmărită de către creditorii asiguratului, potrivit art. 38 alin. 2 din Legea nr. 136/1995. Aceasta este o consecință a faptului că suma asigurată nu provine din patrimoniul asiguratului

⁹ D. Alexandresco, *Dreptul civil român în comparație cu legile vechi și cu principalele legislațuni străine*, Tomul X, Atelierele grafice, Socec, București, 1911, p. 105.

¹⁰ C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 71; Fr. Deak, *op. cit.*, p. 489.

și nu intră în acest patrimoniu nici în timpul vieții, nici după moartea asiguratului¹¹, motiv pentru care nu este supusă nici reducțiunii, ca liberalitate excesivă, nici raportului ca donație indirectă¹². Reducțiunea sau raportul s-ar putea totuși admite în privința sumelor plătite din patrimoniul asiguratului, cu condiția dovedirii faptului că ele constituie o donație indirectă¹³.

Asigurătorul poate să opună terțului beneficiar toate apărările pe care le putea opune asiguratului, în temeiul contractului de asigurare (art. 23 din Legea nr. 136/1995).

Résumé

La stipulation pour l'autrui faisant exception du principe de la relativité des effets du contrat, reçoit des applications pratiques de même en ce qui concerne les contrats aléatoires.

Cette étude a le propos de relever seulement les effets juridiques de la stipulation pour l'autrui, dans les rapports entre le promettant et le tiers bénéficiaire, car les rapports entre le stipulant et le promettant se placent sous l'empire des effets ordinaires des contrats synallagmatiques, sans avoir des particularités en ce qui concerne les contrats aléatoires.

De cette manière, sous cet aspect, on a examiné seulement les contrats aléatoires par leur nature – le contrat de rente viagère et le contrat d'assurance – et le bail à nourriture, devenu comme tel par la manifestation de la volonté des parties.

Si dans la matière du bail à nourriture le décèlement des rapports entre le promettant et le tiers bénéficiaire a été structuré au niveau théorique par la valorisation de la doctrine et de la jurisprudence en matière, qui ont individualisé le bail à nourriture comme structure juridique à part, conséquence de son caractère innomé, dans la matière de la rente viagère et du contrat d'assurance l'étude a relevé les particularités de ces rapports, de point de vue des textes qui les réglementent.

Par exemple, dans la matière du bail à nourriture : le droit du tiers bénéficiaire de solliciter seulement l'exécution de la prestation d'entretien, sans pouvoir solliciter la résolution du contrat, sauf en l'hypothèse où il est le successeur en droits du stipulant – situation dans laquelle l'exercice de ce droit ne résulte pas de la stipulation pour l'autrui, mais de sa qualité d'héritier du stipulant ; le droit de la poursuite, fondé sur la qualité de la créance, garanti par le privilège sur l'immeuble vendu. En ce qui concerne la rente viagère, la stipulation pour l'autrui représentant une donation indirecte, et le tiers

¹¹ Fr. Deak, *op.cit.*, p. 553.

¹² M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțunea ei în dreptul Republicii Socialiste România*, Editura Academiei R.S.R., București, 1966, p. 369 – 370; Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Editura Actami, București, 1999, p. 368.

¹³ T.S., s. civ., dec. nr. 427/1971, în C.D. 1971, p. 121.

bénéficiaire a le droit de toucher les versements à terme, selon l'article 1649 du Code civil roumain, de poursuivre la rente (article 1650 Code civil) et demander la saisie-exécution sur le patrimoine du débiteur, sans pouvoir solliciter la résolution du contrat.

De même, dans la matière du contrat d'assurance, on a examiné les modalités de détermination du tiers bénéficiaire, la possibilité d'être révoqué par l'assuré, comme exception des règles de la stipulation pour l'autrui, tout comme les droits du tiers bénéficiaire sur le montant assuré et de même l'impossibilité juridique de poursuivre le montant assuré dû au bénéficiaire par les créateurs de l'assuré (article 38 alinéa 2 de la Loi no 136/1995).

CONSIDERAȚII ASUPRA CODULUI EUROPEAN AL CONTRACTELOR

CODRIN MACOVEI

1. Introducere

În anul 1887 tînărul lingvist L. L. Zamenhof inventa o interlimbă, *esperanto*, a cărei ambiție era de a reuni popoarele lumii moderne. La mai mult de o sută de ani după acest eveniment, tot ce a rămas din această limbă artificială este o simbolistică a utopiei. Tocmai la această simbolistică face trimitere, în mod direct, Comunicarea Comisiei Europene din data de 11 iulie 2001 privind dreptul european al contractelor¹.

Prin această comunicare, Comisia Europeană propune armonizarea drepturilor naționale în materia obligațiilor contractuale cu scopul de a suprima unul dintre ultimele obstacole aflate în calea edificării pieței comune (interne) a Uniunii Europene.

În fapt, dacă mitul unui drept comun universal al umanității s-a destrămat la începutul erei moderne², dorința de unificare a dreptului dăinuie, constituind eternul vis al numeroșilor juriști (în special al comparatiștilor)³. Acest curent a avut în mod obișnuit tendința de a invoca tradiția lui *jus commune* european pentru a justifica emergența unui drept comun⁴. Problema unificării juridice a constituit o provocare în toate sistemele federaliste (SUA, Canada, Elveția), fiecare răspunzîndu-i într-o manieră diferită, ceea ce demonstrează caracterul complex al problemei. Înscriindu-se în cadrul abordărilor ce au ca obiect perspectivele integrării europene actuale, propunerea Comisiei Europene își face loc într-una din marile dezbateri doctrinale.

Dar trebuie subliniat că această comunicare comunitară se plasează de la început într-un context internațional și chiar european reînnoit. Ne referim aici astfel la lucrările Unidroit, dar și la inițiativele integral europene, cum ar fi

¹ Comunicare publicată în Jurnalul Oficial al UE din 13.09.2001, p. 0001-0044.

² A se vedea apelul lui Saleilles și al lui Lambert în sprijinul unui drept comun universal al umanității făcut în cadrul primului Congres Internațional de Drept Comparat de la Paris din 1900.

³ A se vedea, în special, M. Delmas-Marty, *Pour un droit Commun*, Seuil, Paris, 1994.

⁴ M. F. Renoux Zagame, *La méthode du droit commun, réflexions sur la logique des droits non codifiés*, Revue d'histoire des facultés de droit, LGDJ Paris, nr. 10-11, 1990, p. 133.

activitatea Comisiei pentru Dreptul European al Contractelor (mai bine cunoscută sub denumirea Comisia Lando, de la inițiatorul și președintele ei, profesorul Ole Lando).

Pe scurt, Comisia europeană a dorit prin lansarea acestei comunicări să prefațeze eforturile viitoare ale UE în materia unificării dispozițiilor incidente contractelor. După ce Convenția de la Roma va fi transformată într-un instrument comunitar (regulament), atenția forurilor europene se va îndrepta asupra posibilei adoptări de norme materiale în acest sector al dreptului privat european.

Scopul articolului nostru este de a face o scurtă prezentare a acestui vector unificator al materiei contractelor: Principiile Dreptului European al Contractelor (opera Comisiei Lando) tocmai fiindcă el va jalona, alături de Principiile Unidroit, orice demers ulterior al instituțiilor uniunii.

Chiar dacă Principiile Unidroit răspund unei vocații universale de aplicare, se poate aprecia că înglobează o puternică influență și experiență europeană. Mai mult decât astăzi, studiul nostru din numărul anterior al Analelor a încercat să surprindă (plecînd de la analizele efectuate de autori consacrați în domeniul precum M.J. Bonell, și instituții specializate în monitorizarea comerțului internațional, precum Central) mai ales modul cum ele au fost primite de comunitatea internațională a participanților la comerțul internațional. Considerăm că, în mare măsură, Principiile autentic europene redactate de Comisia Lando vor cunoaște în viitor, în ce privește utilizarea lor, o evoluție asemănătoare lor cu a Principiilor Unidroit. Menționăm faptul că ultimele au fost publicate într-o formă completă încă din anul 1994, iar codul european a cunoscut forma finală abia în anul 2003. Astfel, credem că putem anticipa, măcar în principiu, evoluția viitoare a Principiilor europene după matricea deja formată de normele Unidroit.

2. Dreptul Privat European și Cultura Europeană

„Nu există nici o altă disciplină a științei care să prezinte un caracter atât de european ca disciplina dreptului privat”. Acestea sunt cuvintele introductive ale cărții *Europa și dreptul roman* publicată de celebrul romanist și istoric Paul Koschaker acum cincizeci de ani⁵. Astăzi, cititorul rămîne surprins de aceste rînduri care atribuie un caracter european distinct unei discipline care se limitează, de cele mai multe ori, la spațiul gîndirii naționale datorită aspectului pozitiv al dreptului privat. Aprecierea lui Koschaker aparține însă viziunii istorice, a celor mai mult de 850 de ani în care dreptul privat a furnizat piatra de temelie a construcției pe care o numim Europa de astăzi. Desigur, această opinie ridică întrebarea dacă identitatea dreptului privat european este congruentă doar

⁵ Paul Koschaker, *Europa und das romische Recht*, a III-a ediție, Beck, München, 1958, p.1.

cu identitatea rădăcinilor istorice comune. În fapt, aceasta a fost ideea predominantă după cel de-al doilea război mondial, cînd constituirea primelor comunități economice prilejuia președinților Comisiilor Europene să afirme că „în cuprinsul marelui spațiu comunitar, realități egale trebuie tratate într-o manieră egală, iar acest lucru se poate întimpla numai prin intermediul legii”⁶. Noua apropiere a legislațiilor europene devinea posibilă prin pierderea de autoritate suferită de forțele separatiste: „unitatea caracterului european, în aparență pierdut, vede, din nou, lumina”⁷. Acestea erau cuvintele părinților fondatori ai Comunității Europene care, plecînd de la un trecut comun încă prezent, *in nuce*, în gîndirea juridică, încercau să readucă la viață unitatea istorică a culturii juridice.

În mod diferit însă de ceea ce simbolizează perioada lui *jus commune*, astăzi nu putem să ne mulțumim să reconstituim unitatea dreptului folosindu-ne doar de autoritatea doctrinei. Aceasta se explică prin intervenirea mai multor schimbări:

(1) Latina, ca limbă academică comună, a dispărut; lipsește actualmente un mijloc lingvistic neutru, susceptibil de a transmite gîndirea juridică. Unitatea gîndirii juridice în UE trebuie restabilită într-un context plurilingvistic. Cu toate că unele dintre limbile Uniunii sunt „mai egale decît altele”, nici una dintre acestea nu poate înlocui latina în perspectiva funcției sale istorice. În același timp, trebuie să se aibă în vedere că, în fiecare stat membru sau în curs de aderare, se găsește un larg număr de juriști necunoscători ai limbilor străine.

(2) Dreptul roman, legitimarea și sursa ultimă a lui *jus commune*, a primit statutul de materie apartînînd istoriei dreptului; o nouă raportare la dreptul roman se poate face astăzi ca la o autoritate ideală, dar nu ca la o sursă obligatorie de drept.

(3) Epoca luminilor a pus dreptul la dispoziția politicii; autoritatea supremă nu mai aparține tradiției antice, ci legiuirii volitive. Astăzi, deși forța obligatorie a legii scrisă poate fi redusă prin transformări ale sistemului juridic, cum ar fi creșterea importanței principiilor generale ale dreptului, o întoarcere la dreptul epocii prepozitiviste este exclusă. Drumul care trebuie parcurs în sensul unificării dreptului are, în mod necesar, ca punct de plecare legislația-legea, oricare ar fi condițiile suplimentare necesare îndeplinirii acestui deziderat (armonizarea formării juriștilor, a structurii profesionale a juriștilor, a metodelor de muncă etc.).

⁶ Apud Denis Tallon, *Vers un droit européen du contrat ?*, în *Mélanges offerts à Andre Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 485.

⁷ Jurgen Basedow, *Un droit commun des contacts*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1998, p.8.

În același timp, trebuie să subliniem că modificarea și armonizarea sistemului legislativ au atras numeroase controverse. Chiar și partizanii cei mai fervenți ai unificării dreptului țărilor UE au subliniat punctele slabe și costurile imputabile în primul rînd metodelor folosite de către Uniune⁸.

Cu toate că directivele creează o uniformitate intrinsecă de principii comune din care se inspiră dispozițiile naționale de ratificare, atât practica cât și doctrina nu reacționează, de cele mai multe ori, în timp util. Acest lucru se întâmplă pentru că legile de ratificare aparțin fiecărui stat membru, iar practica și doctrina ignoră frecvent planul mai larg, european. Pe cale de consecință, o efectivă integrare culturală nu se realizează decît în măsura în care sunt în joc norme de aplicare imediată. Iar acest lucru exclude *a priori* modalitatea apropierii legislațiilor cu ajutorul directivelor. În plus, este criticabil caracterul fragmentar al directivelor care se adaptează cu greu dreptului privat al statelor membre, caracterizat, adeseori, prin mari structuri organizate și chiar prin codificări. La aceasta se adaugă lipsa de coordonare între diversele directive ce au ca obiect de reglementare materii înrudite. Toate acestea carente au devenit și mai vizibile odată cu intensificarea legiferării în materia dreptului privat, intensificare datorată adoptării Programului Pieței Unice în 1985. Necesitatea unei coordonări se face simțită mai ales în materia contractelor unde Uniunea a fost în mod deosebit activă, elaborând, între altele, directive privitoare la contractele intervenite între subiecte de drept comercial, contracte negociate la distanță, clauze abuzive în contracte încheiate cu consumatorii, contracte privind dobîndirea de drepturi de folosință pe termen limitat asupra bunurilor imobile, contracte de credit, de consumație etc.

În această ordine de idei, consolidarea, coordonarea și sistematizarea dreptului comunitar sunt, în primul rînd, idealuri culturale urmărite de doctrină și de unii practicieni ai dreptului. Intervențiile aparținând acestora nu au dat însă niciodată naștere unor inițiative politice ale Uniunii încununate de succes. Politica juridică a Uniunii face parte integrantă, mai degrabă, din politica sa economică și mai precis din Programul Pieței Unice. Cu toate că Parlamentul European a subliniat prin intermediul a două rezoluții (în anul 1989 și 1994) necesitatea unei codificări graduale a dreptului contractelor, această exigență nu va putea fi realizată decît dacă îi este recunoscut caracterul de condiție prealabilă a instituirii și funcționării Pieții Comune sau Pieței Unice a UE.

În conformitate cu logica tradițională, valabilă în materia comparării legislațiilor, regulile de drept privat naționale – acestea privind întotdeauna regulile imperitive – restrîng libertățile fundamentale și limitează realizarea unui

⁸ Christophe Jamin, *Un droit européen des contrats*, în *Le droit privé européen*, P. de Vareilles-Sommieres (coord.), Economica, Paris, 1998, p. 40.

climat de concurență liberă. Totodată, dreptul privat nu este numai o restricție în procesul de realizare a pieței, ci și o condiție prealabilă existenței oricărei piețe.

Începînd cu anul 1980 o comisie oficioasă de juriști a început sub conducerea profesorului Ole Lando demersurile elaborării principiilor generale ale dreptului european al contractelor. Contractul a fost apreciat de membrii acestei comisii ca fiind tehnica de bază a liberei circulații și, deci, obiectul ce necesita în cea mai mare măsură eforturile unei munci de unificare. Rezultatele muncii comisiei au fost publicate în trei etape în 1995 și 1999-2000⁹ și 2003¹⁰.

În cele ce urmează, vom supune unei succinte prezentări atât activitatea acestei comisii, cît și scopurile urmărite prin redactarea acestui cod.

3. Motivele existenței unui Drept European al Contractelor

Pentru a explica rațiunile acestui demers, trebuie să răspundem la două întrebări: de ce să elaborăm reguli de drept substanțial în loc de a ne mulțumi să armonizăm regulile de conflict? și de ce să ne concentrăm asupra planului european cînd am putea avea în vedere împreună cu alte entități statale planul mondial?

3.1. Soluția regulilor de drept substanțial

Mai întîi, putem cu ușurință observa că, la această dată, Convenția de la Roma din 19 iunie 1980 privind Legea Aplicabilă Obligațiilor Contractuale este intrată în vigoare în Uniunea Europeană și că se realizează astfel „o suplă unificare a dreptului internațional privat în sînul Comunității Economice Europene”¹¹. Conform acestei convenții ar trebui – în principiu – ca, indiferent de naționalitatea judecătorului sesizat în legătură cu judecarea unei cauze referitoare la un contract, să se aplique doar regulile dreptului ales ca lege a contractului de părți.

Nu intră, însă, în intențile noastre să abordăm controversa superiorității unificării substanțiale față de unificarea regulilor de conflict, cu atît mai mult cu cît literatura dedicată domeniului subliniază imposibilitatea unui răspuns tranșant¹².

În schimb, în planul practic, se pare că un drept substanțial al contractelor aduce ceva în plus față de o regulă de conflict unificată. Se evită, de fapt,

⁹ A se vedea, în acest sens, Lando & Beale (coord.), *Principles of European Contract Law. Parts I & II*, The Hague, Kluwer, 1999-2000.

¹⁰ Ole Lando, Eric Clive, Andre Prum, Reinhard Zimmerman (coord.), *Principles of European Contract Law - Part III*, The Hague, Kluwer, 2003.

¹¹ Paul Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, Rev.crit.DIP 1991, p.287.

¹² A se vedea, în acest sens, René David, *Le droit de commerce international, réflexion d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, 1989.

căutarea conținutului legii aplicabile. Această căutare poate fi lungă, dificilă, costisitoare, mai ales atunci când litigiul aduce față în față resortanți ai unor țări depărtate, de limbi rare și de drepturi aparținând unor sisteme juridice diferite. Este suficient să ne imaginăm o dispută pe termen contractual între juristul irlandez și juristul grec.

Este de necontestat că reguli de drept substanțiale redactate mai întâi în limbile engleză și franceză și apoi în toate limbile comunitare ar evita astfel de situații și conflicte care permit adeseori judecătorilor naționali să revină prin intermediul unor subterfugii la aplicarea dreptului pe care îl cunosc cel mai bine, și anume la dreptul național.

În plus, Prințipiiile Europene au fost elaborate special pentru a se aplica contractelor intra-comunitare și, din acest punct de vedere, sunt mai bine adaptate relațiilor de acest tip decât dreptul național al țărilor membre, care a fost conceput pentru a răspunde nevoilor interne ale fiecărui stat în parte. Bineînteleș, nimic nu ne poate împiedica să gîndim că, într-un viitor mai îndepărtat sau mai apropiat, va avea loc o fuziune a normelor de drept intern cu normele comunitare și cu normele ce reglementează contractele internaționale. Însă, deocamdată această problemă nu se pune.

În orice caz, redactarea principiilor nu exclude alegerea legii aplicabile și, prin urmare, Convenția de la Roma își poate dovedi în continuare utilitatea. În primul rînd, fiindcă în unele ocazii chiar principiile fac trimitere în mod expres¹³ sau implicit la aceasta. Mai apoi, fiindcă legea desemnată de Convenția de la Roma are rolul de a acoperi lacunele principiilor. Astfel, se prevede că „problemele care intră în cîmpul de aplicare al prezentelor principii, dar pe care acestea nu le reglementează în mod expres, vor fi, în măsura posibilă, soluționate în conformitate cu spiritul care le inspiră. În situația în care acest lucru nu este posibil se vor aplica normele dreptului desemnat prin jocul regulilor de drept internațional privat”¹⁴.

Trebuie să subliniem că Prințipiiile au avut în vedere să lezeze cât mai puțin posibil ordinile juridice naționale. Avem de a face cu un model propus chiar prin compararea acestor soluții și nu cu unul impus. Părțile pot, în principiu, să deroge de la acestea în tot sau doar în parte¹⁵. În aceeași ordine de idei, uzanțele și practicile stabilite de părți au prioritate față de principii¹⁶. În fine, regulile Comisiei Lando fac un larg apel la noțiuni generice – cum ar fi buna credință – a căror existență este din ce în ce mai ușor admisă de drepturile naționale ale statelor membre UE.

¹³ În acest sens art. 1.104.

¹⁴ Art. 1.104.

¹⁵ Art. 1.102.

¹⁶ Art. 1.103.

Putem deci să apreciem ca întemeiate în acest domeniu intențiile de stabilire a unei armonioase cooperări între unificarea regulilor de conflict și a regulilor de drept material. O singură întrebare s-ar mai putea исca: de ce să ne limităm doar la reguli europene și să nu avem în vedere orizonturi mai largi ?

3.2. Necesitatea regulilor europene

Având în vedere experiența Conferinței de la Haga, aspirația spre o unificare universală ar putea fi pe deplin justificată.

Există deja, în acest sens, un exemplu încurajant (dacă dorim să facem abstracție de timpul impresionant necesar pentru redactare) în materia unificării regulilor vînzării internaționale. Având ca punct de plecare cele două legi uniforme de la Haga din 1966, Convenția Națiunilor Unite asupra Vînzării Internaționale de Mărfuri din 11 aprilie 1980 cunoaște un succes notabil, apropiindu-se de cifra de 40 de ratificări. Nu este aceasta oare un indicator favorabil al unei posibile unificări internaționale a dreptului contractelor și totodată nu poate reprezenta chiar punctul de plecare al acesteia ? În fapt, acest demers a fost deja întreprins de către Unidroit prin redactarea *Principiilor aplicabile contractelor comerciale internaționale*¹⁷ aşa cum am subliniat deja. De ce atunci să-și fi propus Comisia Lando să întreprindă aceeași muncă, dar limitată în spațiu ? Inițiativa nu se poate justifica decât dacă ar exista motive speciale pentru a justifica demersul pe plan comunitar.

Și astfel de motive pot fi identificate. Incongruența cîmpurilor de aplicare geografică atrage după sine și consecințe juridice evidente. Proiectul Unidroit, trebuind să poată fi aplicabil oricărei țări de pe mapamond, a trebuit să țină cont de imperativele proprii anumitor sisteme de drept: există încă țări comuniste (China a fost reprezentată la lucrări de o amplă delegație) sau țări în curs de dezvoltare care au exigențele lor proprii (există puțini consumatori pe eșicherul internațional...). Din contra, principiile UE nu trebuie să se aplice decît unor țări industrializate (sau aflate deja în post-industrializare), cu economie stabilă de piață, ceea ce într-o anumită măsură simplifică lucrurile.

Trebuie să subliniem, de asemenea, că ordinea internațională cunoaște o puternică presiune a dreptului american care caută să-și impună soluțiile (inspirate de Codul Comercial Uniform) ca model universal și, grație forței și influenței economiei americane, reușește acest lucru deseori, fie prin determinarea conținutului contractelor tip internaționale, fie prin influența exercitată asupra comisiilor de redactare a convențiilor internaționale (și putem, în acest sens, evoca *lobby-ul* american în alegerea unor soluții de inspirație nord-americană pentru Convenția de la Viena din 1980) sau, pur și simplu, prin

¹⁷ A se vedea, în acest sens, M.-J. Bonell, *A « Restatement » of Principles for international commercial contracts an academical exercise or a practical need ?, Rev. Droit des Affaires Internat., 1988, p. 873-888.*

impunerea legii americane ca lege a contractului, această alegere nefiind considerată negociabilă de multe firme americane.

O astfel de influență nu poate exista în cazul principiilor UE. Acest lucru nu înseamnă, însă, că redactorii principiilor nu au fost sensibili la rezolvările de ultimă oră oferite de dreptul american al contractelor, drept cunoscut pentru originalitatea și dinanismul său.

În plus, teoriile principiilor trebuie să fie asimilabile într-un context european dominat de ramura sistemelor de drept ce au primit influența romano-germanică.

Mai există încă un motiv pentru a avea principii proprii UE. Este vorba despre rolul acestor reguli de a încadra și suplini textele comunitare referitoare la contracte: contractul de muncă, de transport, de asigurare, de agent comercial, franciză, distribuție, licențe și brevete. În primul rînd, însă, principiile europene trebuie să țină cont de ampioarea normelor deja conținute în mod disparat de aceste reglementări ale UE, ceea ce nu este evident pentru regulile Unidroit.

Acestea din urmă au o aplicabilitate mai modestă, ceea ce este perfect explicabil din prisma vocației lor universale: se vor aplica doar raporturilor internaționale de drept comercial (evident, fără a încerca să înțelegem termenul de comerț într-un sens juridic precis atât timp cât distincția dintre dreptul civil și dreptul comercial nu are decît o valabilitate limitată pe plan global). Dimpotrivă, Principiile Comisiei Lando au vocația de a se aplica tuturor contractelor „ca și reguli generale ale materiei contractelor în Uniunea Europeană”¹⁸; nu numai contractelor între întreprinderi, ci și contractelor între persoane private, contractelor încheiate cu consumatorii etc., atât timp cât nu există dispoziții imperitive contrare în țările membre, caz în care acestea din urmă trebuie să aibă o aplicare prevalentă principiilor. Într-adevăr, aşa cum am mai observat, aria de aplicabilitate a Principiilor europene este mai largă decît a celor Unidroit, dar acest lucru nu a influențat și obiectivul avut în vedere de Comisia Lando. Aceasta a rămas unul modest¹⁹, și – am îndrăzni să adăugăm – extrem de realist, aşa cum o vom demonstra în cele ce urmează prin analiza funcțiilor dedicate acestor principii.

4. Funcțiile unui Drept European al Contractelor

Înainte de a căuta să definim care ar putea fi scopurile pe care le-ar putea îndeplini Principiile Dreptului European al Contractelor, este mai comod să subliniem ceea ce acestea nu se doresc a fi. Principiile nu sunt un cod de reguli detaliate și imperitive. Dimpotrivă, ne găsim mai degrabă în prezența unor

¹⁸ Art. 1.101, alin 1.

¹⁹ Denis Mazeaud, *La Commission Lando: le point de vue d'un juriste français*, în *L'harmonisation du droit droit des contrats en Europe*, Ecomonica, Paris, 2001, p.141.

recomandări, a căror eficacitate va depinde de alegerea părților și de bunăvoiința judecătorilor și arbitrilor. Dar ele vor putea juca și un important rol doctrinal.

4.1. Funcțiile practice

Primul articol al Prințipiilor anunță trei astfel de funcții.

Mai întâi, Prințipiile se aplică „atunci cînd părțile au convenit să supună contractul lor” acestora. Ele oferă astfel un model la alegerea părților, sperîndu-se obținerea unei confirmări în planul practic al valorii lor²⁰. O largă adoptare a Prințipiilor de către actorii comerțului european va însemna chiar recunoașterea meritelor soluțiilor adoptate de membrii Comisiei Lando. Si nu e greu de anticipat că părțile contractante vor putea mult mai ușor ajunge la un compromis ce vizează alegerea Prințipiilor ca lege a contractului, evitîndu-se astfel un eventual conflict al orgoliilor legat de soluțiile drepturilor naționale. Se vor înlocui soluțiile unui sistem de drept național desemnat printr-o modalitate mai mult sau mai puțin arbitrară cu un set de reguli special concepute a asigura siguranța și predictibilitatea relațiilor contractuale în spațiul comunitar.

Mai apoi, alegerea Prințipiilor ca lege a contractului ar putea fi utilă pentru întreprinderile mici și mijlocii ce adeseori nu își permit servicii juridice calificate în materia dreptului privat internațional și comerțului internațional. Optîndu-se pentru aceste Prințipii, care acordă o mare importanță apărării intereselor părții mai slabe, întreprinderile de talie mai mică se vor pune la adăpost de eventualele surzi neplăcute și de contractanții cu resurse financiare (deci și juridice) impresionante.

Aplicarea Prințipiilor ar deveni, în acest caz, obligatorie (mai puțin în situația exprimării unor rezerve de către cocontractanți) prin jocul regulilor autonomiei de voință.

Celelalte funcții ale Prințipiilor, aşa cum sunt ele anunțate în continuare de art. 1.101, sunt facultative.

Prințipiile se vor putea astfel aplica atunci cînd părțile au convenit ca relațiile lor contractuale să fie „reglementate de principiile generale ale dreptului, *lex mercatoria* și altele”. Altfel spus, în acest caz, judecătorii și arbitrii cărora părțile le-au lăsat o marjă importantă de alegere ar putea să se opreasă asupra Prințipiilor pentru a cenzura astfel de referințe ce se pot dovedi oarecum ambigue. Si, credem că putem să considerăm că Prințipiile, a căror concepere a necesitat un studiu comparativ aprofundat, sunt o expresie validă a regulilor contractuale internaționale.

Se poate, de asemenea, ca părțile să nu fi ales explicit sau implicit nici un sistem de drept pentru a conduce în tot sau în parte contractul pe care l-au

²⁰ Vincent Heuze, *A propos d'une „initiative européenne en matière de droits des contrats”*, JCP, 2001.I.152.

încheiat. În acest caz Prințipiile pot oferi arbitrilor și judecătorilor un sistem de referință coerent²¹.

În fine, se pot identifica situații cînd dreptul național ales de părți pentru a le conduce contractul nu conține nici o soluție clară a rezolvării litigiului dintre contractanți. Pentru a acoperi această lacună, judecătorul ar putea apeleze la textul Prințipiilor.

Codul Comisiei Lando poate servi judecătorilor și atunci cînd aceștia trebuie să interpreteze texte specifice (în special comunitare) prin intermediul regulilor generale de drept care le-au inspirat și le organizează structura. Prințipiile furnizează și în acest caz teoria generală aptă să lumineze sau să completeze soluțiile ce par a se situa în afara unei logici juridice evidente și a unor rațiuni consacrate.

În orice caz, în aceste diverse ipoteze Prințipiile nu vor fi luate în considerare decît prin prisma valorii de convingere, adică a calității lor intrinsece care, într-o anumită limită, poate fi deja intuită, fiind inherentă amplorii studiilor comparatiste ce au fost efectuate de Comisie și grijii pentru alegerea soluției celei mai „fericite”. Aceeași valoare de persuasiune va fi și cea care va condiționa funcțiile doctrinale ale Prințipiilor.

4.2. Funcțiile doctrinale

Prințipiile, în măsura în care se va dovedi că posedă și o valoare științifică, ar putea să servească ca inspirație sau punct de plecare legislatorilor ce se pregătesc să-și reformeze dreptul intern. Unele țări sunt interesate să-și întinerească din anumite puncte de vedere dreptul contractelor (este cazul țărilor în curs de aderare la UE sau chiar a unor țări membre, cum ar Germania) sau doresc doar să introducă anumite modificări (Franța apreciază ca fiind necesară modificarea regulilor referitoare la neexecutarea contractului).

Codul Comisiei Lando ar putea avea rolul doctrinal pe care l-a avut Codul Franco-italian publicat în anul 1927. Acesta, a rămas la stadiul de proiect, dar a inspirat numeroase reforme legislative în lumea întreagă²².

Prințipiile ar putea, în mod asemănător, să inspire reflexia doctrinei europene. În acest sens, am mai putea invoca o experiență asemănătoare și anume ecoul pe îl cunosc *Restatements* în America. Imediat ce acestea au fost difuzate în Statele Unite, mai întîi sub formă de documente preparatorii și apoi sub formă de proiecte de coduri, s-a constatat intensificarea discuțiilor, controverselor și a lucrărilor dedicate legilor uniforme, cum ar fi *I Restatement of Contracts* (Wiliston) sau *II Restatement of Contracts* (E. Allan Farnsworth). Nu putem decît spera că Prințipiile vor determina o efervescentă asemănătoare

²¹ Jerome Huet, *Nous faut-il un „Euro” droit civils*, Dalloz, Paris 2002, p. 2611.

²² A se vedea în acest sens : *Journées de droit de Pavie et de Milan*, Travaux de l’Association Henri Capitant pour la Culture juridique, vol. VIII, 1953, pp. 58-116.

în Europa. Beneficiile ar consta nu numai în crearea unui dialog autentic asupra unor teme de substanță, ci și în asumarea, în final, a rolului pe care juriștii de astăzi trebuie să-l aibă în conturarea dreptului european.

Interesul pe care codul european îl va succita va fi deci determinat de seriozitatea cu care Comisia Lando a știut să-și atingă scopurile, seriozitatea elaborării pe care am dori să o descriem în cele ce urmează.

5. Realizarea unui Drept European al Contractelor

Comisia pentru dreptul european al contractului care a luat inițiativa de a redacta aceste principii și-a început activitatea, aşa cum am menționat, în anul 1980. Este instructiv să prezentăm structura, să expunem metoda de lucru și în final să descriem produsul.

5.1. Structura

Comisia este un organism oficios ai cărui membri nu au fost aleși de către un guvern și care își desfășoară activitatea în mod total independent. Chiar dacă până în anul 1994 a fost aproape în totalitate finanțată de Comisia Europeană, nu s-au primit, cel puțin în mod oficial, nici un fel de instrucțiuni de la responsabilii europeni.

Fiecare țară este reprezentată de unul sau două persoane, în marea lor majoritate universitari. Textele au fost pregătite de un comitet de redacție de 4-5 membri, apoi prezentate și discutate de un comitet plenar. Documentele de lucru astfel elaborate au fost supuse și expertizei unor grupuri de practicieni din 6 țări membre UE.

5.2. Metoda

Metoda utilizată de Comisia Lando a fost în principal cea comparativă. Fiecare problemă a fost studiată de un raportor. Acesta trebuia să compare soluțiile drepturilor țărilor UE și să le rețină pe cele pe cele care i se păreau cele mai interesante. În plus, s-au consultat și surse externe spațiului comunitar, în special *Restatement 2nd Contracts*. De asemenea, a fost folosită și partea a doua a Codului Comercial Uniform al Statelor Unite ale Americii consacrată vînzării de bunuri mobile. Aceste două texte se caracterizează prin modernitatea și adeseori originalitatea soluțiilor, deși trebuie să observăm că de cele mai multe ori sunt imposibil de adaptat contextului european. Unele coduri recente, cum ar fi Codul Civil din Quebec sau Codul Civil Olandez, au făcut obiectul un studiu atent al membrilor comisiei²³.

Nu au fost uitate nici convențiile internaționale, în special legile uniforme asupra vînzării de bunuri mobile corporale de la Haga din 1964 și Convenția de la Viena. Este sigur că cea din urmă poate constitui un suport solid pentru

²³ Philippe Malaurie, *Le code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte*, JCP 2002.I.110.

lucrările de armonizare a dreptului contractelor în Europa. Desigur trebuie să îi recunoaștem și limitele prin raportare la Principii. Convenția de la Viena are ca obiect doar vînzarea și are o vocație universală de aplicare. Din această cauză a trebuit să se mulțumească cu soluții de compromis sau chiar cu soluții iluzorii.

Principiile au căutat să lărgească orizontul și să ducă mai departe munca de unificare a dreptului.

O dată studiate aceste soluții ale dreptului pozitiv, național sau internațional, a trebuit să se treacă la adoptarea regulii considerate ca cea mai bine adaptată relațiilor intra-comunitare. Nu a fost vorba despre degajarea unui principiu ce s-ar fi desprins din studiul uneia sau alteia dintre instituții, ci despre determinarea regulii care corespunde cel mai bine obiectivelor Principiilor. Deci, poate fi vorba despre una din regulile trecute deja în revistă de raportor, mai mult sau mai puțin adaptată, sau despre o regulă nouă desprinsă, de exemplu, din practică. În continuare, intervine un studiu negativ: trebuie verificat dacă regula comunitară nu afectează profund soluția vreunui drept național. S-a considerat că munca comisiei n-ar avea nici o șansă de a se impune ca viitor Cod Civil European fără menținerea unui anumite conformități între Principii și drepturile naționale. Orice regulă, chiar rezonabilă, chiar de dorit, dacă prin raportare la un anumit sistem național de drept ar fi părut şocantă pentru acea ordine juridică, a trebuit să fie atenuată; altfel ar fi refuzată de practica acelei țări. Această reacție cvasi instinctivă este frecventă în special între juriștii români și cei aparținând *Common Law*: putem da exemplul retinenței ultimilor în legătură cu executarea în natură (*specific performance*).

Mai există o modalitate de verificare dacă regula adoptată este compatibilă cu sistemele de drept comunitare. Este vorba despre limba folosită la redactarea textului. Obiceiul comisiei de elaborare a fost acela de a redacta texte în franceză și în engleză cu scopul de a se evita ca textul de lucru inițial să nu poată fi tradus cu acuratețe în celealte limbi, versiunile ulterioare apărând doar ca niște traduceri. Dar, mai ales, imposibilitatea traducerii unui anumit termen în cealaltă limbă a apărut redactorilor Principiilor ca un indiciu serios că soluția prefigurată nu este transferabilă dintr-un sistem în altul, sau că de fapt nu există un veritabil acord de fond între juriștii diferitelor sisteme.

5.3. Maniera de prezentare

Textele codului sunt redactate, mai degrabă, sub formă de reguli de principiu decât sub formă de reglementări de detaliu. Altfel spus, sursa de inspirație aparține mai mult Codului Civil francez decât celui german. Membrii Comisiei Lando au considerat că aceasta corespunde mai bine caracterului de recomandare pe care-l au Principiile. În plus, trebuia avut în vedere să se lasă o mare libertate de decizie (specifică relațiilor și ordinii internaționale) judecătorilor – adesea arbitrii – care sunt inspirați de „principii fecunde în

consecințe” și nu „descind în detaliul problemelor pe care le poate naște fiecare instituție a dreptului”²⁴.

Pentru a le lumina înțelesul, fiecare text este însoțit de comentarii, veritabile expuneri de motive, completate de câte o notă cu caracter accentuat științific care descrie, pe scurt, principalele soluții naționale ale problemei reglementate și furnizează o bibliografie minimală. Aceste comentarii se pot dovedi folositoare atât timp cât se recomandă²⁵ ca principiile să fie interpretate “în conformitate cu obiectivele lor” și ca lacunele să fie depășite “în măsura posibilului în conformitate cu ideile care inspiră textele”. Comentariile permit o mai bună înțelegere a acestor obiective și idei.

6. Concluzii

Ceea ce Reno David a subliniat în 1955 este în continuare valabil: „putem fi buni europeni și concepe cu reticență unificarea drepturilor europene; nu putem fi buni europeni vrînd să menținem, fără efortul armonizării, situația actuală, adică completa insularitate a fiecărui sistem juridic național european”²⁶. Putem să nu fim conviși de necesitatea unui Eurocod al contractelor sau putem să fim descurajați de perspectiva unei munci demne de Hercule – și nu de Sisif, să nu fim prea pesimisti. Credem însă că oricine poate fi determinat să ia în considerare că epoca naționalismului dreptului obligațiilor trebuie să se apropie de sfîrșit.

Soluția minimalistă ar consta în a vedea Europa dotată cel puțin cu un *restatement à l'américaine* care să faciliteze cunoașterea conținutului drepturilor naționale, aprecierea convergențelor și a divergențelor. Este vexant ca la ora la care Europa dispune de o monedă unică să ne fie dificil să cunoaștem conținutul dispozițiilor naționale ce reglementează dreptul contractelor.

Unii autori consideră că Principiile Dreptului European al Contractului reprezintă tocmai efortul de a păstra calitatea normativă a dreptului privat european în era post normativă²⁷. Astfel, Comisia Lando devine un actor crucial într-o schemă complexă a procesului de deliberare. La modul ideal, imaginea schițată de noi ar trebui să conducă la un util dialog al culturilor juridice apartinând statelor ce astăzi sunt angrenate în sistemul de guvernare multi-instituțional numit Uniunea Europeană.

²⁴ Portalis, apud D. Tallon, *art.cit.*, p 147.

²⁵ Art. 1.104.

²⁶ René David, *L'avenir des droits européens: unification ou harmonisation*, Economica, Paris, 1982, p. 296.

²⁷ Kristina Riedl, *The work of the Lando-Commission from an alternative viewpoint*, European Review of Private Law, 2000, p. 175; Claude Witz, *Plaidoyer pour un code européen des obligations*, Dalloz, Paris, 2000, p. 79.

Însă, dacă Principiile europene se vor înscrie într-o evoluție a aplicării lor în practică asemănătoare celei descrise de noi anterior pentru Principiile Unidroit, credem că va interveni o schimbare de paradigmă. Astfel, Principiile Lando nu vor mai fi privite ca o condiție obligatorie a europeanizării dreptului privat, în conformitate chiar cu scopurile urmărite de redactorii acestui cod. Dimpotrivă, dispozițiile Principiilor vor putea fi valorizate ca un exemplar model de europeanizare optională. Vom fi deci în prezență unei unificări venite nu de la o instanță legislativă, ci chiar din practica părților contractante ce vor alege Principiile ca lege a contractelor lor. Putem concepe astfel o unificare tot pe orizontală, dar pornită de „jos în sus” prin libera exprimare a voinței părților contractante.

Rezultatul anticipat de noi poate fi exprimat astfel: Principiile europene vor deveni o metodă alternativă de a ordona și îndrepta atât intervențiile legislative europene, cât și deficiențele cauzate de utilizarea *lex mercatoria*, așa cum a fost aceasta cunoscută pînă acum. Rămîne însă de răspuns la o întrebare: cum va putea această funcție critică a Principiilor să fie pusă în practică? Pentru a răspunde, putem să ne concentrăm atenția asupra unei instituții europene și anume sistemul judiciar european. Se poate sugera că acesta să utilizeze Principiile europene cînd este chemat să rezolve spețe ce implică dreptul contractelor. În special, Curtea Europeană de Justiție ar putea să trimită la Principii aplicîndu-le acestor spețe și dispozițiilor naționale ale statelor membre. Sistemul judiciar comunitar este în măsură să organizeze și să clarifice înțelesul Principiilor. Dar, dată fiind structura multi-nivel a Europei de astăzi, pentru îndeplinirea unui standard necesar de omogenitate în aplicare trebuie să se dezvolte un dialog între instituțiile europene și instituțiile naționale. Astfel, și instanțele naționale ce soluționează cauze de drept privat ar putea să facă trimitere la Principiile europene. În acest fel, ar fi depășită și ezitarea contractanților din Europa de a alege Principiile ca lege a contractului, ezitare datorată faptului că ele nu au fost încă adoptate/sanctionate de o autoritate legislativă.

The Project of an European Contract Code

– Summary –

The article analyses the project of a group of legal scientist who have developed a body of common European Principles of Contract Law in private initiative. The prevailing idea was that a Common Market requires a uniform legal infrastructure, especially of contract law, as the existing plurality of national contract laws might be an obstacle to Internal Market. But the project of Lando-Commission hides more complex

features. The social and economic conditions that made possible the 19th century formal codifications have to a large extent changed. Private law as part of European multi-level-system is forced to react to the regulatory market-related interventions of the European economic legislation. Simultaneously, in the wake of the globalisation of the economy, national codifications have to accommodate new categories of contracts as well as autonomous transnational law of business community (*lex mercatoria*) which has emerged beyond the national legal systems. In this context, the work of Lando-Commission shall be conceived as an optional system, sustaining the actors in this multi-level process. By aid of transnational judicial dialogue, these Principles might become a useful tool for co-ordination among the fragmental EC directives, international uniform law and traditional private law.

CONSIDERAȚII ASUPRA APLICĂRII ÎN TIMP A DISPOZIȚIILOR O.U.G. 58/2003 PRIVIND MODIFICAREA ȘI COMPLETAREA CODULUI DE PROCEDURĂ CIVILĂ

HORIA ȚIȚ

Recentele modificări intervenite la Codul de procedură civilă¹ au născut în practică, pe lângă discuțiile aprinse legate de oportunitatea și eficacitatea noilor dispoziții, în special a celor legate de competența materială a instanțelor judecătoarești, în realizarea unei mai bune administrații a justiției în materie civilă, și o acută controversă referitoare la aplicarea în timp a normelor modificatoare și completatoare ale codului. Problema a căpătat pe lângă natura sa juridică și o conotație administrativă, în special în ceea ce privește funcționarea instanței supreme, a cărei activitate a fost sufocată, ca urmare a trecerii în competența sa a tuturor recursurilor în materie civilă, mai puțin cele care, în temeiul unor legi speciale au rămas în competența tribunalelor (spre exemplu, în materie contravențională), sau curților de apel (spre exemplu, în materia asigurărilor sociale).

Pentru a fi temperat şocul aplicării dispozițiilor modificatoare relative la competență, Curtea Supremă de Justiție (devenită între timp Înalta Curte de Casație și Justiție) a încercat să impună o interpretare a dispozițiilor tranzitorii ale O.U.G. 58/2003 care să întârzie aplicarea legii noi și care să facă să supraviețuiască, pentru o perioadă, dispozițiile legii vechi, respectiv pentru toate cauzele în care cererea de chemare în judecată a fost introdusă înainte de intrarea în vigoare a ordonanței.

Deși scopul avut în vedere pentru această interpretare a fost unul pe care îl putem înțelege și pe care îl susținem, respectiv amânarea intrării în vigoare a O.U.G. 58/2003 până la momentul la care la nivelul instanței supreme vor fi create toate condițiile de spațiu, număr de judecători, magistrați asistenți,

¹ O.U.G. 58/2003 privind modificarea și completarea Codului de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 460 din 28 iunie 2003.

grefieri, personal auxiliar etc. necesare administrației judecății unui număr de cauze care depășește cu mult pe cel care Înalta Curte de Casație și Justiție este pregătită să îl gestioneze la momentul de față, nu putem fi de acord cu argumentele invocate de judecătorii instanței supreme în motivarea soluției lor, argumente care, din punctul nostru de vedere, conduc la o soluție juridică greșită.

O.U.G. 58/2003 cuprinde, pe lângă normele modificatoare și completatoare (art. I al ordonanței), și o serie de dispoziții tranzitorii, respectiv reglementări referitoare la aplicarea în timp a acestora.

Astfel, art. II al ordonanței consacră, în primele două alinături, regula aplicării imediate a legii procesual civile, pentru ca alinatul trei să stabilească pentru anumite chestiuni și cu titlu de excepție, ultraactivitatea legii vechi². Art. III al ordonanței stabilește momentul intrării în vigoare a acesteia.

Se observă că aceste dispoziții ale O.U.G. 58/2003 nu fac altceva decât să reia pe cele privitoare la aplicarea în timp a normelor procesual civile cuprinse în art. 725 alin. 1, 2 și 4 C.proc.civ., fiind, din această cauză, nimic altceva decât o redundanță legislativă. Cu alte cuvinte, dacă în ceea ce privește regulile de procedură civilă propriu zisă, O.U.G. 58/2003 aduce modificări importante, același act normativ, în ceea ce privește aplicarea în timp a normelor procesual civile nu aduce nimic nou.

Aplicarea legilor de procedură civilă este guvernată de principiul neretroactivității legii³, principiu consacrat atât în art. 1 al Codului civil, cât și în art. 15 din Constituție. Potrivit acestui principiu, legea procesual civilă nu poate reglementa decât actele procesuale și procedurale care sunt efectuate după intrarea sa în vigoare, conform adagiuului *tempus regit actum*⁴. În raport de momentul intrării în vigoare a legii procesual civile singura soluție permisă de

² Art. II al O.U.G. 58/2003 are următoarea redactare:

„(1) Dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență se aplică și proceselor în curs de judecată începute sub legea anterioară, precum și executării silite începute sub acea lege.

(2) Procesele în curs de judecată la data schimbării competenței instanțelor legal investite vor continua să fie judecate de acele instanțe. În caz de casare cu trimitere spre rejudicare, dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență privitoare la competență sunt aplicabile.

(3) Hotărârile pronunțate înainte de intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență rămân supuse căilor de atac și termenelor prevăzute de legea sub care au fost pronunțate”.

³ Ion Leș, *Aplicarea legilor de procedură civilă în timp*, în Mircea N. Costin, Ion Leș, Mircea St. Minea, Dumitru Radu, *Dicționar de drept procesual civil*, Editura științifică și Enciclopedică, București, 1983, p. 62; Ilie Stoenescu, Savelly Zilberstein, *Drept procesual civil. Tratat. Teoria generală*, Editura didactică și pedagogică, București, 1977, p. 75 și.u.

⁴ Pentru detalii asupra aplicării în timp a normelor procedurale cu privire la actele de procedură, a se vedea Marin Popa, *Teoria generală a nulității actelor de procedură civilă*, Editura All Beck, București, 2003, p. 134 și.u.

legislația în vigoare este activitatea, fiind exclusă fără excepție retroactivitatea. În raport de ieșirea din vigoare a legii procesual civile, în caz de conflict temporal de legi, este consacrată ca regulă activitatea (norma procesual civilă este de imediată aplicare) și ca excepție ultraactivitatea⁵.

Astfel, în materie de competență, O.U.G. 58/2003 prevede că instanțele sesizate nu îți vor declina competența conform normelor de competență prevăzută de legea nouă, justificarea fiind aceea că problema competenței trebuie soluționată raportat la momentul investirii instanței cu soluționarea cererii (principiul neretroactivității). În caz de casare cu trimitere, dacă decizia de casare este pronunțată sub imperiul legii noi, instanța de control judiciar va dispune conform normelor de competență din legea nouă. De asemenea, în cazul formulării unei căi de atac, va fi avută în vedere instanța competentă conform legii în vigoare la momentul înregistrării cererii la instanța a cărei hotărâre este atacată, și nu instanța competentă potrivit legii în vigoare la momentul pronunțării hotărârii atacate (regula conform căreia legea procesual civilă este de imediată aplicare).

Singura situație de excepție este cea referitoare la căile de atac și termenele în care pot fi declarate și motivate cererile în acest sens, chestiuni supuse reglementărilor prevăzute de legea veche, în vigoare la momentul pronunțării hotărârii atacate (excepția ultraactivității).

În concluzie, pentru a determina calea de atac și termenul în care ea poate fi exercitată trebuie avută în vedere legea în vigoare la momentul pronunțării hotărârii judecătorescă, iar pentru a determina instanța competentă să soluționeze respectiva cale de atac, trebuie avută în vedere legea în vigoare la momentul înregistrării cererii prin care este declarată calea de atac.

Se poate ajunge la situația unui concurs între legea veche și legea nouă. Pentru a fi mai explicativi, să luăm un exemplu. În materie comercială, sentința pronunțată de tribunal înainte de intrarea în vigoare a O.U.G. 58/2003⁶ este supusă doar recursului (având în vedere dispozițiile cuprinse în art. 720⁸ C.proc.civ., astfel cum erau redactate conform O.U.G. 138/2000, înainte de modificarea intervenită prin O.U.G. 58/2003), acesta fiind de competența curții de apel, dacă este declarat înainte sau inclusiv pe 28.08.2003, sau de competența Înaltei Curți de Casație și Justiție, dacă este declarat după 28.08.2003. În cazul în care litigiul comercial se află la data intrării în vigoare a O.U.G. 58/2003 pe rolul

⁵ Vasile Negru, Dumitru Radu, *Drept procesual civil*, Editura Didactică și Pedagogică, București, f.a., p. 20.

⁶ Având în vedere data publicării în Monitorul Oficial a ordonanței și dispozițiile art. III al acesteia, ordonanța a intrat în vigoare la 28.08.2003.

tribunalului, acesta nu se va dezinvesti, chiar dacă potrivit legii noi competența de a soluționa litigiul respectiv ar reveni judecătoriei, însă sentința care se va pronunța va fi supusă apelului, conform dispozițiilor legii noi, în vigoare la data pronunțării, soluționarea respectivei căi de atac fiind de competență curții de apel⁷. În situația în care împotriva sentinței comerciale pronunțate de tribunal înainte de intrarea în vigoare a O.U.G. 58/2003 sunt promovate mai multe recursuri de către părțile interesate (spre exemplu, atât reclamantul, cât și părțul declară recurs), se va avea în vedere pentru stabilirea instanței competente să soluționeze căile de atac legea în vigoare la momentul declarării primului recurs, acela fiind momentul la care este investită cu soluționarea căii de atac instanța superioară. Astfel, dacă în speță un recurs este declarat înainte de 28.08.2003 și celălalt după această dată, recursurile vor fi soluționate de curtea de apel.

În concluzie, toate recursurile declarate după 28.08.2003 sunt, potrivit dispozițiilor O.U.G. 58/2003, de competență Înaltei Curți de Casație și Justiție, indiferent că prin ele se atacă hotărâri pronunțate înainte sau după intrarea în vigoare a actului normativ amintit.

Instanța supremă a încercat să promoveze o interpretare diferită a normelor de aplicare în timp a dispozițiilor de procedură civilă. Astfel, printr-o soluție de speță⁸, fosta Curte Supremă de Justiție s-a pronunțat în sensul că soluționarea căii de atac revine instanței competente potrivit legii sub care a fost pronunțată hotărârea atacată.

Pentru a ajunge la această concluzie, instanța supremă s-a folosit în motivarea încheierii de patru argumente, pe care le considerăm neîntemeiate.

Un prim argument este legat de interpretarea principiului neretroactivității legii. Astfel, instanța supremă a reținut: „Competența de soluționare a recursului rămâne guvernată de legea veche, aşa cum rezultă din dispozițiile art. II alin 2 și 3 din O.U.G. nr. 58/2003, care s-au supus regulii că reglarea competenței materiale a instanțelor se face după legea din momentul când litigiul a fost dedus judecății. Această regulă își găsește justificarea în dreptul părții care pornește o judecată, de a avea o reprezentare exactă, fundamentată pe existența unor norme legale, cu privire la instanța căreia îi adresează cererea de chemare în judecată, cât și la instanțele la care va ajunge în eventualitatea exercitării căilor de atac, altfel spus, pe aceste aspecte, partea are un drept câștigat. Este vorba, deci, de facultatea de a accede la instanțele prevăzute de legea veche care, în ipoteza pe

⁷ A se vedea, în acest sens, Traian Corneliu Briciu, *Comentariu asupra modificărilor aduse Codului de procedură civilă prin O.U.G. nr. 58/2003*, în „Curierul Judiciar”, Nr. 8/2003, p. 17-18.

⁸ Fosta Curte Supremă de Justiție, Secția Civilă, Încheierea nr. 3518 din 22 septembrie 2003, pronunțată în dosarul nr. 4845/2003, nepublicată.

care o avem în vedere, supraviețuiește. O lege nouă, care ar conține dispoziții prin care nu s-ar ține seama de cele mai sus arătate și ar aduce modificări de competență pentru cauze începute și corelativ, ar împiedica accesul la instanțele de control judiciar prevăzute de legea veche, ar fi retroactivă, deci contrară art. 215 alin. 2 din Constituție, ceea ce ar fi inadmisibil.”

Argumentul este greșit, oferind o interpretare a normelor de aplicare în timp a legii procesual civile care nu are în vedere, pe de o parte, efectele hotărârilor judecătorești, pe de altă parte, natura și caracterul normelor care reglementează competența.

Așa cum am arătat și mai sus, art. II, alin. 3 al O.U.G. 58/2003, reglementând ultraactivitatea legii vechi, arată că legea veche este în continuare aplicabilă doar pentru două chestiuni: căile de atac și termenele la care sunt acestea supuse, nu însă și competența de a soluționa căile de atac. Fiind vorba despre o excepție de la regula imediatei aplicări a legii noi, normele care o reglementează trebuie interpretate restrictiv, neputând fi extinsă soluția ultraactivității și alte instituții neprevăzute de textul legal.

Este adevărat că art. II alin. 2 teza I al O.U.G. 58/2003, ca și 725 alin. 2 teza I. C. proc.civ prevăd că „procesele în curs de judecată la data schimbării competențelor instanțelor legal investite vor continua să fie judecate de acele instanțe”. Însă trebuie avut în vedere că acest text prevede două condiții: ca respectiva cauză să fie pe rol și instanța să fi fost legal investită. Din momentul în care în cauză se pronunță o hotărâre, instanța se dezinvestește cu soluționarea cauzei respective, investirea instanței de control judiciar având loc la momentul declarării căii de atac de către cel interesat. Astfel, acest text de lege nu este aplicabil situației în care instanța se pronunță sub imperiul legii vechi, iar declararea căii de atac are loc sub imperiul legii noi. Prin pronunțare, instanța se dezinvestește, iar sesizarea instanței superioare se face printr-un act distinct, supus legii în vigoare la momentul efectuării.

Mai mult decât atât, normele de competență sunt norme prin care se stabilește aptitudinea instanței de a soluționa o pricină⁹ și nicidcum drepturi procesuale ale părților. Ideea conform căreia partea trebuie să aibă, la momentul introducerii cererii de chemare în judecată, viziunea întregului parcurs al procesului și instanțelor competente să soluționeze atât fondul, cât și căile de atac este contrazisă de dispozițiile art. II alin. 2 teza a doua din O.U.G. 58/2003, care prevede că în caz de casare cu trimitere spre rejudicare se aplică regulile de competență prevăzute de legea nouă. Spre exemplu, în materie comercială, dacă

⁹ Gabriel Boroi, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, volumul I, Editura All Beck, București, 2001, p. 4.

soluționând un recurs împotriva unei sentințe prin care s-a soluționat o cerere de chemare în judecată al cărei obiect nu depășea 1 miliard lei, curtea de apel îl găsește întemeiat și pronunță soluția casării cu trimitere spre rejudicare, în cazul în care această hotărâre este pronunțată după momentul intrării în vigoare a O.U.G. 58/2003, cauza va fi trimisă spre rejudicare la judecătorie, chiar dacă hotărârea desființată era pronunțată de tribunal. Cu alte cuvinte, părțile nu au un „drept căștigat” cu privire la instanțele care vor soluționa căile de atac și fondul după casarea cu trimitere, ci doar cu privire la competența instanței investite prin cerere, până la momentul dezinvestirii prin pronunțarea unei hotărâri.

Un al doilea argument cuprins în motivarea instanței supreme are la bază ideea că atât timp cât legiuitorul nu a desființat instanțele prevăzute de legea veche, înseamnă că a înțeles să le mențină neatinsă competența de a soluționa căile de atac îndreptate împotriva hotărârilor pronunțate sub legea veche. Astfel, instanța supremă a reținut că „în ipoteza de excepție, inaplicabilă însă conflictul de legi în timp generat de O.U.G. 58/2003, legea nouă ar fi aplicabilă și pe aspectele examineate dacă s-ar desființa cu totul o instanță. Or, ordonanța de urgență păstrează neatins sistemul judiciar instituit de legea veche, ceea ce, pentru considerentele ce au fost arătate, impune concluzia că sfera de aplicare a alineatului 3 al art. II din O.U.G. nr. 58/2003 vizează păstrarea, în ipoteza prevăzută de text, a dreptului la căile de atac, în structura, termenele, precum și competența de soluționare a acestora prevăzute de legea veche.”

Interpretarea este din nou eronată și adaugă la textul legal. Atât timp cât dispoziția invocată se referă expres doar la căile de atac și la termene și este o dispoziție de excepție, interpretatorul nu poate alătura celor două instituții și competența instanței de a soluționa calea de atac. Concluzia că legea nouă ar fi imediată în aplicare doar în cazul desființării instanței este valabil doar în ceea ce privește cauzele aflate pe rolul instanței desființate. Aceasta nu va mai putea să soluționeze cauzele aflate pe rol, astfel încât, potrivit art. 725 alin. 3 C. proc.civ., dosarele se vor trimite din oficiu instanței competente potrivit legii noi. Atât timp încă cât instanța s-a dezinvestit prin pronunțarea hotărârii, calea de atac declarată sub imperiul legii noi va fi de competența instanței prevăzute de legea nouă, chiar dacă instanța competentă să soluționeze calea de atac potrivit legii vechi nu a fost desființată prin legea nouă.

Un al treilea argument al instanței supreme are la bază interpretarea normelor de competență materială funcțională: „..., această intenție a legiuitorului rezultă fără echivoc și din împrejurarea că ordonanța de urgență nu a adus nici o modificare normelor de competență materială conținute de dispozițiile art. 23 și 25 din Legea nr. 92/1992 pentru organizarea judecătoarească, texte prin care se

stabilește competența tribunalelor de a soluționa cauze ca instanțe de apel și recurs, atunci când judecătoria a fost instanță de fond, respectiv competența curților de apel de a soluționa recursurile declarate împotriva hotărârilor pronunțate de tribunale în apel. Menținerea și în prezent a acestor dispoziții legale atrage de la sine concluzia că, în continuare, competența de soluționare a căilor de atac exercitată împotriva hotărârilor pronunțate înainte de intrarea în vigoare a ordonanței de urgență, aparține acelorași instanțe desemnate prin legea veche.”

Eroarea de interpretare provine din nediferențierea dintre competența materială funcțională și competența materială procesuală, pe de o parte, și din neobservarea raporturilor dintre normele juridice care reglementează cele două tipuri de competență, pe de altă parte. Astfel, competența materială funcțională, reglementată prin legea de organizare judecătorească, este aceea care determină și precizează funcția și rolul atribuite fiecărei dintre categoriile instanțelor judecătorești, având un caracter general, în timp ce competența materială procesuală, reglementată prin Codul de procedură civilă, este aceea care determină categoria de pricini ce pot fi rezolvate, în concret, de o anumită categorie de instanțe judecătorești, având un caracter special¹⁰. Faptul că norma generală a rămas neschimbată nu are influență asupra aplicării în timp a normei speciale, deoarece generalul trebuie interpretat prin prisma specialului și nu invers¹¹. Modificarea de competență procesuală nu este afectată în vreun fel de menținerea neschimbată a competenței funcționale, deoarece, aşa cum am mai arătat, are caracter special și derogator de la aceasta. Chiar dacă regulile de competență materială funcțională păstrează principiul caracterului consecutiv al instanțelor competente să soluționeze căile de atac, aceasta nu impiedează asupra posibilității ca prin regulile speciale ale competenței materiale procesuale să se abandoneze acest principiu.

În fine, un ultim argument are în vedere interpretarea legală a dispozițiilor referitoare la aplicarea în timp a legii procesual civile: „... interpretarea făcută prin considerentele ce au fost arătate este dată chiar de autorul ordonanței de urgență, prin H.G. nr. 1052 din 4 septembrie 2003, privind aprobarea Strategiei de reformă a sistemului judiciar, publicată în Monitorul Oficial nr. 649 din 12 septembrie 2003. Astfel, punctul 9.4.1.2. din Hotărâre, referindu-se la noua reglementare, cuprinsă în O.U.G. nr. 58/2003, arată că aceasta are în vedere numai cauzele înregistrate începând cu 28 august 2003, adică data de punere în aplicare a noii reglementări.”

¹⁰ Gabriel Boroi, *op.cit.*, p. 28.

¹¹ Ion Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Editura Servo Sat, Arad, 2000, p.22.

Nici acest argument nu poate fi primit, din cel puțin două motive: pe de o parte, hotărârea de guvern arătată oferă o interpretare care nu se impune judecătorului, acesta fiind cel care, în momentul aplicării legii, trebuie să o interpreteze; pe de altă parte, dispozițiile unei hotărâri de guvern nu pot oferi o soluție contrară dispozițiilor cuprinse într-o lege, în virtutea ierarhiei constituționale izvoarelor de drept.

În concluzie, dispozițiile modificatoare ale Codului de procedură civilă sunt de imediată aplicare, inclusiv în ceea ce privește competența de soluționare a căilor de atac îndreptate împotriva hotărârilor pronunțate sub imperiul legii vechi, dacă cererea prin care se declară calea de atac s-a formulat după momentul intrării în vigoare a legii noi. Încercarea instanței supreme de a impune o soluție contrară s-a soldat cu un eșec din punct de vedere al argumentației juridice, chiar dacă scopul avut în vedere a fost unul util procesului de justiție.

Considerations on time application of O.U.G. 58/2003 concerning the modification and completion of the Civil Procedural Code

– Summary –

The recent modification of the Civil Procedural Code generated a dispute concerning not only the efficiency of the new provisions, but also the time application of these provisions.

The Supreme Court gave an interpretation which tries to delay the application of the modifying provisions, because, due to the new competence rules, the number of cases that it must solve is considerable bigger and the Court hasn't got, at the moment, the resources claimed by such a practice.

The study argues with the interpretation of the Supreme Court and gives the authors opinion on the subject. That is, although art. III of O.U.G. 58/2003 provides that the decisions of the court remain subject to the appeal provided by the law in force at the moment of their announcement, the provisions on competence are immediately applicable, meaning that the appeal provided by the modified law will be solved by the court provided by the modifying law.

INCIDENTA CERERII DE EMITERE A SOMAȚIEI DE PLATĂ ASUPRA CURSULUI PRESCRIPTIEI EXTINCTIVE

LUIZA-CRISTINA IOVU

1. Preliminarii

Prin reglementarea procedurii speciale a somației de plată, inspirată de modelul francez¹, legiuitorul român a urmărit instituirea unei proceduri simplificate pentru satisfacerea creațelor certe, lichide și exigibile.

Cadrul legal conturat inițial de Ordonanța Guvernului nr. 5/2001 a suferit unele modificări prin Legea de aprobare nr. 295/2002 și ulterior prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 142/2002.

Principalul avantaj pe care acest nou instrument procedural îl conferă creditorilor este posibilitatea obținerii rapide a unui titlu executoriu în baza căruia să purceadă, dacă este cazul, la executarea silită.

Astfel, creditorului care deține o creață certă, lichidă și exigibilă, referitoare la plata unei sume de bani, care este constatătă printr-un înscris, i se oferă o alternativă deosebit de eficientă pentru realizarea acesteia, față de varianta mult mai anevoieasă a soluționării cererii de chemare în judecată pe calea dreptului comun.

În legătură cu caracterul contencios, necontencios² sau mixt³ al acestei proceduri, s-au exprimat opinii diferite în literatura de specialitate. Acest aspect este important pentru a stabili dacă prin rezolvarea cererii se urmărește stabilirea unui drept potrivnic față de o altă persoană. În acest sens, art. 11¹ alin. 1 din

¹ *L'injunction de payer*, reglementată de art. 1405-1425 din Noul Cod de procedură civilă francez.

² M.N. Costin, A. Miff, *Aspecte de ordin procedural privind soluționarea litigiilor comerciale*, în „Revista de drept comercial”, nr. 12/2001, p. 200; *Procedura somației de plată în lumina Ordonanței Guvernului nr. 5/2001 și a modificărilor aduse acesteia prin Legea nr. 295/2002*, în „Dreptul”, nr. 9/2002, p. 10.

³ I. Deleanu, *Procedura somației de plată*, în „Pandectele române” nr. 5/2002, p. 170-171; M. Stancu, *Procedura somației de plată*, în „Pandectele române”, nr. 3/2002, p. 261.

Ordonanța Guvernului 5/2001 (introdus prin Legea de aprobare nr. 295/2002) prevede că „ordonanța [...] nu are autoritate de lucru judecat privitor la fondul raporturilor dintre părți”.

Soluțiile care pot fi date de judecător în urma examinării cererii de ordonanță pot fi: fie emiterea unei somații care să conțină somația de plată, fie o încheiere de respingere a unei astfel de somații.

Încheierea de respingere a cererii nu poate fi atacată de către creditor, fiind irevocabilă. Același caracter îl prezintă și hotărârea de admitere a cererii în anulare prin care s-a anulat somația de plată, precum și hotărârea prin care s-a admis recursul debitorului împotriva hotărârii de respingere a cererii în anulare.

În ipoteza pronunțării unor astfel de hotărâri, conform articolului 7 din ordonanță, singura cale deschisă creditorului este cea a dreptului comun.

2. Întreruperea cursului prescripției extinctive prin introducerea cererii de somație de plată

În privința dreptului la acțiune în sensul material având ca obiect drepturile de creață, Decretul nr. 167/1958 – republicat stabilește prin art. 1 alin. 1 că acesta se stinge prin prescripție dacă nu a fost exercitat în termenul prevăzut de lege. Termenul general este de 3 ani (articolul 3 alineatul 1) și începe să curgă de la data când se naște dreptul la acțiune sau dreptul de a cere executarea silită (articolul 7 alineatul 1).

Prin urmare, neglijența titularului dreptului, care nu l-a exercitat timp îndelungat, este sancționată cu imposibilitatea de a mai obține concursul organelor judiciare pentru a-l constrângă pe debitor să-și execute obligația sa.

Conform art. 17 din Decretul 167/1958, în cazurile prevăzute de dispozițiile art. 16, cursul prescripției se întrerupe, astfel că timpul scurs până la apariția cauzei respective nu se mai ia în calcul, urmând ca după întrerupere să curgă o nouă prescripție.

Una din cauzele de întrerupere a cursului prescripției este, potrivit art. 16 lit. b) din Decret, și art. 1865 pct. 1 Cod civil, „introducerea unei cereri de chemare în judecată sau arbitrage, chiar dacă cererea a fost introdusă la o instanță necompetentă”. Întreruperea cursului prescripției are loc de la data introducerii cererii.

Pentru a produce efect întreruptiv, cererea de chemare în judecată trebuie, conform art. 17 alin. 3 din Decret, să fi fost admisă printr-o hotărâre definitivă. Ea nu va întrerupe prescripția dacă a fost respinsă, anulată, perimată, ori dacă cel

care a făcut-o și renunțat la ea. De asemenea, cererea de chemare în judecată nu are efect întreruptiv dacă s-a pronunțat încetarea procesului (art. 16 alin. ultim)⁴.

Se pune întrebarea cum acțiunează dispozițiile legale amintite în cadrul procedurii speciale a somației de plată.

Mai întâi se pune problema dacă cererea de emitere a unei somații de plată are ca rezultat întreruperea cursului prescripției.

Dacă avem în vedere faptul că cererea pentru emiterea somației de plată întrunește toate condițiile unei cereri de chemare în judecată, putem distinge cu privire la natura cererii – de drept comun sau formulată pe calea unei proceduri speciale.

Dacă nu am accepta și producerea acestei consecințe juridice, ar însemna să lipsim de eficiență acțiunea unui creditor diligent care a ușat, în termen legal, de acest mijloc procedural de recuperare mai rapidă a creației sale.

Numai că producerea efectului întreruptiv al termenului prescripției extinctive este condiționată, cum am arătat mai sus, de pronunțarea unei hotărâri definitive de admitere a cererii. Această condiție este îndeplinită în două ipoteze.

Una ar fi aceea în care creditorul primește plata datoriei ori declară că este mulțumit de înțelegerea asupra plății și judecătorul ia act despre aceasta, pronunțând o încheiere, care constituie titlu executor, închizând dosarul (art. 5 din O.G. nr. 5/2001, modificată).

O altă ipoteză ar fi cea a admiterii cererii creditorului – atunci când judecătorul apreciază că pretențiile sale sunt justificate și emite o ordonanță care conține somația de plată – cu condiția ca împotriva acesteia debitorul să nu formuleze cerere în anulare sau aceasta să-i fie respinsă printr-o hotărâre rămasă irevocabilă prin nerecurare ori prin respingerea recursului.

În aceste ipoteze, noua prescripție care începe să curgă este diferită de cea anterioară, căci ea nu se mai referă la recunoașterea pretenției, ci la dreptul de a cere executarea silită⁵.

3. Cazurile când cererea de emitere a somației de plată nu întrunește condițiile pentru a întrerupe cursul termenului de prescripție

Se pune întrebarea cum va evoluă cursul prescripției în celealte ipoteze: când cererea creditorului este respinsă și respectiv când împotriva hotărârii de

⁴ În acest sens, a se vedea Ștefan Răuschi, *Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*, Editura Fundației „Chemarea” Iași, 1993, p. 185.

⁵ A. Ionașcu, *Dreptul civil, partea generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1963, p. 177.

admitere a cererii debitorul formulează cerere în anulare și respectiv recurs împotriva hotărârii de respingere a cererii în anulare.

a) *Cazul când cererea creditorului de emitere a somației de plată a fost respinsă*

Soluția de respingere a cererii creditorului de emitere a somației de plată se pronunță de către instanță în ipoteza în care nu sunt îndeplinite cerințele legale referitoare la caracterul cert, lichid și exigibil al creanței, la izvorul acesteia, la lipsa înscrisurilor doveditoare etc.

În caz, cererea fiind respinsă printr-o hotărâre irevocabilă (art. 7 din O.G. nr. 5/2001 republicată), se pare că nu este îndeplinită cerința dispusă de art. 17 alin. 3 din Decretul 167/1958 pentru a interveni întreruperea cursului prescripției.

Pe de altă parte, art. 7 din O.G. nr. 51/2001 republicată prevede în mod expres posibilitatea debitorului de a introduce o cerere pe calea dreptului comun.

Urmează să analizăm care sunt implicațiile practice ale recunoașterii sau nerecunoașterii efectului întreruptiv de prescripție a cererii de emitere a somației de plată.

Consecințele neacceptării soluției întreruperii termenului de prescripție

Dacă nu admitem soluția întreruperii termenului de prescripție la momentul introducerii de emitere a somației de plată, înseamnă că acel creditor căruia i-a fost respinsă cererea va avea la dispoziție o perioadă de timp mai scurtă pentru a se adresa cu acțiune pe calea dreptului comun. Practic, termenul general de prescripție de trei ani se diminuează cu perioada afectată soluționării cererii de emitere a somației de plată. Altfel spus, perioada de timp cât a durat soluționarea cererii de emitere a somației de plată este apreciată ca o perioadă în care creditorului a stat în pasivitate, ceea ce apare, evident, ca injust. Paradoxal, creditorul care a dat doavadă de operativitate, recurgând la această procedură specială, i se creează astfel o situație mai grea decât a unuia care nu a parcurs această procedură.

Această soluție apare defavorabilă creditorului și prin prisma faptului că în cadrul procedurii somației de plată nu a avut loc o judecare în fond a cauzei. De aceea trebuie să i se asigure posibilitatea de a-și valorifica dreptul de a sesiza instanța cu soluționarea fondului cauzei în același termen de trei ani pe care l-ar fi avut la dispoziție dacă nu ar fi parcurs procedura specială a cererii de emitere a somației de plată.

Aceste neajunsuri se resimt și mai mult în materie comercială, unde creditorului, după ce i-a fost respinsă cererea de emitere a somației de plată, înainte de a sesiza instanța de judecată pe calea dreptului comun, i se impune să

parcurgă procedura concilierii directe, edictată de dispozițiile art. 720¹ alin. 1 și alin. 5, raportat la art. 109 alin. 2 C.pr.civ.⁶

Consecințele acceptării soluției intreruperii cursului termenului de prescripție

Dacă admitem că prin introducerea unei cereri de emitere a somației de plată cursul prescripției este întrerupt, înseamnă că acceptăm și efectul începerii curgerii, de la momentul respingerii cererii, a unui nou termen de prescripție de 3 ani pentru exercitarea dreptului la acțiune pe calea dreptului comun. În acest caz creditorului i s-ar pune la dispoziție o perioadă de timp prea mare pentru a-și exercita dreptul la acțiune⁷.

Această soluție apare ca prejudiciabilă pentru debitor, care ar fi supus incertitudinii o perioadă de timp prea mare în ce privește relațiile litigioase cu creditorul său. În același timp, și circuitul civil ar fi afectat de instabilitate.

b) Cazul când s-a admis cererea debitorului de anulare a somației de plată sau recursul împotriva hotărârii de respingere a cererii în anulare

Dacă cererea creditorului a fost apreciată ca justificată, judecătorul va emite ordonanță prin care îl va obliga la plată pe debitor. Împotriva acestei ordonanțe, debitorul poate formula o cerere în anulare, care urmează a fi rezolvată de instanță competență pentru soluționarea fondului în primă instanță.

Instanța investită cu cererea în anulare, în cazul în care o va admite, va putea proceda doar la anularea ordonanței, fără a se analiza fondul cauzei. Creditorul va putea în acest caz să formuleze o acțiune pe calea dreptului comun⁸.

Se poate ridica întrebarea în ce măsură continuarea judecății în fond a cererii echivalează cu continuarea efectului întreruptiv al prescripției extinctive pe care l-a produs introducerea somației de plată.

Cum admiterea cererii în anulare are ca efect respingerea cererii de emiterea somației de plată, am putea considera că sunt incidente dispozițiile art. 16 alin. final din Decretul nr. 167/1958.

⁶ În acest sens, Bogdan Papadopol, *Aspecte noi în legătură cu procedura somației de plată, din perspectiva modificărilor survenite la această cale de satisfacere a creațelor*, în „Dreptul”, nr. 3/2003, p. 104-105.

⁷ S-ar putea ajunge și la o perioadă de șase ani, în ipoteza în care creditorul introduce o cerere în baza Ordonanței Guvernului nr. 5/2001, republicată, cu puțin timp înainte de împlinirea termenului de 3 ani și aceasta este respinsă, el va beneficia de un nou tratament de 3 ani în care își va putea exercita dreptul la acțiune potrivit căilor procedurale clasice.

⁸ În temeiul art. 8 alin. 4 raportat la art. 7 din O.G. 5/2001, modificată.

Trebuie însă avute în vedere prevederile exprese care permit continuarea judecății, în procedura de drept comun, ceea ce ar putea conduce la ideea că efectul întreruptiv de prescripție continuă.

Potibilitatea de a se adresa cu acțiune pe calea dreptului comun îi este deschisă creditorului și în situația în care s-ar fi admis recursul debitorului împotriva hotărârii de respingere a cererii în anulare a somăției de plată.

Prin urmare, problema întreruperii cursului prescripției în aceste ipoteze se pune în mod asemănător ca și în aceea a respingerii încă din prima fază a cererii de emitere a somăției de plată.

4. Propuneri de reglementare a problemei incidentei cursului prescripției extintive în materia somăției de plată

Pentru a nu aduce atingere normelor imperitive din materia prescripției extintive și pentru a se asigura uniformizarea practicii judiciare, ar fi binevenită o clarificare, la nivel legislativ, a problemelor semnalate mai sus.

În acest sens, în literatura juridică s-au exprimat niște propuneri „de lege ferenda”.

Soluția recunoașterii efectului întreruptiv de prescripție a cererii de emitere a somăției de plată⁹, prezintă unele neajunsuri în anumite ipoteze analizate anterior.

O reglementare mai adecvată ar putea fi dată prin introducerea unei prevederi legislative potrivit căreia *pe perioada soluționării cererii de emitere a somăției de plată, începând cu data introducerii acesteia și terminând cu data rămânerii definitive și irevocabile a hotărârii instanței (fie prin respingerea cererii, fie prin admiterea acțiunii în anulare sau a recursului promovat de către debitor), curgerea termenului de prescripție să fie suspendată*¹⁰.

Ulterior încetării suspendării urmează a fi reluată curgerea termenului de 3 ani, în care creditorul poate introduce cererea de chemare în judecată pe calea dreptului comun.

Avantajele acestei soluții ar fi că ar asigura creditorului dreptul legal de a-și recupera creanțele pe calea procedurii speciale, mai rapide, fără a-i limita posibilitatea de a se întoarce, în termenul general de prescripție, pe calea dreptului

⁹ În acest sens, a se vedea Crenguța Leaua, Beatrice Onica-Jarka, Dinu Petre, *Procedura specială a somăției de plată*, în „Dreptul”, nr. 1/2002, 16-17.

¹⁰ Bogdan Ioan Pintea, *Somăția de plată. Întreruperea cursului prescripției extintive prin introducerea unei cereri de emitere a somăției de plată*, în „Tribuna Economică”, nr. 4/aprilie 2003, p. 51-52.

comun, și nici debitorul nu ar fi afectat de incertitudinea pe care i-ar induce-o prelungirea peste durata normală a termenului de prescripție.

Pentru a adopta soluția cea mai potrivită, legiuitorul va trebui, cu siguranță, să aibă în vedere și evoluția, în acest domeniu, a practicii judiciare.

The incidence of the request for payment summons issue on the course of extinctive prescription

– Abstract –

By regulating the payment summons special procedure, inspired by the French model, the Romanian law maker undertook to establish simplified proceedings in order to satisfy clear, liquid and exigible debentures.

Considering the provisions of art. 16 and 17 in Decree nr. 167/1958 – republished, the question arises whether the request for payment summons issue results in the interruption of the course of extinctive prescription.

Since the text of article 16 letter „b” in Decree no. 167/1958 draws no distinction on the nature of the request, thus a request entered for payment summons issue, if admitted through a final court decision, will cause the interruption of the course of prescription. The newly running prescription is, however, different from the previous one, as it no longer refers to the recognition of the claim but to the right to request for enforced foreclosure.

The problem lies in the way the course of the prescription evolves when the creditor's request is rejected, respectively, when against the decision to admit the request the debtor enters an annulment request or a last appeal against the decision to reject the annulment request. Room for question is left by the fact that in all these hypotheses, the creditor has the possibility open to take action on the path of common law.

If we did not accept the solution of interrupting the course of prescription in these hypotheses, it would mean to deprive of efficiency the action of a diligent creditor who made legal use of this procedural means to sooner recover his debenture.

On the other hand, if we admit that, by entering a request for a payment summons issue, the course of the prescription is interrupted, that implies to accept an unjustified prolongation of the term for prescription, in the detriment of the debtor who would be subjected to doubt for too long a period.

The hypotheses above also verify in the cases where either the debtor's request for the annulment of the payment summons, or the last appeal against the dismissal of the annulment request is admitted.

With a view to the shortcomings of the solutions above, it becomes necessary for the answers suggested by the literature in the field to be put into legal practice.

Therefore, a more adequate regulation would be one according to which the course of the prescription should be suspended for the period in which the request for payment summons issue is solved. After the final and irrevocable solution on the request is passed, the 3-year course of the prescription will be resumed, a period in which the creditor may enter a request to take legal action on the path of common law.

REFORMA CODULUI PENAL ȘI ȘTIINȚA DREPTULUI PENAL

TUDOR AVRIGEANU

Codurile penale românești, deja la număr patru, sunt legate de tot atâtea momente a căror importanță politică este remarcabilă. În 1864 aveam de a face cu punerea bazelor dreptului român modern într-o societate aflată încă în multe privințe în stadiul unui feudalism cu greu mascat de elementele superficiale ale modernizării înregistrabile până la acea dată¹. În 1936 societatea românească ajunsă în stadiul cel mai ridicat al modernizării sale reușea – cu o remarcabilă întârziere de opt-sprezece ani – să transpună și în sfera legislației penale unirea tuturor teritoriilor ce alcătuiau din 1918 statul român, în condițiile în care semnele crizei politice atât interne cât și internaționale deveniseră limpezi pentru oricine ar fi fost dispus să-și deschidă ochii asupra realității. În 1968 codul penal din 1936, ajuns de nerecunoscut în urma modificărilor succesive de esență stalinistă, izbitoare până și în formulările abundente și haotic-propagandistice care nu trăduau nici o urmă de gândire juridică, este înlocuit – la apogeu aşa-numitei emancipări politice de sub tutela fostei Uniuni Sovietice – de un cod elaborat de către același specialist care dominase ultimul deceniu al perioadei de aplicare a codului penal din 1864 și fusese *spiritus rector* al științei penale românești din perioada codului din 1936: Vintilă Dongoroz. În sfârșit, de la 29 iunie 2004 știința dreptului penal din România se află în fața celui de-al patrulea cod penal român. Elaborarea *proiectului* a fost marcată în mod decisiv de către

¹ Felul în care se desfășoară legiferarea la 1864 este de aceea oarecum de înțeles: codul penal va fi „luat aproape în întregime de pe codicele penal francez de la 1810” ... împreună cu codul de procedură penală de către „o comisiune care într-un termen extrem de scurt (vreo 3 luni) a și alcătuit cele două proiecte” (V. Dongoroz, *Drept penal*, București, ¹1939, ²2000, N. 36, p. 65). Efectele unui asemenea mod de concepere al actului legislativ nu au a ne surprinde din cale afară: acest cod prezenta, o spune un comentator de mai târziu, „multe punct obscure, pe de o parte din cauza grabei cu care a fost alcătuit, iar pe de alta din cauza felului defectuos cum a fost tradus” (Al. Dem. Georgescu, *Prefață*, în: P. Pastion/M. Papadopolu, *Codul penal adnotat*, București 1922, p. V).

specialiștii formați la școala de gândire a lui Dongoroz; în ceea ce privește *adoptarea* lui, oricine este familiarizat cât de puțin cu ultimele evoluții în știința penală românească își va putea lesne imagina impactul pe care respingerea de către legiuitor a textului privind eroarea de drept penal² ca și a altor soluții științific fundamentate îl va avea asupra evoluțiilor ulterioare. Și nimeni nu a încercat vreodată să facă un secret din faptul că adoptarea acestui s-a realizat în condițiile *politice* speciale ale desfășurării negocierilor de aderare a României la Uniunea Europeană, mai lămurit: în condițiile în care acest cod trebuia, cum s-a spus de atâtea ori, adoptat cât mai repede posibil, în vederea închiderii provizorii a capitolului privind „justiția și afacerile interne”.

Cum anume ar putea *justiția* constituи obiectul unor *negocieri politice* este însă tot atât de greu de spus, pe cât de incredibilă este *rapiditatea* cu care acest nou cod a fost elaborat și mai ales adoptat. Pentru acela care își aduce aminte de luptele teoretice care au marcat deceniile de dinaintea marii reforme a codului penal german din 1871, reformă finalizată cu adoptarea în 1975 (doar) a unei noi părți generale a aceluiși cod, ori observă cum în Italia nici până astăzi nu s-a reușit înlocuirea codului penal din 1930, ori constată cum rezolvarea problemelor gestației științifice normale prin cezariana politică din care a rezultat noul cod penal francez din 1994 nu a condus nici pe departe la progenitura vrednică de o tradiție juridică respectabilă, toată această grabă nu poate fi decât suspectă. Și mai suspecte sunt apoi, pe de o parte, felul (pe cât de imprecis, pe atât de apăsat) în care se vorbește despre „standarde europene în materie”, pe de altă parte faptul că nicăieri, după știința noastră, nu a fost vreodată fundamentată *corelația* între negocierile de aderare și modificări legislative de asemenea natură încât să justifice un nou cod penal.

Este de așteptat să fim confruntați de acum înainte cu primele lucrări teoretice – comentarii, manuale, studii de ansamblu etc. – consacrate noii înfățișări a dreptului penal; vor urma de asemenea analize detaliate ale elementelor de continuitate și de noutate propuse de noul legiuitor într-una sau alta dintre materii. Toate acestea vor fi în sarcina științei dreptului penal, știință care va avea de ales între a se orienta mai mult sau mai puțin fidel după un drept pozitiv la a cărui elaborare influența politică a fost oricum altfel decât neglijabilă, ori a-și căuta o nouă paradigmă în cadrul căreia relevanța dreptului

² V. asupra importanței acestei problematici G. Antoniu, *Vinovăția penală*, București, ²2002, pp. 338 și urm.

pozitiv în elaborarea conceptelor dogmatice să fie readusă în limitele ei firești, înlăturându-se exagerările pe care le datorăm îndepărtării declarate de filosofie și filosofia dreptului. Aceasta dacă prin știința dreptului penal vom înțelege o „elaborare conceptuală a unei concepții coerente despre drept, stat și pedeapsă în jurul conceptului fundamental al libertății”, concepție care să fie dezvoltată în mod consecvent până la nivelul dispozițiilor din dreptul penal pozitiv³, corelată cu o abordare conceptuală lucidă a situației de facto existente, fără a întreține iluzii și fără a înlătura granița dintre ceea ce dreptul penal ar trebui să fie, și ceea ce legile penale conțin în realitate. Altfel spus: această știință are de analizat tot ceea ce „umblă prin lume ca «drept penal» «și», dacă ea tratează în mod identic tot ceea ce este practicat sub numele de «drept penal», atunci ea va capitura în fața politicii și astfel se va autodesființa; pe de altă parte, chiar dacă știința dreptului penal nu poate decide ea ținta drumului unei societăți, ei îi rămâne totuși datoria de a numi direcția pe care aceasta deja o urmează”⁴.

Departate de a putea trata fie și numai schematic problemele pe care le ridică argumentarea unor asemenea teze, rândurile care urmează au mai degrabă a se ocupa cu felul în care filosofia (sau respingerea ei) a influențat evoluția științei penale și a dreptului pozitiv penal în România. Vom vedea astfel cum știința penală română modernă se naște cu Ion Tanoviceanu sub semnul filosofiei, nu mai puțin însă al unei filosofii orientate în direcția unui naturalism radical (**I**) și iese din această conjunctură prin Vintilă Dongoroz, însă cu prețul declarării filosofiei însăși drept *non grata* în câmpul preocupărilor penalistului (**II**). Ceea ce Dongoroz, ca orice adept al pozitivismului juridic de dinaintea celui de-al doilea război mondial, nu luase în calcul atunci când subordonase știința dreptului (penal) dreptului (penal) pozitiv: ruperea respectiv pierderea contactului cu marea tradiție a gândirii juridice bazată pe *reflecția continuă asupra fundamentelor dreptului* avea să se reflecte din plin în subordonarea legiferării *politiciului* de o manieră nemaiîntâlnită până atunci în statul de drept (**III**). Aflată în fața unor legi unde arbitrariul politic și caracterul întâmplător al

³ R. Zaczek, *Strafrecht als Wissenschaft an der Universität*, în: G. Burmeister ș.a. (Hrsg.), *Festgabe für O. Theissen*, Berlin 1996, pp. 35 și urm., 45.

⁴ G. Jakobs, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, în: A. Eser ș.a. (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000, pp. 47 și urm., 53/54; a vorbi despre o „datorie” a științei dreptului penal nu reprezintă în nici un caz un artificiu retoric, v. și R. Lange, *Die Verantwortung der Strafrechtswissenschaft*, în: H.-J. Kerner/G. Kaiser (Hrsg.), *Festschrift für H. Göppinger*, Berlin/Heidelberg 1990, pp. 103 și urm.

atâtore factori care nu au nimic de a face cu gândirea juridică conduc la răsturnări dramatice, știința dreptului (penal) – aceasta este teza pe care studiu de față urmărește a o supune reflecției – are acum posibilitatea și chiar datoria unei reașezări conceptuale prin raportarea la marea tradiție a filosofiei dreptului autentic europene.

I. Positivism versus clasicism

Știm de la interpreții moderni ai codului penal din 1810 – modelul celui românesc din 1864 – despre o „*influence considérable et constante de Kant sur les commentateurs du droit pénal au cours du XIX^e siècle*”⁵. Dogmatica penală construită în jurul teoriei imputării⁶ – de la Aristotel prin Toma Aquinatul, Samuel Pufendorf până la Kant și Hegel – rămâne până către jumătatea secolului al XIX-lea european o dogmatică prin excelență filosofică iar categoriile ei vor fi independente de tradiții legislative naționale, ca doavadă că în 1841 Joseph Ortolan mai putea încă exclama: „*Droit romain, Droit canonique, Jurisprudence: voilà ce qui appartient à toute l'Europe. Voilà ce qui fait que le jurisconsulte criminaliste este de tous pays et fait autorité dans tous*”⁷. La fel, în Germania știința penală este încă sub imperiul marii școli doctrinare elaborate pe

⁵ J.-M. Varaut, *Contenu doctrinal du code pénal de 1810*, Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP) 1980, pp. 87 și urm., 88; v. recent și A. Aragoneses, *Strafrecht im fin de siècle. Raymond Saleilles und die Strafrechtswissenschaft in Frankreich Ende des 19. Jahrhunderts*, în: B. Feldner s.a. (Hrsg.), *Ad Fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker* (Wien 2001), Frankfurt a. M. s. a. 2002, pp. 11 și urm., 12.

⁶ Asupra teoriei imputării la Samuel Pufendorf v. J. Hruschka, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in causa*, ZStW 96 (1984), pp. 661 și urm.; *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, Rechtstheorie 22 (1991), pp. 449 și urm., cât privește sistemul dogmatic german receptat în ultimii ani și în România și până la nivelul noului codul penal român p. 460: «*das nachklassische Schema von Tatbestandsmäßigkeit/Rechtswidrigkeit/Schuld, das in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts gelehrt worden ist und bis heute seine Nachwirkungen hat ... beruht auf einer Verkennung der ihm zugrunde liegenden Strukturen*».

⁷ *Cours de législation pénale comparée*, 1841, p. 106; v. pentru expuneri detaliate F. Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, Göttingen 1930; Moos, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert*, Bonn 1968, pp. 54 și urm.; succint H.-H. Jescheck, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 98 (1986), pp. 1 și urm., 2.; P. Poncela, *Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité*, RSC 1986, pp. 3 și urm.; asupra tradiției filosofice în discuție – Aristotel și Toma Aquinatul, în altă ordine de idei Kant – v. și A. Laingui, *L'Homme criminel dans l'Ancien Droit*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (RSC) 1983, pp. 15 și urm., 19 și urm., 21 și urm.; G. Grzegorczyk, *Trois modèles de l'homme juridique*, în: P.-H. Steinauer (Hrsg.), *Das Menschenbild im Recht*, Freiburg (Schweiz) 1990, pp. 205 și urm., 229.

bazele filosofiei hegeliene a dreptului de savanți precum Julius Friedrich Heinrich Abegg (1796–1868), Christian Reinhold Köstlin (1813–1856), Hugo Philipp Egmont Hälschner (1817–1889) și Albert Friedrich Berner (1818–1907), chiar dacă diferențele care apar atât între operele lor sunt evidente, cât și cele față de Hegel însuși, iar acestea din urmă se vor accentua o dată cu trecerea timpului, marcând tot atâtea etape ale declinului demersului filosofic în știința dreptului penal⁸. În sfârșit, în Italia mijlocului de secol XIX, Francesco Carrara va dezvolta „o învățătură de mare vitalitate, care nu se epuizează în planul metodologiei, ci prin postulatele și principiile unui drept penal liberal este desăvârșită, sustrasă domeniului contingentelor și înscrisă în *philosophia perennis*”⁹. Filosofia lui Aristotel filtrată prin *Summa theologica* a Aquinatului¹⁰ este transpusă fidel într-un *Program al cursului de drept criminal*, lucrare care reprezintă „un act de naștere al științei penale italiene moderne, nașită de filosofie”¹¹. Pentru teoria imputării penale, aceasta va însemna o versiune îmbunătățită a sistemului conceptual al lui Pufendorf (în afară de *imputatio facti*

⁸ V. asupra acestei școli pe larg E. von Bubnoff, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg 1966; W. Schild, *Verbrechen und Strafe in der Rechtsphilosophie Hegels und seiner "Schule" im 19. Jahrhundert*, Zeitschrift für Rechtsphilosophie (ZRPh) 2002, pp. 30 și urm.

⁹ T. Padovani, *Francesco Carrara e la teoria del reato*, Rivista italiana di diritto e procedura penale (Riv. it.) 1988, pp. 867 și urm., 902.

¹⁰ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale PG*, I, ¹⁰Firenze 1907, § 602: „Dreptul de a pedepsi al autorității civile decurge din legea eternă a ordinii aplicată în cazul omenirii, ceea ce înseamnă: el decurge din legea naturii ... aşa cum aceasta a fost înțeleasă de Aristotel, adică din legea dată omului de către inteligență supremă”., § 604: „legea eternă, absolută care constă din precepte care guvernează conduită exterioară a omului și care este dată de Dumnezeu omului prin intermediul rațiunii pure (*promulgata da Dio alla umanità mediante la pura ragione*)”; comp. S. Th. Aquinatus, *Summa Theologica* I-II qu. 91, art. 2 resp: „Lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura”; pentru o prezentare amănunțită a simbiozei dintre „catolicism, iluminism și influențe kantiene” realizate de Carrara v. M. A. Cattaneo, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino 1988, pp. 40 și urm., 58/59; *Cristianesimo e pensiero giuridico liberale*, în: L. Lombardi Vallauri/G. Dilcher (Hrsg.), Christentum, Säkularisation und modernes Recht II, Baden-Baden/Milano 1981, pp. 1211 și urm., 1247 și urm., 1257: „Il liberalismo cattolico e kantiano di Francesco Carrara è uno dei momenti più alti della riflessione giuridica dell'Ottocento, non solo italiano”; recent asupra convergenței între sursele de inspirație catolică și kantiană ale filosofiei penale și R. Mazzola, *Le radici cristiane e laiche del diritto penale statuale*, Riv. it. 1998, pp. 1309 și urm., 1315 și urm., 1319 și urm. – Cât de neîntemeiat este reproșul adus mai târziu de reprezentanții școlii pozitiviste și mai ales de cei ai curentului tehnic-juridic, după care Carrara ar fi nesocotit importanța dreptului pozitiv rezultă limpede din analiza lui E. Gallo, *Il pensiero di Francesco Carrara nella cultura del suo tempo*, Riv. it. 1988, pp. 765 și urm., 775 și urm.

¹¹ A. Baratta, *Philosophie und Strafrecht*, Köln s.a. 1985, p. 332.

și *imputatio iuris* vom găsi la Carrara și *adlocutio legis ad factum*¹²) iar pentru cea a pedepsei consacrarea *pe fond* a ideilor lui Kant și Hegel: în ciuda prejudecăților pe care și Carrara, ca de altfel imensa majoritate a penaliștilor de atunci și până în zilele noastre, le are cât privește în special filosofia penală kantiană¹³, el nu va ezita să privească pedeapsa ca „apărare a supremăției dreptului (și anume „nu a moralei ori a politicii”) și să aprecieze ca „plin de semnificații și demn de a fi aprofundat” faptul că o asemenea concepție este împărtășită „nu numai de întreaga școală italiană”, ci „găsește susținere acum și în Germania, Franța și Peninsula Iberică”, fiind „exprimată în formula – de evidentă origine hegeliană – potrivit căreia „infracțiunea reprezintă negarea dreptului iar pedeapsa reafirmarea lui (*suo riaffermazione*)¹⁴”.

¹² Cât se poate de clar Carrara, *Programma PG*, I, §§ 2, 8; vezi și A. Giuliani, *Imputation et justification*, Arch. phil. droit 22 (1977), pp. 85 și urm., 89, 93; din nou Padovani, Riv. it. 1988, S. 889; – Interpretările influențate de evoluția ulterioară a dogmaticii penale în Germania, după care sistemul dogmatic carrarian ar fi fost unul „deja influențat de curente naturaliste” (astfel G. Dannert, *Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik*, Göttingen 1963, p. 6/7), trebuie privite cu circumspectie; vezi pentru întreaga discuție și pentru o interpretare amănunțită și în multe privințe fundamentală a teoriei lui Carrara studiul deja citat al lui Padovani, Riv. it. 1988, pp. 867 și urm., în mod special p. 868, 873 și urm., 878 și urm., 887 și urm.; asupra actualității concepției lui Carrara privind vinovăția în mod deosebit G. Marini, „Colpevolezza” o „forme“ del elemento soggettivo del reato?, în: L. Mazza (Hrsg.), *Studi sulla colpevolezza*, Torino 1990, pp. 45 și urm., 52/53.

¹³ Kant îi apare lui Carrara, *Programma PG*, I, § 601, drept „reprezentant al concepției ispășirii (espiazione)”, construite în baza »unui principiu al justiției absolute (*giustizia assoluta*)“ care pretinde ca „cel ce săvârșește răul să-și ispășească fapta prin suferirea unui rău. Iată o formulă largă ce împuernicește societatea să se apeleze mai mult asupra moralității interne mai mult decât asupra celei exterioare, astfel autoritatea civilă usurpând un atribut divin«; asupra imposibilității de a susține această teză în cadrul unei interpretări sistematice a filosofiei juridice kantiene v. T. Avrigeanu, *Kant, Hegel und die “absolute” Straftheorie*, SDR 3-4/2004; *Dificultățile filosofiei penale și raportul între religie drept și stat la Immanuel Kant*, în: M. Flonta, H.-K. Keul (coord.), *Religia și societatea civilă* (în curs de apariție).

¹⁴ Carrara, *Programma PG*, I, p. 519/520, 521. Carrara va reproduce de altfel în manualul său (p. 524) o scrisoare din Germania datată 4.09.1875 provenind de la „Prof. F.[ranz] v. H.[oltzendorff?] și unde stă scris că «teoria apărării dreptului este și la noi în Germania de mult timp dominantă. Chiar dacă formulările și denumirile nu sunt întotdeauna identice cu cele ale Dumneavoastră, conceptul este cu desăvârșire același și aceasta datorită forței ideilor venite de la Kant și Hegel»; vezi și aprecierile unor penaliști germani ai timpului precum K. Heinze («*Kant sehr nahe steht Carrara*») și J. Nagler (Carrara drept „*Geistesverwandter*“ al lui Kant) citați de Cattaneo, *Francesco Carrara*, p. 136 nota subs. 9.; astăzi S. Cotta, *Il pensiero di Francesco Carrara nell'incontro di filosofia e scienza*, Riv. it. 1989, pp. 882 și urm., 883: infracțiunea este și pentru Carrara „obstacol pentru libertatea altuia și în același timp vătămare a ordinii exterioare a societății, din care motiv anume pedeapsa este necesară ca restabilire a acestei ordini, punct în care Carrara se găsește în acord atât cu Kant cât și cu Hegel».

La Hegel dreptul este fundamentat în libertate¹⁵ și înțeles ca *relație* între mai multe *voințe libere* aparținând unor *persoane*¹⁶. Infracțiunea reprezintă pe un plan simbolic negarea dreptului, negare care nu este tratată precum un fenomen natural lipsit de sens, ci luată în serios (tocmai prin reacțiunea pedepsei), prin aceasta însă și *subjectivitatea* și calitatea de *persoană liberă* a infractorului¹⁷. Astfel putem înțelege de ce HEGEL consideră că, prin pedeapsă, care „este conținută în acțiunea infractorului ca propriu drept al lui, infractorul este onorat ca ființă rațională (*dass die Strafe in der Handlung des Verbrechers als sein eigenes Recht enthaltend, angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt*). De aceasta onoare el nu ar avea parte dacă conceptul și masura pedepsei sale nu ar fi extrase din chiar fapta sa și tot atât de putin daca el ar fi considerat numai un animal periculos care ar trebui facut inofensiv, ori ar fi tratat numai în scopurile înpăimântării sau îmbunătățirii (*wenn er nur als ein schädliches Thier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sey, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung*)”¹⁸. La 1864 însă, o filosofie precum cea hegeliană era în planul filosofic general deja pe punctul de a fi înlocuită de pozitivismul naturalist aflat în ofensivă¹⁹ iar efectele acestuia, odată produs asaltul decisiv asupra redutelor clasicismului penal, sunt dezastruoase. Știința

¹⁵ G. W. F. Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, §§ 23, 29: „*Dasein des freien Willens*”.

¹⁶ Ibidem, § 36: „*Das Grundsatz des Rechts lautet: Sey Person und respektire die anderen als Personen*”.

¹⁷ Într-o literatură cuprinzătoare și (dată fiind dificultatea problematicii) în multe privințe divergentă v. numai M. Köhler, *Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis. Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitsaden der Hegelschen Rechtsphilosophie*, în W. Küper (Hrsg.), *Festschrift für K. Lackner*, Berlin/New York 1987, pp. 11 și urm.; G. Jakobs, *Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels*, în: *Festschrift für N.K. Androulakis*, Athen 2003, pp. 252 și urm.; W. Schild, *Die Aktualität des hegelischen Strafbegriffes*, în: E. Heintel (Hrsg.), *Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens*, Wien/München 1979, pp. 199 și urm.; K. Seelmann, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, Freiburg/München 1995, jeweils mit weiteren Nachweisen. – Pentru sisteme moderne de inspirație hegeliană v. M. Köhler, *Strafrecht AT*, Berlin ș.a. 1997; H.-H. Lesch, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionellen Revision*, Bern ș.a. 1999

¹⁸ Hegel, ibidem, § 99 Zusatz.

¹⁹ Ce anume reprezinta (și reprezintă în continuare) naturalismul aflăm într-o sinteză admirabilă de la Constantin Rădulescu-Motru, *Elemente de metafizică pe baza filosofiei kantiane*, în *Personalismul energetic și alte scriri*, București 1984, pp. 389 și urm., 411/412: „Atât cât cuprindea mecanica, atât cuprindea și eternitatea din lucrurile pământești. Rămaseră însă pe din afară multe alte fenomene ale naturii și în special faptele de conștiință, care nu se pot reduce la mișcări mecanice: acestea din urmă fapte fură socotite ca arătări de lux, ca fapte care nu turbură cu nimic legile universului, fie că ele există, fie că ele nu există. Se ajunse astfel la tăgăduirea faptelor care nu se pot explica prin știința mecanicei. Și aşa se ajunse la înjosirea omului. Omul se prefăcu în vierme, pentru a nu turbura, prin faptele sale sufletești, mersul majestuos al naturii”.

penală franceză se va despărți radical de filosofie²⁰. Germania va cunoaște ascensiunea școlii lui Franz von Liszt, iar în Italia va înflori *la scuola positiva*. Numai că dacă dogmatica penală germană își va schimba total înfățișarea²¹, naturaliștii italieni vor acționa după principiul „calului troian”, lăsând fațada dogmatică neschimbată. „Carrara, chiar pornind de la premise jusnaturaliste, construise un sistem de instituții și categorii dogmatice în special ale părții generale, care rămân câștigate pentru viitor. Chiar dacă Școala Pozitivă își îndreptase săgețile împotriva conceptului carrarian al infracțiunii ca entitate juridică, ea nu a putut ori nu a vrut – orientată fiind către alte obiective – să desființeze cuceririle conceptuale formale ale programului carrrarian, ci numai să combată premisele filosofice ale acestuia”²². Contradictiile între clasicismul căruia îi erau tributare pe lângă vechea structură dogmatică și leguiurile penale încă în vigoare și pozitivism nu vor întârzi să creeze probleme.

Analiza situației în care se găsea știința penală românească la începutul secolului al XX-lea reprezintă o cale regală spre a vedea unde se găsea izvorul

²⁰ V. asupra dezvoltării științei penale franceze S. Manacorda, *La théorie générale de l'infraction pénale en France: lacunes ou spécificités de la science pénale*, Revue de droit pénal et criminologie (RDPC) 1999, pp. 35 și urm.; R. Ottenhof, *Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal*, Archives de politique criminelle 22 (2000), pp. 71 și urm. 72: ține de o tradition française în știința dreptului penal „evitarea oricărora considerații filosofice sau metafizice”; J. Vogel, *Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law*, GA 1998, pp. 127 și urm. – Unde a dus în final cearta cu filosofia astăzi tot de la Manacorda, *op. cit.*, p. 40: „chaque auteur, souvent dans un souci d'originalité plus que de véritable approfondissement, développe une approche partiellement différente”, astfel încât situația este definită de „la confusion qui régne aujourd'hui dans une large partie de la science pénale française” (p. 42).

²¹ Din vasta literatură consacrată evoluției dogmaticii penale germane de la Franz v. Liszt v. prezentările sintetice G. Jakobs, *Der Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München 1992; H. Welzel, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungstheorie*, JuS 1966, pp. 421 și urm.

²² P. Nuvolone, *La scienza penale all'inizio del secolo XX*, Riv. it. 1982, pp. 433 și urm., 436. Faptul că o asemenea supraviețuire n-ar fi putut fi decât una pur nominală va trece mai curând neobservată la acest autor, și el aderând la ideea independenței dogmaticii penale de fundamentele filosofice ale dreptului penal, p. 434: „... la sistemazione dogmatica degli istituti del diritto penale può prescindere dalle premesse filosofiche e criminologiche del diritto penale”; v. însă E. Morselli, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, Riv. it. 1988, pp. 48 și urm., 50: „I positivisti (Ferri, Florian, Grispigni, etc.), mentre auspicavano un radicale cambiamento delle sanzioni criminali, in modo da togliere alle stesse ogni carattere retributivo, erano soliti dichiarare – in formale adesione al comune modo di sentire – non esservi difficoltà alcuna a che tali „nuove“ sanzioni o misure di prevenzione venisse conservato il vecchio nomen iuris di «pene». Evidentemente, nei loro intendimenti era di trattare il problema come una mera questione nominalistica”.

acestor probleme. Tratatele pe care le putem socoti semnificative pentru dogmatica penală din timpul primului cod penal din România vor apărea abia după mai bine de o jumătate de secol de la adoptarea acestuia: *Cursul de drept penal* în două volume al lui Ioan Tanoviceanu din 1912 (reditat în forma monumentală a *Tratatului de drept și procedură penală* în cinci volume apărut între 1924 și 1927 și realizat cu contribuția decisivă a lui Vintilă Dongoroz) și manualul de *Drept penal comparat* în trei volume al lui Traian Pop din 1921-1926. Codul era unul clasic, știință nu: Ambele lucrări aparțin unor autori care se declară adepti ai școlii pozitivistă, manifestată atât pe filieră preponderent franceză la Tanoviceanu, cât și în influențele școlii germane a lui Franz von Liszt prezente în opera lui Pop. Iată cum vede Tanoviceanu, „primul autor [român] care, într-o lucrare de mare importanță, s-a pronunțat în favoarea tezei pozitivistă”²³, abordarea științifică a dreptului penal: „Grație progresului științelor pozitive intram într-o nouă fază a științelor penale. Astăzi știință nu se mai face exclusiv în cabinetul de studiu al filosofului, ci mai mult în laboratorul experimentatorului, știință a devenit mai puțin subiectiva și rationatoare și mai mult obiectivă și observatoare. Științele sociale, și Dreptul face parte dintr-însele, se întemeiază astăzi pe științele naturale și pe statistică, ceea ce face studiul lor cu mult mai greu decât era mai înainte, însă cu mult mai atrăgător și mai folositor societății. În special dreptul penal se întemeiază astăzi mai mult pe psihologie și fiziologie și mai puțin pe logică și metafizică”²⁴. Mai limpede: „...în toată natura, începând dela materia anorganică, trecând prin regimul vegetal și cel animal și ajugând la om și la propriul nostru corp, masurile de apărare chiar prin distrugere, dacă nu există alt mijloc, sunt o lege a naturei, care nu are necesitate de noțiunea metafizică a liberului arbitru și de triologia: liber, culpabil, vrednic de pedeapsă. În toate aceste cazuri este pur și simplu o apărare contra forțelor vătămătoare inconștiente. Nu vedem pentru ce acele conștiiente ar fi supuse altor legi”²⁵. Așadar, între vătămarea produsă de o piatră în cădere sau de un câine scăpat de sub control și infracțiune nu are a fi înregistrată după Tanoviceanu nici o diferență calitativă, opțiune exprimată cu o deosebită claritate acolo unde penalistul român îi reproșează tocmai arhipozitivistului Enrico Ferri, în cuvinte grele, inconsecvență: „responsabilitatea socială a lui

²³ M. I. Tanoviceanu, *Contribuția filosofică a lui Ioan Tanoviceanu la studiul dreptului penal*, București 1937, p. 5; mai preaunt P. Ionescu-Muscel, *Penaliști români în două jumătate a secolului al XIX-lea*, Câmpulung-Muscel 1931, pp. 18 și urm., care îl consideră pe Tanoviceanu drept dificil de inclus în cadrul unui curent anume.

²⁴ M.I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală* I, București 1924, N. 58, p. 62.

²⁵ M.I. Tanoviceanu, *Tratat* I, N. 146, p. 142, v. și N. 155, p. 148: „școala pozitivistă penală are o bază mai solidă; trinității medievale: liber arbitru, culpabilitate, pedeapsă, ea îi substituie noțiunile mai simple și mai generale: ofensă și apărare”.

Ferri e un non sens, este în realitate supraviețuirea în mintea unui pozitivist a ideii spiritualiste a responsabilității morale. ...Noi nu admitem dar această transacțiune cu spiritualismul pentru a întemeia apărarea socială. Oare apărarea contra cânelui turbat ori a cangrenei provine din cauza responsabilității sociale?" Este lipsită ca a vorbi despre vinovăție în asemenea condiții trebuie să fie de asemenea un non sens: „Nu poate să fie vorba de culpabilitate, odată ce înălăturăm ideea liberului arbitru; premisele metafizice înălăturate, concluziunea cade de la sine”²⁶.

Totuși, Tanoviceanu nu rămâne consecvent până la capăt: „Dreptul penal modern, ...care cere ca subiectul infracțiunii să fie omul, nu poate să pedepsească pe omul inconștient, care este ca și animalul, sau pe omul silit, care este un simplu instrument. El cere ca omul să fie întreg, adică liber și constient, căci altfel acțiunea nu mai este a omului, ci ceva *alienum* de care el nu poate fi responsabil”²⁷. Cuvinte căt se poate de nimerite și în fața căror nu am avea nimic de obiectat. Se cuvine însă a remarcă faptul că printr-o asemenea luare de poziție este incompatibilă cu silința pe care Tanoviceanu și-o dăduse, cu o consecvență altminteri admirabilă, spre a deschide porțile științei dreptului penal în fața tăvălugului naturalist; făptitorul este pentru pozitivisti tocmai un „fragment orb al naturii”²⁸ iar „pedepsa înțeleasă de o asemenea manieră

²⁶ M.I. Tanoviceanu, *Tratat I*, N. 161, p. 152; critica pozitivismului nu spune nici ea altceva, v. dintre mulți autori G. Maggiore, *Principii di diritto penale*, PG I, Bologna ²1937, p. 187/188: „Este evident că într-o asemenea concepție nu mai este loc pentru conceptul vinovăției. Vinovăția presupune imputabilitate, spiritualitate, subiectivitate. Pentru pozitivism acești termeni nu au nici o valoare și avem de a face cu un arbitrariu grav, dincolo de caracterul impropriu al expresiei, atunci când se vorbeste de pericolozitatea subiectivă, pentru că din subiectivitate nu rămâne în realitate nimic (*di soggettivo non avanza più nulla*) acolo unde semnul adevărat al ei – eticitatea (*l'eticità*) – a fost redus la neființă. Pericolozitatea este intotdeauna nimic altceva decât un raport obiectiv. Omul nu mai este considerat ca având voință și (din punct de vedere moral) valoare, ci ca o sursă de daune probabile (sau pericol) pentru societate: și este astfel asimilat animalului și lucrului care nu pot face rău, ci numai produce o pagubă individului sau colectivității”; R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* I, Paris ³1913, p. 565: „...il faut que celui qu'ont veut rendre responsable possède la capacité normale de comprendre ce qu'il veut faire et la faculté corrélative de l'accomplir. Sans cela, il ne sera pas plus responsable des actions qu'il fait que la foudre des ravages qu'elle cause. Supprimez la liberté, il ne faudrait jamais, en aucune circonstance, se plaindre d'un homme ou l'accuser; il faudrait, toujours et partout, s'en prendre à la fatalité”.

²⁷ *Ibidem*, N. 595, p. 693.

²⁸ Astfel G. Bettoli, *Stato di diritto e “Gesinnungsstrafrecht”*, în: G. Stratenwerth s.a. (Hrsg.), *Festschrift für H. Welzel*, Berlin/New York 1974, pp. 185 și urm., 195/196 (*frammento cieco della natura*). Este de înțeles de ce R. Lange, *op. cit.*, p. 108, vorbește în contextul naturalismului despre

[naturalist]... apare precum ridicarea bastonului împotriva unui câine, căci omul nu mai este tratat potrivit onoarei și libertății sale, ci precum un câine”²⁹. În fața acestei contradicții devenite evidentă, avem în continuare a cerceta cum s-a încercat pe plan teoretic ieșirea din impas.

II. Tehnicismul juridic

Cel care la data adoptării și promulgării codului penal din 1936 fusese Ministrul al justiției scria nici mai mult nici mai puțin decât următoarele: „Codul penal Carol II se intemeiază pe doctrina școalei clasice, adoptând însă tot ce experiența și practica a putut verifica și consacra din ideile noi ale școalei pozitiviste. Acest procedeu care constituie o fericită îmbinare între cele două doctrine ne face să fim siguri că ne-am așezat pe un teren solid ... Noul cod are la temelie principiul clasic al responsabilității morale a infractorului, însă ține seamă de necesitatea apărării societății, bazată pe pericolul ce l-ar reprezenta delincventul pentru aceasta”³⁰. Nimic mai firesc deci decât a ne întreba căruia curent filosofic receptat în știința penală românească i se putea datora la acea vreme „îmbinarea fericită” între o concepție fundamentată pe primatul libertății personale și una pentru care un asemenea termen „metafizic” nu poate avea nici un sens.

Lucrarea teoretică de capătăi a perioadei scurte intrarea în vigoare a aceluia cod penal și instaurarea ocupației sovietice în România a fost tratatul de *Drept penal* semnat de profesorul Vintilă Dongoroz, tratat apărut abia în 1939, la aproape un an de la instaurarea dictaturii regale la București. La început discipol al pozitivistului Tanoviceanu, Dongoroz pare a se fi emancipat de sub dominația ideilor pozitiviste; formulări de duritatea celor încredințate tiparului în 1924 – „liberul arbitru, îngropat de știință, trebuie înlăturat și de penaliști, fără temere că îndepărtarea lui va zdruncina morala oamenilor” ori „criminalul în știință actuală este un anormal”³¹ – vom întâlni cu greu în noua lucrare, dar aceasta nu se datorează cătuși de puțin faptului că V. Dongoroz însuși devenise între timp un adept hotărât al concepției pe care o combatuse cu atâta pasiune în urma cu 15 ani, atunci când afirma că „dreptul penal nu are nevoie și nu se bazează pe ideea de responsabilitate, atât de aleatorie și echivocă. Legile penale intervin când se

o „legătură indisolubilă între dezumanizarea implicată de *l'homme machine* și denaturarea dreptului”.

²⁹ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 99 Zusatz.

³⁰ V. Pop, *Prefață*, în: C. G. Rătescu ș.a., *Codul penal „Regele Carol II”* adnotat, I, București 1937, p. X.; v. și V. Dongoroz, *Drept penal*, București ¹1939, ²2000, N. 31, p. 37: „marea criză care băntuia câmpul științific al dreptului penal a trecut”.

³¹ V. Dongoroz, în I. Tanoviceanu, *Tratat*, I, N. 175¹, p. 166, respectiv N. 179⁷, p. 187.

constată un fapt penal, nu fiindcă infractorul și-a angajat responsabilitatea zisă morală, socială, legală sau oricum altfel, ci fiindcă societatea a crezut util și drept să intervină, deci fiindcă incidenta legii penale e necesară”³². Încă din 1924 semnele erau limpezi cât privește drumul teoretic pe care urma să-l parcurgă Dongoroz. Dacă Tanoviceanu fusese cel puțin adeptul unei anumite tip de filosofie și încercase pe cât îi stătuse în putere gândirea dreptului penal ca știință pornind de la această filosofie – pentru el problema fundamentalui dreptului de a pedepsi, „departe de a fi pur doctrinală, are mare importanță practică, căci întreaga legislațiune penală este influențată și se resimte de sistemul care va fi admis de legiuitor” –, Dongoroz avea să susțină, dimpotrivă, completa irelevanță a acestei probleme pentru juristul penalist³³; mai mult, el va cita aprobativ, în sprijinul ideii că „problema libertății de voință nu-și mai are locul în știința dreptului penal”, teribilele cuvinte „pline de un adevăr crud „ale unui corifeu al tehnicismului juridic italian, Vincenzo Manzini: „Nici un adevăr nu e mai arbitrar și mai înșelător decât adevărul filosofic, căci e aşa de greu a găsi doi filosofi cari să fie de acord asupra aceleiași ipoteze sau teorii! ... Or omenirea are ceva mai bun de făcut de cât a-și pierde vremea cu halucinațiile filosofice”³⁴.

De unde vine, din punct de vedere teoretic, opera din 1939? Iată ce spune unul dintre cei mai mari critici contemporani ai lui Dongoroz, avocatul, publicistul, printre altele și criminologul mai mult sau mai puțin de ocazie, Petre Pandrea: „Tanoviceanu era eflorescența etapei pozitivismului sociologic în România. Jurist de cultură eminentamente franceză, părintele său spiritual fusese Auguste Comte. Dongoroz reprezintă altceva: reprezintă acel «înapoi la Kant» din teoria cunoașterii, pe care filosofia germană l-a consemnat în Scoala de la

³² *Ibidem*, N. 594², p. 690. Este ușor să ne dăm seama că într-un asemenea context caracterul *drept* al intervenției penale nu ar reprezenta decat un sinonim al *utilitatii si necessitatii*: drept este ceea ce este necesar și util iar ceea ce este util și necesar este și drept; comp. aici Tr. Pop, *Drept penal comparat*, I, p. 372: „Utilitatea nu este altceva decât necesitatea apărării sociale. Elementul dreptății nu este necesar pentru fundamentalul pedepsei, fiindcă funcțiunea apărării sociale, fiind o funcțiune a statului, implică în sine dreptate, justiție, fiindcă statul fixează noțiunea justiției, dreptății și aceea ce face statul este drept, just”.

³³ M.I. Tanoviceanu, *Tratat* I, N. 17, p. 30. Replica lui Dongoroz, la doisprezece ani și câteva pagini distanță, este categorică: „Astăzi, când cauzele multiple ale criminalității sunt încontinuu cercetate în vederea unei cât mai eficace și adecvate represiuni, desigur că preocuparea de căpătenie a penalistului nu mai poate fi tălmăcirea și răstălmăcirea unor teorii filosofice ca acelea privitaore la fundamentalul dreptului de a pedepsi, ci, luând ca un adevar pe deplin căștigat științei principiul că societatea are dreptul de a pedepsi, privirile penalistului trebuie să se îndrepte către problema mult prea utilă a funcțiunii ce căță a se da pedepsei pentru ca ea să contribuie la realizarea unei represiuni conforme cu datele științifice asupra criminalității” (N. 17¹, p. 32).

³⁴ V. Dongoroz, în M.I. Tanoviceanu, *Tratat* I, N. 108¹, p. 105.*

Marburg, filosofia juridică în Rudolf Stammler, iar filosofia juridică română în vasta activitate teoretică a profesorului Mircea Djuvara. ... Vintilă Dongoroz s-a orientat în conformitate cu firmamentul penal italienesc: tehnico-juridicitatea lui Manzini și Rocco (elevi ai neokantienilor germani), assimilând și câteva izvoare hegelianizante³⁵. Mai departe: „Istoria ideologică a lui Dongoroz se încadreaza în liberalism, situându-se printre normativiști. În problema Statului, Dongoroz merge pe linia de pură juridicitate a lui Kelsen și Stammler. S-a adăugat ulterior un strat de gândire conservatoare, turnată în formele noului Cod penal din 1937, ceea ce poate determina să se definească această fază ca hegelianism ajuns în gândirea sa pe filiera italienească a «școalei penale umaniste» și a neoidealismului penal (Spirito), școli inspirate de Croce și Gentile, cei doi mari hegelieni din Italia”³⁶.

Din punct de vedere al seriozității interpretării filosofice și al crezurilor ideologice, din care nu face nici un secret, Pandrea nu este cel mai bun reper într-o discuție științifică; preferința lui simultană și neascunsă atât pentru ideologia național-socialistă cât și pentru o interpretare a filosofiei lui Hegel „pe linia materialismului istoric dialectic”³⁷ nu este mai puțin iritantă decât felul în care Dongoroz este situat printre-o simplă trăsătură de condei și fară nici o argumentare alături de un filosof mult mai degrabă kantian decât neokantian de talia lui Mircea Djuvara, acesta însuși departe de neokantianismul unui Rudolf Stammler și distanțat, așa cum vom vedea, într-un punct crucial de „pura juridicitate“ a lui Hans Kelsen. Totuși, multe din cele spuse sunt – indiferent de cum anume le-am judeca – adevărate. „Firmamentul penal italienesc“ la care se referă Pandrea, aşadar „tehnico-juridicitatea“, fusese configurat de Arturo

³⁵ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, București 1945, p. 53. Totuși, după Pandrea „hegelianismul lui Dongoroz, luat din izvoare penale italienești, nu are nici o contingență cu metafizica hegeliană, ci exclusiv cu filosofia Statului la Hegel – latura conservatoare și formal biocratic a statului prusian“ (p. 83).

³⁶ *Ibidem*, p. 69/70.

³⁷ *Ibidem*, p. 463. Eclatantă este raportarea la una dintre cele mai nefaste figuri ale național-socialismului, săngerosul președinte de *Volksgerichtshof* Roland Freisler, el însuși fost încocat comunist înainte de înregimentarea în NSDAP): «După cum spunea cu exactitate Dr. Freisler, «linia de apărare a Statului trebuie împinsă cât mai înainte, în primele tranșee»» (p. 109), v. apoi p. 451: „Doctrina modernă penală a părăsit concepția liberală a infracțiunii, care este considerată acum ... ca o călcare a datoriei de credință față de comunitatea statală și națională ... Individul are o obligație primordială: fidelitatea față de comunitatea de iubire și de viață în care se găsește înădrat prin naștere și destin. Orice călcare a datoriei de fidelitate față de comunitatea națională este o infracțiune”. Este de înțeles acum de ce tehnicismul juridic ajungea să fie etichetat drept „școală retrogradă, comparată cu momentul istoric prin care trecem: o școală liberal-iluministă și atomizant-raționalistă“ (p. 35)

Rocco, mai întâi într-o celebră prelegere din 1910 la Universitatea din Sassari, având ca temă *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*³⁸ iar mai apoi în *Oggetto del reato e della tutela giuridica penale* apărută în 1913. Influența acestor lucrări și a întregului curent creat în urma ei asupra lui Dongoroz a fost decisivă și iată cum va realiza acesta din urmă în 1939 despărțirea metodologică radicală de naturalismul practicat de pozitiviști: „Toata lumea este de acord deci că știința dreptului penal este, sub raportul naturii sale, o disciplină juridică, în opunere cu știința criminală, care este o disciplină naturalistică; că știința dreptului penal are de obiect *dreptul penal pozitiv* (crima și pedeapsa aşa cum sunt discipline de legile penale), pe când știința criminală are de obiect *crima și pedeapsa ca fenomene naturale*; că, în fine, disciplina dreptului penal urmărește cunoașterea rânduieilor și instituțiunilor de drept penal, pe când știința criminală urmărește cunoașterea cauzelor criminalității și a mijloacelor cu care să poată lupta contra lor. Știința dreptului penal având ca obiect numai cunoașterea regulilor dreptului penal în vigoare (din legile existente) iar regulile de drept fiind niște norme abstracte, adică prescripții formulate de oameni, implicit, se desemnează caracterul de *știință normativă și formală* a acestei discipline a dreptului penal. Or, metoda de studiu a științelor normative (formale) este numai metoda *rațională*. Știința criminală este compusă dintr-un ansamblu de discipline cum sunt: antropologia criminală, sociologia criminală, psihopatologia criminală etc. Discipline care, prin natura și obiectul lor, sunt științe *speculative, descriptive și materiale*, intrucât urmăresc nu explicarea unei norme, unei legi create de om (lege politică), ci descoperirea adevarului, în realitățile concrete (materiale) și stabilirea legilor fizicii (legi naturale). Or, toate științele speculative, descriptive și materiale se servesc, la începuturile lor, de metoda *experimentală (inductivă)* sau pozitivă, bazată pe experiență și observație. Acei care mai vorbesc astăzi despre folosirea metodei experimentale (pozitiviste) în studiul dreptului penal înseamnă că fac încă confuziunea între *disciplina dreptului penal și știința criminală*”³⁹.

³⁸ Publicată în Riv. it. 1910, pp. 497 și urm., 561 și urm., reeditată mai târziu într-o formă nemodificată în Rocco, *Opere giuridiche*, III, 1933, pp. 263 și urm. Textul din care vom cita în continuare este cel aparut în 1910.

³⁹ V. Dongoroz, *Drept penal*, N. 42, p. 78/79; v. și G. Cristescu, *Introducere în știința dreptului penal*, București 1938, p. 71: „Penaliștii uită că sunt juristi și legile dreptului se conduc după alte principii decât principiile biologiei în general. Căci dreptul, după expresiunea atât de precisă a marelui jurisconsult contemporan german Kelsen se conduce după norme juridice, adică după «cele ce trebuie să fie» (*sollen*), iar legile naturei în genere au drept caracteristica *sein*, adică ceea ce este în sine, fără intervenția voinei umane”; v. apoi pp. 81 și urm. unde este vorba despre assimilarea unui *anumit* fond hegelian, prin intermediul unor autori ca Benedetto Croce și Giovanni Gentile (posibilă sursă a afirmației rămase nedокументată a lui Pandrea).

Dar aceasta nu înseamnă o întoarcere la clasicismul științei penale născute din filosofie⁴⁰, altfel spus la fondul substanțial care asigurase anterior inclusiv coerenta laturii formale a sistemului conceptual; altfel decât clasicii, Dongoroz restrânge domeniul „adevărului” numai la cel al științelor naturale, neîntrebându-se și căror *principii* ar trebui să fie supusă activitatea de creare a „legilor politice” pentru ca ele să-și merite numele de „drept”. Criza în care știința dreptului penal intrase în urma marii ofensive a naturalismului urma să fie tratată numai în ce privește simptomele, fără ca acest tratament să fie însotit de o reflecție asupra cauzelor profunde ce determinaseră conflictul de idei. Arturo Rocco notase încă din 1910: „Ori ne înșelăm, ori nu există alt remediu decât unul extrem de simplu, cel putin în ce privește enunțarea: să rămânem hotărâti, dedicăți de manieră religioasă și scrupuloasă studiului dreptului pozitiv (*tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccatti allo studio del diritto positivo*). Nu am în vedere un ipotetic drept *natural* sau *rațional* sau *ideal* care ar trebui să fie absolut și prin urmare unic, în virtutea legilor invariabile ale naturii, ale gândirii sau ale ideii, dar care, în funcție de sistemele [filosofice] care îl expun, prezintă deosebiri mai mari decât cele între ordinile juridice pozitive ale diverselor State și care, despărțit fiind de cauzele sale reale, adică de forțele sociale care îl determină, ar putea fi mai bine numit *drept supranatural*. Am în vedere dreptul pozitiv în vigoare, singurul care ne e dat prin experiență și singurul care poate forma obiectul unei științe juridice aşa cum este știința dreptului penal”⁴¹.

⁴⁰ Altfel decât credea J. Moruzi, *La crise de la méthode technique-juridique du droit pénal, La crise de la méthode technique-juridique du droit pénal*. Extrait de la Revue Internationale de Droit pénal 1934, p. 9: „L’élaboration de la méthode technique-juridique qui caractérise la seconde phase de l’école classique, ne fait qu’insister sur le caractère juridique du droit pénal. Cette méthode énonce le principe que le droit pénal doit être ramené à une théorie juridique, à une exploration scientifique de la discipline scientifique de la discipline juridique des délits et des peines sous leur aspect juridique”, din lucrările anterioare v. *Metodele științifice și aplicările lor în dreptul penal*, Bucuresti 1930 , pp. 10 și urm.; pentru un tablou general *Evoluția școalelor penale și noile tendințe doctrinare în dreptul penal*, Bucuresti 1929.

⁴¹ A. Rocco, *Il problema e il metodo*, p. 505/506, v. apoi p. 562 asupra triadei studiu exegetic – studiu dogmatic – studiu critic, comp. V. Dongoroz, *Drept penal*, N. 42, p. 79/80. Va trebui să observăm totuși încă de la început atât locul central pe care îl ocupă studiul dogmatic, cât și diferența, extrem de importantă, realizată cu acest prilej între știința legii și știința dreptului, v. p. 564/565: „Exegeza, chiar în sensul ei cel mai elevat, nu privește decât cunoașterea empirică a dreptului; dogmatica juridică, prin cunoașterea sistematică a normelor juridice așezate în relații reciproce pentru a le descoperi uniformitățile, a le determina cauzele, fundamentele, principiile, ne ofera în schimb cunoașterea științifică (*conoscenza scientifica*) a aceluiasi drept. Fata de exegeza, care reprezintă știința legii (*la scienza della legge*), se poate spune că ea [dogmatica] reprezintă cu adevărat știința dreptului (*la scienza del diritto*)”.

Imaginea pe care A. Rocco o are despre dreptul „natural sau rațional sau ideal” ca drept „supranatural” nu are a ne surprinde și ne oferă un bun prilej de a aprecia felul în care marile teorii ale tradiției filosofice juridice sunt transformate de către mulți adepti ai pozitivismului juridic în adeverăate parodii, după al căror scenariu filosofia dreptului în viziunea Aquinatului, a lui Kant ori a lui Hegel ar fi avut rolul de a prezenta coduri stufoase de drept (penal) natural aplicabile în orice timp și oricărei societăți. Dincolo de aceasta, există totuși ceva care nici măcar pentru tehnicismul juridic *nu* este dat prin experiență: categoriile juridice. „Știința dreptului are elemente proprii de lucru, indispensabile fie și pentru cele mai reduse cercetări. Aceste elemente sunt norme juridice, adică dreptul obiectiv, sunt drepturi și obligații juridice subiective, sunt subiecte capabile de a avea drepturi și obligații, adică persoane juridice (oameni sau colectivități omenesti). În afara lor nu există nici o știință a dreptului și nici a dreptului penal”⁴². Aparent nimic de obiectat în fața acestei afirmații. Dar de unde vin aceste categorii? Constituie orice norme juridice, din punct de vedere al validității formale inatacabile, „drept” indiferent de conținutul lor? Reprezintă „drept” și o normă care ar statua răspunderea penală chiar și a aceluia care nu a avut în nici un fel posibilitatea de a cunoaște anumite norme de drept penal, ori una care ar extinde complicitatea și la aprobarea unei fapte posterior executării acesteia? Pentru tehnicismul juridic, da. Mai departe, referirea la „oameni sau colectivități omenesti” ca singuri subiecți de drept penal este cel mult o considerație pragmatică, fără a avea un fundament: dacă prin absurd legiuitorul ar incrimina fapta unui câine de a mușca (eventual cu adăugirea: „fără drept”) pe vizitatorul nepoftit de stăpân, tehnicismul juridic nu i-ar rămâne decât să constate, eventual cu amarăciune, că și câinii pot fi subiecți de drept (penal), putând avea astfel drepturi și obligații.

Ultimul exemplu nu a fost întâmplător ales și cititorul este rugat aici să-și amintească ceea ce pozitivistul I. Tanoviceanu afirma despre echivalență teoretică a căderii unei pietre, mușcăturii unui câine și faptei unui om, atunci când argumenta inutilitatea conceptului de „responsabilitate penală”. La fel gândește, în cadrul tehnicismului juridic, și V. Dongoroz⁴³, doavadă că simplul

⁴² A. Rocco, *Il problema e il metodo*, pp. 570-572.

⁴³ A. Dongoroz, *Drept penal*, N. 146 p. 307/308. Un parcurs asemănător întâlnim la Cristescu, *Introducere în știința dreptului penal*, pp. 90 și urm., care, după ce se raportează la teza lui Ferri (receptată prin intermediul lui Traian Pop, *Drept penal comparat*, II, p. 533), potrivit careia „numai responsabilitatea socială și juridică poate da fundamentalul pozitiv pedepsei, orice om trebuie să respecte în societate un minimum de disciplină, și oricine este responsabil de acțiunea lui antijuridică”, va ajunge să considere că „responsabilitatea se bazează pe pericolul ce-l prezintă infractorul pentru societate”. – Cu toate acestea, Dongoroz, în cadrul chiar al aceleiași secțiuni (N. 146, pp. 304 și urm., p. 306; încă și mai lămurit în: Tanoviceanu, *Tratat*, N. 594¹, p. 689), folosește, cu o anumită doză de imprecizie, vocabularul clasic al teoriei imputării.

apel la diferența principală între naturalism și normativism – ale cărei implicații sunt pe planul teoriei imputării penale uriașe⁴⁴ – nu este suficient prentru evitarea consecințelor naturalismului. Altfel ar fi fost, de bună seamă, dacă Rocco și Dongoroz nu s-ar fi mărginit la a indica natura *rațională* a categoriilor juridice, ci ar fi atins și problema legii (de drept, însă nu numai și nu în primul rând) ca *aliquid rationis* ca și problema *rațiunii* însăși, ajungând astfel pe un drum sau altul la problematizarea subiectului rațional (de drept, însă nu numai și nu în primul rând) și a *libertății* acestuia ca fundament al dreptului pozitiv. Pe cale de consecință, ceea ce lipsește din sistemul tehnico-juridic ne va spune nimeni altul decât marele promotor al unei gândiri juridice normative de sorginte kantiană (nu: neokantiană!) Mircea Djuvara, marcând în acest fel despartirea de viziunea lui Hans Kelsen, autor căruia tehnicismul îi este mult mai îndatorat decât a recunoscut-o explicit vreodată: „Gândirea rațională juridică are într-adevăr drept categorie fundamentală și idee regulatoare pe aceea de justiție, conform căreia în împrejurări de fapt identice, trebuie să se atribuie oricarei persoane aceleași drepturi și obligații”⁴⁵. Absența acestei idei – a cărei acceptare presupune un demers filosofic, după Kelsen, și pe drept cuvânt, chiar „metafizic” – face din considerarea faptuitorului drept „persoană” un simplu artificiu tehnic: el este și rămâne principal acela care „deranjează” societatea⁴⁶, societate care va avea prin acest simplu fapt „dreptul” de a se apăra prin pedeapsă⁴⁷. Tehnicismul juridic – ca și doctrina „juridicității pure” a lui Hans Kelsen⁴⁸ – devine astfel victimă propriului său formalism iar caracterul

⁴⁴ V. aici T. Avrigeanu, *Implicații sistematice ale conceptului de raport juridic penal*, RDP 3/2004, pp. 83 și urm.

⁴⁵ Djuvara, *Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, București 1995, p. 501.

⁴⁶ M. Köhler, Der Begriff der Zurechnung, în: Th. Weigend/ G. Küpper (Hrsg.), *Festschrift für H. J. Hirsch*, Berlin/New York 1999, pp. 65 și urm., 69: „Mit der Herrschaft des gesellschaftlichen Zwecks im Recht, den Zwecktheorien im Strafrecht – gipflend in der modernen Schule – wird der Verbrecher vollends zum objektiv-subjektiven Störpotential bestimmt”.

⁴⁷ Astfel că și teoria dongoroziană a pedepsei formulată într-un vocabular normativist care amintește izbitor de Hegel ori Carrara poate conduce la aceleași rezultate ca și ideile pozitiviste, v. Dongoroz, *Drept penal*, N. 204, p. 456: „Din punct de vedere *conceptual*, adică sub raportul sensului ideologic, sanctiunea este o consecință a neobservării preceptului, fiindcă rațiunea sa de a fi decurge din presupunerea că orice precept poate fi nesocotit. Din punct de vedere *funcțional*, adică sub raportul rostului său, sanctiunea este atât *factorul* care imprimă caracter de obligativitate preceptului, cât și mijlocul prin care se reintegrează ordinea juridică, fiindcă, fără sanctiune, preceptul nu ar mai fi imperativ și fiindcă, fără sanctiune, ordinea juridică turburată prin călcarea preceptului, nu ar putea fi restabilită. Așadar, sanctiunea juridică este o creație a legii (dreptului pozitiv), o entitate juridică derivată (consecința preceptului) și un instrument de realizare și reintegrare a ordinii juridice (dă autoritate preceptului și restabilește ordinea juridică)”.

⁴⁸ Deosebit de instructive și aplicabile intocmai analizei tehnicismului juridic dongorozian studiile lui W. Schild, *Reine Rechtslehre und Strafrechtswissenschaft* și K. Seelmann, *Kelsen und*

acceptabil (ori cel puțin plauzibil) al soluțiilor pe care el le poate oferi depinde într-o măsură pe care am putea-o considera inacceptabilă de conținutul dreptului pozitiv.

III. Unde ne aflăm astăzi?

În anii îndelungați de tacere impusă și autoimpusă, izgonit din Facultatea căreia îi imprimase o strălucire recunoscută până și de cei mai îndărjiți adversari, Dongoroz trăise într-un stat din care libertatea fusese cu adevărat izgonită și văzuse nașterea unui „drept penal“ corespunzând unui asemenea tip de stat. Dar nici posterior stalinismului juridic din anii '50, în 1965⁴⁹ ori 1969 el nu-și mai poate revizui public opțiunile anterioare și nu-i mai rămâne decât refugiu în tehnica juridică; în chestiunile ținând de fundamentele dreptului nu se mai poate vorbi de posibilitatea susținerii unor concepții susceptibile de a contraveni ideologiei oficiale, astfel încât caracterul reținut și întinderea redusă a considerațiilor privind această materie constituiau singurele soluții onorabile pentru o știință a dreptului relevantă pentru realitățile cotidiene. În condiții normale viciu „juridicitatea pură“ devine în orice totalitarism aproape o virtute – să nu uităm: Codul penal din 1968 reprezintă în același timp o operă dongoroziană *de mare calitate științifică* – iar monumentalele *Explicații teoretice* ale Codului penal și ale celui de procedură penală vor rămâne din acest punct de vedere un reper pentru deceniile care aveau să urmeze. Atunci când însă prin legea 6/1973 – introducerea printre altele și a faimosului fost art. 18¹, rămas astăzi ca art. 19 c.p. prin decizia legiuitorului și în disprețul opiniei specialiștilor ce-i propuseseră eliminarea – mâna de fier a politicii arbitrare a dat peste cap dintr-o lovitură sistemul conceptual pe care erau întemeiate Codul penal și expunerile Explicațiilor teoretice⁵⁰, limitele tehnicismului deveniseră vizibile pentru oricine.

După 1989 dezvoltarea programului dongorozian a continuat, totuși într-o formă care anunță deja completarea lui esențială prin recursul deschis la filosofia dreptului. Emblematică pentru această perioadă rămâne monografia profesorului George Antoniu, el însuși discipol al lui Dongoroz, privind *Vinovăția penală*

das Strafrecht, în: A. Carrino/G. Winkler (Gesamtdaktion), *Rechtserfahrung und Reine Rechtslehre*, Wien/New York 1995, pp. 59 și urm., respectiv 83 și urm.

⁴⁹ Atât tactica de salvagardare a abordării tehnice pe care Dongoroz o adoptă în dreptul penal cât și pericolul mortal pe care l-ar fi reprezentat dezvoltarea consecventă pe planul configurației dogmaticii penale a unei concepții privind fundamentele dreptului penal, precum singura posibilitate acea vreme, sunt evidente în studiul privind *Dreptul penal socialist al țării noastre – Raportul dintre conținutul social-politic și conținutul normativ al dreptului penal din R.S. România*, SCJ 3/1965, pp. 465 și urm.

⁵⁰ Vezi Avrigeanu, *Pericolul social al săptei*, RDP 1/1998, pp. 52 și urm., 55, 56.

apărută într-o primă ediție în 1994 și al cărei impact asupra științei penale românești este remarcabil, inclusiv prin receptarea în știința penală românească a evoluțiilor conceptuale generate de finalismul german – curenț născut din filosofie – prin Hans Welzel și discipolii lui, evoluții fără cunoașterea cărora rațiunea împărțirii fostului capitol V privind „cauzele care înlătură caracterul penal al faptei“ (vechile art. 44-51) între actualele capitole II și III ale titlului al II-lea din partea generală a noului cod penal rămân la rândul lor de neînțeles. Nu mai puțin însă și va ramâne mai ales celui care este cât de cât la curenț cu evoluțiile *științifice* de neînțeles și obstinația legiuitorului *politic* de a impune ca drept denumire a capitolului III „cauze care înlătură caracterul penal al faptei“ (ca și cum „cauzele justificative“ din capitolul II ar fi altceva!), în locul unei denumiri precum „cauze care înlătură vinovăția“⁵¹. Dacă în fața unor legi manifest arbitrar tehnicismul juridic este din capul locului neputincios iar reflectia filosofică, pe cât ni se pare, devine singura șansă a științei dreptului penal de a-și merita numele, nu este totuși mai puțin adevărat că în condițiile actuale un asemenea demers, atunci când s-ar apela cu seriozitate asupra marii tradiții filosofice a Europei, respingând teribilismele terminologice și sofismele de moment și mai ales modă care fac deliciul vremurilor noastre, ar avea de înfruntat atât spiritul general al acestor vremuri, cât și tendințele care – în acest spirit – își fac simțită prezența în evoluțiile din dreptul pozitiv și sunt mult mai grave decât ignoranța doctă a legiuitorului nespecialist în anumite chestiuni la prima vedere exclusiv tehnice. Despărțirea curențelor azi dominante în filosofia juridică occidentală de tradiția care urcă, în toată complexitatea ei, de la Platon la Hegel – indiferent dacă a fost realizată sub camuflajul reinterpretărilor⁵² ori în mod fățu, sub semnul unei „etici juridice fără metafizică“⁵³ – este mai actuală ca

⁵¹ V. asupra rațiunilor de ordin teoretic ale noii sistematizări – corespunzând distincției germane finaliste și post-finaliste între *Rechtfertigungsgründen* și *Schuldausschließungsgründen* – pe larg Antoniu, *Vinovăția penală*, pp. 205 și urm.

⁵² Exemplară este larga popularitate de care s-au bucurat și se bucură în continuare concepțiile „postmetafizice“ ale lui John Rawls și, mai aproape de noi, Jürgen Habermas, ambele înțelegându-se drept dezvoltări ale filosofiei juridice kantiene. Că despre aşa ceva nici nu poate fi vorba demonstrează cu claritate, alături de mulți alți interpréti de renume ai operei lui Kant, Dieter Henrich, *Was ist Metaphysik, was Moderne? Zwölf Thesen gegen Jürgen Habermas*, în *Konzepte Essays zur Philosophie in der Zeit*, Frankfurt a. M. 1987, pp. 11 și urm.; v. și R. Zaczek, *Die Freiheit der Person als Zentrum der Rechtsbegründung. Kritische Anmerkungen zu einer Diskurstheorie des Rechts aus Kantischer Sicht*, în: P. Siller/B. Keller (Hrsg.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden 1999, pp. 51 și urm.

⁵³ N. Hoerster, *Rechtsethik ohne Metaphysik*, *Juristenzeitung* (JZ) 1982, pp. 265 și urm., 26; v. pentru aplicarea unei asemenea concepție în teoria penală *Zur Begründung staatlichen Strafens*, în: W. Krawietz u.a. (Hrsg.), *Festgabe für O. Weinberger*, Berlin 1984, pp. 225 și urm.; pentru o critică promptă și nimicitoare v. J. C. Joerden, *Nochmals: Rechtsethik ohne Metaphysik. Ist*

oricând și pentru faptul că ea răspunde stilului de viață astăzi propagat. Lucrurile nu sunt neaparat noi și orice adept al școlii pozitive de la 1900 ar fi putut scrie următoarele: „Naturalismul corespunde în multe privințe imaginii omului modern asupra lumii. Cu atât mai mult cu cât jurisprudența, ale cărei concepte și criterii de evaluare (*Wertungsmaßstäbe*) sunt strâns legate de înțelesurile date lucrurilor în vieții de fiecare zi, ea ar face bine să nu se baricadeze în fața imaginii naturaliste a lumii”, de unde și „curajul presupunerii că și jurisprudența nu va mai putea opune o împotrivire de durată infiltrării stilului de gândire naturalist în toate aspectele vieții umane”⁵⁴.

Acestei recrudescențe a naturalismului îi corespunde însă acum – nu întâmplător – creșterea rolului *politicii penale*⁵⁵ într-o măsură pe care liberalismul unui Franz von Liszt și-ar fi putut-o cu greu imagina. Ea – și nu știința dreptului penal – reprezintă, din păcate, „trendul european” iar „lipsa de măsură a unei politici penale lipsite de o reflecție filosofică”⁵⁶ nu este câtuși de puțin surprinzătoare într-o „societate europeană dominată de factorul economic,

Rechtsethik ohne Metaphysik begründbar? Zu dem Beitrag von Hoerster in JZ 1982, S. 265 ff., JZ 1982, pp. 670 și urm.

⁵⁴ E. Hilgendorf, *Naturalismus im (Straf-)Recht. Ein Beitrag zum Thema „Recht und Wissenschaft“*, Jahrbuch f. Recht u. Ethik 11 (2003), pp. 83 și urm., p. 101, v. și p. 93: „Da der Mensch ein Ergebnis der natürlichen Evolution ist, liegt es nahe, seine Bedürfnisse und Interessen biologisch zu erklären”. Un avânt puternic l-ar avea după Hilgendorf pe de o parte „naturalizarea consecventă” a conceptului demnității umane (*Menschenwürde*) în dauna atât a tradiției teologice ce privește omul ca fiind creat după chipul lui Dumnezeu cât și a tradiției moderne a autonomiei, pe de altă parte naturalizarea conceptului vinovăției prin eliminarea în practică a „resturilor anti-naturaliste” moștenite din originea acestui concept în teologie. (pp. 93 și urm.). – Estimarea acestei situații nu diferă cu nimic la R. Spaemann, *Über den Begriff der Menschenwürde*, în: *Grenzen. Zur ethischen Dimension des Handelns*, Stuttgart ²2002, pp. 107 și urm., 120: „Civilizația modernă prezintă pentru demnitatea omului un pericol cum până acum n-a mai fost nici unul”, v. și *Zur Kritik der politischen Utopie. Zehn Kapitel politischer Philosophie*, Stuttgart 1977, pp. 142 și urm., asupra „crizei profunde a subiectului autonom” (p. 151), de asemenea E.-W. Böckenförde, *Vom Wandel des Menschenbildes im Recht*, în: Gerda-Henkel-Stiftung (Hrsg.), *Das Bild des Menschen in den Wissenschaften*, Münster 2002, pp. 193 și urm.; încotro se îndreaptă astăzi dreptul este arătat în studiul *Die Würde des Menschen war unantastbar. Abschied von den Verfassungsvätern: Die Neukommentierung von Artikel 1 des Grundgesetzes markiert einen Epochenbruch*, FAZ, Nr. 204, Mittwoch 3. September 2003, p. 33, 35.

⁵⁵ V. numai V. Militello, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, Riv. it. 2001, pp. 411 și urm.; J. Vogel, *Europäische Kriminalpolitik – Europäische Strafrechtsdogmatik*, GA 2002, pp. 517 și urm.

⁵⁶ U. Kindhäuser, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, în: K. Lüderssen u.a. (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt ș.a. 1990, pp. 29 și urm., 37; v. și *Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur ethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe*, GA 1989, pp. 493 și urm., S. 507.

societate ale cărei reforme sunt de natură instrumentală și amintesc mai degrabă de un stat polițienesc⁵⁷. Mai mult, *politica penală* – și nu *știința dreptului penal* – domină tendințele actuale de europenizare a dreptului penal⁵⁸ ori configurarea unui drept penal internațional, în condițiile în care viitorul comparației științifice – demers care a susținut dezvoltarea științei dreptului penal în România după 1989 – între diferitele reglementări naționale ar consta în trecerea de la modelul actual la o „metodă modernă, funcțională”, înțeleasă ca „orientare empirică asupra problemelor”, „neprejudiciată conceptual și dogmatic”: omul de știință va căuta astfel să vadă ce probleme există într-o ordine de drept și ce soluții au fost acolo adoptate, după care va compara situația respectivă (așadar și problemele și soluțiile) cu cea pe care o găsește într-o altă ordine de drept⁵⁹. Este de înțeles că într-o asemenea viziune – unde concepțele juridice ca elaborări raționale sunt subordonate în mod decisiv “rezolvării problemelor”, de preferință cât mai repede și cu cât mai puține costuri – filosofia mai mult încurcă lucrurile, de vreme ce „demersurile filosofice nu se preocupă de regulă cătuși de obținerea de soluții pragmatice și orientate catre rezultat”⁶⁰. Ca dovadă: tocmai un demers conceptual al științei penale fundamentate filosofic a făcut vizibilă configurarea în noile reglementări a unui „drept penal al inamicului” (*Feindstrafrecht*)⁶¹ a

⁵⁷ M. Köhler, *Entwicklungslien der deutschen Strafrechtsgeschichte*, Budapest 1998, p. 10: »europäische Wirtschaftsgesellschaft mit instrumental-polizeistaatlichen Reformen«.

⁵⁸ Pentru o viziune cuprinzătoare, astăzi aproape cu desăvârșire dată uitării v. G. Bettoli, *Il diritto penale della nuova Europa*, în: *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Padova 1954, S. 105 și urm.; pentru irelevanța aspectelor filosofico-juridice fundamentale chiar și în cazul în care subiectul este tratat de un autor care altminteri este preocupat intensiv de corelația între dreptul penal și filosofia kantiană a dreptului v. K. Kühl, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, ZStW 109 (1997), pp. 777 și urm.; pentru o critică fundamentală și necruțătoare a construcției unui drept penal “european” v. M. Köhler, *Rechtsstaatliches Strafrecht und europäische Rechtsangleichung*, în: G. Bernmann/D. Spinellis (Hrsg.), *Festschrift für G.A. Mangakis*, Athen/Komotini 1999, pp. 751 și urm.

⁵⁹ Astfel, într-o lucrare recentă și bucurându-se de o largă apreciere K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin 2002, S. 43, 44/45; contrastul cu orientarea pe care o sprijinim aici rezultă limpede la J. Hruschka, *Der Einfluss des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeption auf Rechtsbegriffe*, în: H. de Wall/M. Germann (Hrsg.), *Festschrift für C. Link*, Tübingen 2003, p. 687: „O teorie a dreptului penal care se înțelege drept știință ... nu este dependentă de caracterul întâmplător al dispozițiilor din dreptul pozitiv, ci ea cercetează un corpus de concepte crescut din istorie (*Eine Strafrechtslehre, die sich als Wissenschaft versteht, ist ... nicht von den Zufälligkeiten positiver Gesetzgebung abhängig, sondern untersucht einen in der Geschichte gewachsenen Corpus von Begriffen*)”.

⁶⁰ Astfel Ambos, George P. Fletcher: *Basic Concepts of Criminal Law* (Recenzie), GA 2001, S. 355 și urm., 358.

⁶¹ Marele merit al descoperirii și conceptualizării acestor fenomene îi revine profesorului Günther Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97 (1985), pp. 751 și urm.; *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der*

cărui fizionomie nu are nimic de a face cu retorica drepturilor omului și a statului de drept, pe cât de mult folosită, pe atât de mult contrazisă prin acțiunile politicii. Acela care va conștientiza criza profundă a fundamentelor normative ale societății în vremuri care „înalță ceea ce pe om îl înjosește și coboară ceea ce pe om îl înalță”, care „se întrec în a lăua aparența drept realitate” și pentru care „deja nu mai e importantă demnitatea, ci numai prețul”⁶² își va aminti însă că tocmai asemenea crize sunt cele care de-a lungul istoriei au determinat întotdeauna „veșnica reîntoarcere a dreptului natural”⁶³. Până atunci însă, aşa-numitele “standarde europene”⁶⁴ (și) în materie de drept (penal) au a fi privite de către știința românească a dreptului (penal) cu maximă circumspectie, lor fiindule întotdeauna de preferat forța spiritului european autentic⁶⁵.

Gegenwart (Kommentar), în: A. Eser u.a. (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000, pp. 47 și urm.; *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, în: N. Courakis (Hrsg.), *Festschrift für Dionysios Spinellis*, Athen, 2001, pp. 447 și urm.; *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, în: Yu-hsui Hsu (Hrsg.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung*, Taipei 2003, pp. 41 și urm.

⁶² R. Zaczek, GA 1993, p. 383, *Zum Strafrecht*, Mainz 1998, p. 3, *Gerechtigkeit in der Universität*, în: A. W. Müller/R. Hettich (Hrsg.), *Die gute Universität. Beiträge zu Grundfragen der Hochschulreform*, Baden-Baden 2000, pp. 73 și urm., 80; demn de atenție și M. Köhler, *Freiheitliches Rechtsprinzip und Teilhabegerechtigkeit in der modernen Gesellschaft*, Veröff. Joachim Jungius-Ges. Wiss. Hamburg 87 (1999), p. 103/104.; *Iustitia fundamentum regorum. Gerechtigkeit als Grund der Politik*, în: R. Schmücker/U. Steinworth (Hrsg.), *Gerechtigkeit und Politik. Philosophische Perspektiven*, Berlin 2002, pp. 25 și urm., 26, *Begriff der freiheitlichen Rechtsverfassung*, Rechtstheorie 27 (1995), pp. 387 și urm., 395.: în condițiile „autonomizării unei societăți bazate pe achiziție și piață, corelate cu un concept al subiectului redus la empiric”, „dansului în jurul vițelului de aur îi corespund eforturile de a închide ochii în fața monstruozației” iar „atât timp cât subiectii vor apărea doar ca obiecte ale procesului economic și nu-și vor realiza propriile lor drepturi, criza existențială a dreptului va lăsa loc de desfășurare unor sisteme teleologice, autoritare și totalitare, precum s-a putut limpede observa în secolul XX”.

⁶³ Extrem de actual în continuare H. Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München 1947.

⁶⁴ Cât de departe sunt actualele evoluții politice aflate sub semnul “integrării” de marea tradiție a filosofiei juridice europene se poate vedea din studiul recent și exemplar al lui Thomas Sören Hoffmann, *Über Freiheit als Ursprung des Rechts. Achtzehn Thesen zur Rechtsbegründung mit Blick auf die Grundrechtecharta der Europäischen Union*, ZRph 1/2002, pp. 16 și urm.

⁶⁵ V. selectiv J. Hruschka, *Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft*, JZ 1992, pp. 429 și urm.; J. Isensee, *Menschenrechte – Staatsordnung – Sittliche Autonomie. Gestalt der menschenrechtlichen Freiheit im Verfassungsstaat*, în: J. Schwartländer (Hrsg.), *Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube. Beiträge zur Bestimmung der Menschenrechte*, München/Mainz 1981, pp. 70 și urm.; Armin Kaufmann, *Das Transpositive im positiven Recht*, Der Katholische Gedanke 23 (1967), pp. 1 și urm.; M. Köhler, *Rechtsbegriff und Rechtsgeltung*, Rechtsphilosophische Hefte I (1992), pp. 79 și urm.; R. Zaczek, *Über Begründung im Recht*, în: *Festschrift für E. A. Wolff*, Berlin s.a. 1998, pp. 509 și urm.; pentru

Die Reform des Strafgesetzbuchs und die Strafrechtswissenschaft

Zusammenfassung

Die moderne rumänische Strafrechtswissenschaft wurde gegen 1910 unter dem philosophischen Stern des Naturalismus geboren und hat diesem nur dadurch entgehen können, dass sie spätestens zwei Jahrzehnten danach einem der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens in der Sache nahestehenden und jegliche Beschäftigung mit der Philosophie ablehnenden Normativismus freien Lauf gab. Hat sich diese formalistische Prägung in den Jahrzehnten des Totalitarismus dadurch bewahrt, daß sie die Einmischung der Ideologie in die Strafrechtsdogmatik weitgehend abgewehrt hat, so erweist sie sich gleichwohl unter den Bedingungen heutiger Krise von Recht und Gesellschaft als Ganzem als ungenügend. Gegen die wachsende Herrschaft der interessengebundenen und sich von Rechtsprinzipien immer mehr ablösenden Politik hat die Strafrechtswissenschaft sich zur großen Tradition des europäischen Rechtsdenken zu besinnen, um den eigenen Begriffen eine inhaltliche, überpositive und gegen die Irrungen des heutigen Zeitgeistes resistente Grundlage zu verleihen.

știința dreptului penal pe lângă referințele din n. subs. 3, 4 și: H.-J. Hirsch, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*, în: M. Seebode (Hrsg.), *Festschrift für G. Spendel*, Berlin/New York 1992, pp. 43 și urm., 58: „Es gibt keine nur deutsche, keine nur japanische, italienische oder andere rein nationale Strafrechtswissenschaft, sondern hinsichtlich des zentralen Forschungsbereichs nur eine nach allgemeinen wissenschaftlichen Maßstäben ganz oder teilweise richtige oder aber falsche”; Armin Kaufmann, *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft*, în: *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Seul 1987, pp. 100 și urm.; G. Jakobs, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischen“ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?*, ZStW 107 (1995), pp. 843 și urm.; M. Köhler, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg 1986; *Le droit pénal entre public et privé*, în: Arch. phil. droit 41 (1997), pp. 199 și urm.; K. Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden 2001; W. Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, 1999 (aici în special studiul *Kants Strafrechtslehre: Das Gegenbild zum modernen Strafrecht*, pp 59 și urm.); K. Seelmann, *Recht und Ethik im Strafrecht*, în: A. Bondolfi/S. Grotfeld (Hrsg.), *Ethik und Gesetzgebung*, Stuttgart s.a. 2001, pp. 147 și urm.; G. Stratenwerth, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Basel 1993.

CONFLICTELE DE INTERESE ȘI INCOMPATIBILITĂȚILE ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNĂ PRIVITOARE LA FUNCȚIONARI PUBLICI

CĂTĂLIN BALAN

Funcția publică reprezintă un element esențial al statului, fiind una dintre cele mai importante legături dintre cetățean și instituții. Reușita procesului de modernizare a administrației publice din România și armonizarea prevederilor din domeniul cu legislația europeană, potrivit aspirațiilor europene ale țării noastre, nu pot fi concepute fără reformarea corpului funcționarilor publici¹. Acest proces de reformare a corpului funcționarilor publici are la bază prevederile Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici², modificată prin O.U.G. nr. 82/2002 și nr. 284/2000³ aprobată prin Legea nr. 66/2001⁴, modificată de asemenea prin Legea nr. 161/2003, care, în art. XIII stabilește modificările și completările statutului funcționarului public. Expresia practică a modernizării corpului funcționarilor – dar și a importanței acestui proces – îmbracă în plan legislativ forma numeroaselor acte normative care vin în completarea statutului creat de Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici. Astfel, au apărut: H.G. nr. 1087/2001 privind organizarea și desfășurarea concursurilor și examenelor pentru ocuparea funcțiilor publice⁵, H.G. nr. 1085/2001 privind

¹ A se vedea Verginia Verdinaș, *Realități și perspective privind regimul juridic al funcționarului public în România*, în „Revista de drept public”, Nr. 1/ianuarie-iunie 2002, Editura All Beck, p. 46.

² Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 600/18.12.1999, legea a făcut obiectul unui control de constituționalitate, iar Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 233/1999, a constatat că sesizarea de neconstituționalitate este neîntemeiată.

³ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 293/28.06.2000, aprobată prin Legea nr. 327/2002, publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 422/18.06.2002.

⁴ O.U.G. nr. 284/2000 a fost publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 696/27.12.2000 iar Legea de aprobare nr. 661/2001 a fost publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 764/30.1.2001.

⁵ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 272/15.06.2000. Titlul complet este Hotărâre privind organizarea și desfășurarea examenului de atestare pe post a funcționarilor care ocupă funcții publice de conducere în cadrul autorităților și instituțiilor publice.

organizarea perioadei de stagiu, condițiile de evaluare și regulile specifice aplicabile funcționarilor publici debutanți⁶, H.G. nr. 1084/2001 privind aprobarea Metodologiei de evaluare a performanțelor profesionale individuale ale funcționarilor publici, precum și de contestare a calificativelor acordate⁷, H.G. nr. 1083/2001 privind organizarea și funcționarea comisiilor de disciplină din cadrul autorităților și instituțiilor publice⁸, H.G. nr. 1086/2001 privind organizarea și funcționarea comisiilor paritare⁹. Aceste ultime acte normative au fost înlocuite în octombrie 2003 de H.G. 1209/2003 privind organizarea și dezvoltarea carierei funcționarilor publici¹⁰ și H.G. 1210/2003 privind organizarea și funcționarea comisiilor de disciplină și a comisiilor paritare din cadrul autorităților și instituțiilor publice¹¹. Aceste ultime acte normative, alături de Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței și exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției¹², se încadrează în strategia generală de dezvoltare a administrației publice a cărei finalitate constă în crearea unui corp de funcționari profesionist și neutru politic. Realizarea acestui obiectiv este condiționată de asigurarea independenței funcționarilor publici și crearea condițiilor necesare pentru ca întreaga activitate profesională a acestora să fie dedicată realizării sarcinilor și responsabilităților pe care le presupune funcția publică. Aceste cerințe pot fi îndeplinite prin crearea unui cadru legislativ care să îndepărteze suspiciunile referitoare la imparțialitatea și obiectivitatea cu care funcționarii publici ar trebui să-și exerce atribuțiile prin reglementarea modernă, compatibilă cu normele europene, a situațiilor de incompatibilitate cu funcția publică, precum și a situațiilor în care apar conflictele de interes.

Atât conflictele de interes cât și incompatibilitățile cu privire la funcționarii publici s-au impus ca subiecte de studiu pentru autorii în domeniul încă din perioada interbelică atunci când a fost adoptată Legea asupra cumulului în funcțiile publice din 1 iulie 1890, care în articolul 1, alin. 1 dispunea că nimeni nu poate fi investit decât cu o singură funcție retribuită de stat, județ sau comună ori de stabilimente publice cu leașă, diurnă sau orice altă indemnizare. Urmare a apariției acestei legi în literatura juridică de specialitate din aceeași perioadă se

⁶ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 710/7.11.2001.

⁷ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 707/7.11.2001.

⁸ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 707/7.11.2001.

⁹ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 710/7.11.2001.

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 757/29.10.2001.

¹¹ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 757/29.10.2001.

¹² Legea nr. 161/2003 a fost publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 279/21.04.2003. Legea a fost modificată prin O.U.G. nr. 40/29.05.2003.

constata că, în principiu, funcțiiile publice nu se cumulează, căci interesul general cere ca funcționarul să-și consacre întreaga sa activitate funcției pe care o îndeplinește¹³. În ultimul timp, odată cu creșterea exigenței cu privire la condițiile de exercitare a atribuțiilor funcției publice, se manifestă un interes din ce în ce mai mare privitor la situațiile de conflicte de interes și incompatibilități care pot influența activitatea funcționarilor publici¹⁴.

Realizarea unui cadru legal adecvat privind conflictele de interes și incompatibilitățile se lovește de problema identificării categoriilor de angajați cărora ar urma să li se aplice reglementările specifice care conturează statutul juridic al funcționarilor publici. Natura juridică a raporturilor care iau naștere între un angajat al unei autorități administrative sau al unei instituții publice și respectiva autoritate sau instituție publică a făcut obiectul a numeroase dispute atât în literatura juridică, din străinătate¹⁵ ca și din țara noastră¹⁶, cât și în practica instanțelor judecătoarești¹⁷. În definirea noțiunii de funcționar public s-au impuls două concepții.

O primă concepție ia în considerare o definiție organică ce impune a fi considerați funcționari persoanele care își desfășoară activitatea mai mult sau

¹³ Paul Negulescu, *Tratat de drept administrativ*, București, 1906, p. 174.

¹⁴ A se vedea Ioan Santai, *Drepturile și îndatoririle funcționarilor publici*, în Revista „Juridica”, nr. 11-12/2000, p. 451; Dumitru Dumba, *Incompatibilitățile funcțiilor publice cu alte funcții și activități cu scop lucrativ reglementate prin Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici*, în „Dreptul” nr. 6/2001, p. 47.

¹⁵ A se vedea Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby, *Institutions administratives*, Dalloz, Paris, 1996, p. 425; Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Paris, 1997, p. 350; Jean Paul Pastorel, *Institutions et structures administratives de la France*, Gualino Editeur, Paris, 2000, p. 178.

¹⁶ A se vedea A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Editura All Beck, București, 2001, p. 626; V. Vedinaș, *Statutul funcționarului public*, Editura Nemira, București, 1998, p. 29; I. Popescu Slăniceanu, *Teoria funcției publice*, Editura Evrika, București, 1989, p. 122; A. Negoită, *Drept administrativ și știința administrației*, Editura Atlas Lex, București, 1993, p. 79; I. Santai, *Drept administrativ și știința administrației*, vol. I, Universitatea „Lucian Blaga” Sibiu, 1998, p. 77, V. Prisăcaru, *Tratat de drept administrativ român. Partea generală*, Editura All, București, 1996, p. 159; M. Preda, *Drept administrativ. Partea generală*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 87; A. Trăilescu, *Concepția Legii nr. 188/1999 asupra noțiunii de funcționar public și unele controverse posibile în legătură cu punerea ei în aplicare*, în Revista „Juridica”, nr. 6/2000, p. 217; T. Drăganu, *Implicații ale Legii contenciosului administrativ asupra statutului funcționarului public*, în „Revista de Drept Comercial”, nr. 5/2000, p. 34; Ș. Beligrădeanu, *Noțiunea de funcționar*, în Revista „Dreptul” nr. 2/2000, p. 3.

¹⁷ A se vedea Decizia nr. 200/22.01.2003, Decizia nr. 211/22.01.2003, Decizia nr. 411/04.02.2003, Decizia nr. 610/13.02.2003, Decizia nr. 1448/08.04.2003 ale Curții de Justiție, Secția de contencios administrativ, www.csj.ro.

mai puțin în sectorul public – autorități ale administrației publice centrale și locale, servicii publice aflate în subordinea acestora, servicii publice economice și sociale dependente de stat și de colectivității locale. Potrivit acestei concepții, în Franța sunt considerați funcționari agenții publici din serviciile spitalicești, iar în Belgia cei din căile ferate.

O altă concepție folosește o definiție funcțională ce include în rândul funcționarilor agenții publici care exercită prerogative ale puterii publice sau care participă la apărarea intereselor vitale ale statului și ale colectivităților locale. În această concepție sunt considerați funcționari publici membrii forțelor armate, poliției, angajații care își desfășoară activitatea în magistratură, administrația fiscală, în ministere, organele administrației publice locale etc. în măsura în care persoanele în cauză exercită atribuții din sfera puterii de stat sau din cea a dreptului public, cum ar fi elaborarea de acte juridice, punerea în aplicare a acestora, controlul aplicării lor. Se face astfel distincție între funcționari și respectiv salariați și muncitori, considerându-se că numai primii sunt însărcinați să exercite prerogative ale puterii publice. Aceasta este și concepția Legii nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici care definind funcționarul public ca persoana numită într-o funcție publică stabilește o legătură de interdependență între funcționarul public și ansamblul atribuțiilor și responsabilităților stabilite de autoritatea sau instituția publică, în temeiul legii, în scopul realizării competențelor sale, cu alte cuvinte funcția în care este numit. Această soluție este utilizată în majoritatea statelor membre ale Comunității Europene și reprezintă modalitatea utilizată și în dreptul comunitar¹⁸. Art. 1 din Statutul european prevede că „funcționarul comunităților era persoana care a fost numită într-o funcție publică permanentă printr-un act scris al autorității investite cu puterea de numire”. Semnalăm și precizarea caracterului permanent al funcției publice, care, deși nu este prevăzut expres de legea română, se subînțelege din conținutul ei și este recunoscut de majoritatea autorilor în doctrină¹⁹.

Pe de altă parte, legea stipulează că personalul din aparatul de lucru al autorităților sau instituțiilor publice care efectuează activități de secretariat-administrative, protocol, gospodărire, întreținere-reparații și deservire este

¹⁸ Statutul juridic al funcționarului public din cadrul Uniunii Europene este reglementat printr-un document intitulat „Statut” care are ca subtitlu „Regulamente și reglementări aplicabile funcționarilor și altor agenți ai Comunităților Europene”.

¹⁹ A. Iorgovan, *op.cit.*, vol. I, p. 562.

angajat cu contract individual de muncă. Persoanele care ocupă aceste funcții nu au calitatea de funcționar public și li se aplică legislația muncii²⁰.

Aplicarea reglementărilor referitoare la conflictele de interese și incompatibilități să se facă numai cu luarea în considerare a diferențelor existente între funcțiile publice și funcțiile de demnitate publică, cărora nu li se aplică dispozițiile Legii privind statutul funcționarilor publici²¹. Prinț-o ordonanță a Guvernului (OG nr. 32/1998), care are ca obiect constituirea în aparatul de lucru al administrațiilor publice centrale, a „cabinetului demnitarului”, se definește mai întâi ce se înțelege prin noțiunea de „demnitar din administrația publică centrală”, făcându-se doar o enumerare a categoriilor acestora, și anume: primul-ministrul, ministrul de stat, ministrul, ministerul delegat pe lângă primul-ministrul, secretarul de stat membru al Guvernului, secretarul de stat, subsecretarul de stat și asimilații acestora, precum și prefectul și subprefectul. Câteva observații sunt necesare în legătură cu aceste reglementări. Mai întâi, aceste prevederi privesc, în principiu, numai sfera administrației publice, nu și sfera puterii legislative și a celei judecătoarești, unde sunt, de asemenea, prezente o serie de funcții de demnitate. În al doilea rând, aceste reglementări nu se referă la toate autoritățile administrației publice, respectiv la Președintele României și la autoritățile administrației publice centrale autonome. În al treilea rând, ordonanță în cauză, deși definește noțiunea de „demnitar în administrația publică centrală”, enumeră printre acei demnitari și pe „prefect și subprefect”, deși aceștia fac parte din administrația locală a statului, ca reprezentanți ai Guvernului în unitățile administrativ-teritoriale.

O reglementare cu referire mai mult sau mai puțin directă la funcțiile de demnitate publică este cuprinsă în Legea nr. 154/1998 privind sistemul de stabilire a salariilor de bază în sectorul bugetar și a indemnizațiilor pentru persoane care ocupă funcții de demnitate publică. Această lege, deși are un alt obiect – elementele sistemului de stabilire a salariilor de bază în sistemul bugetar și a indemnizațiilor pentru funcțiile de demnitate publică –, cuprinde unele prevederi și la funcțiile de demnitate publică. Mai întâi, în art. 3 al legii, se definește această funcție ca fiind acea funcție „care se ocupă prin mandat obținut direct, prin alegeri organizate, sau indirect, prin numire, potrivit legii”, iar în anexe sunt precizate expres:

- funcțiile de demnitate publică alese (anexe nr. II/1)
- funcțiile de demnitate publică numite (anexa nr. II/2)

²⁰ A se vedea art. 5 al. 2 din Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici.

²¹ A se vedea art. 5 al. 1 din Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici.

– funcții asimilate cu funcții de demnitate publică, la instituțiile publice din subordinea Guvernului.

Este de observat că definiția dată de această lege funcției de demnitate publică este una de maximă generalitate, întrucât cuprinde atât funcțiile alese, cât și pe cele numite, și nu ne ajută să descifrăm trăsăturile specifice acestor funcții, ci, dimpotrivă, creează și mai mare confuzie, deoarece o funcție publică nu se poate ocupa decât fie prin alegere, fie prin numire. Definiția dată de lege nu cuprinde nici un element de raportare la „funcțiile publice” care, desigur, sunt altceva decât funcțiile de demnitate publică.

Reglementările care instituie și definesc situațiile de conflict de interes și incompatibilitate care apar cu privire la exercitarea atribuțiilor de către un funcționar public sunt de asemenea incomplete iar prevederea lor în cuprinsul mai multor acte normative nu este de natură a contribui la conturarea unui regim juridic unic și unitar care să eliminate riscul aplicării lor discreționare. Astfel, prevederilor lacunare din Legea privind statutul funcționarului public – potrivit căror calitatea de funcționar public este incompatibilă cu orice altă funcție publică cu excepția calității de cadru didactic²² și care instituie pentru funcționarii publici interdicția exercitării la societățile comerciale cu capital privat a unor activități cu scop lucrativ care au legătură cu atribuțiile ce le revin din funcțiile publice pe care le dețin²³ – li se adaugă cele din Ordonanța de urgență privind instituirea unor interdicții pentru aleșii locali și funcționari publici nr. 5/2002²⁴, precum și cele din Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței și exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției.

Ordonanța de urgență nr. 5/2002 privind instituirea unor interdicții pentru aleșii locali și funcționarii publici interzice societăților comerciale – la care funcționarii publici încadrați în aparatul propriu al consiliilor locale, consiliilor județene, al regiilor autonome aflate sub autoritatea consiliilor respective sau la societățile comerciale înființate de consiliile locale sau județene sunt manageri, acționari semnificativi, asociați, administratori, cenzori, membri în consiliul de administrație sau la care dețin alte funcții de conducere – să încheie contracte comerciale de prestări de servicii, executare de lucrări sau de furnizare de bunuri cu autoritățile administrației publice locale, regiile autonome sau societățile comerciale în care își desfășoară activitatea respectivii funcționari²⁵.

²² A se vedea art. 56 alin. 1 din Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici.

²³ Art. 57 alin. 1 din Legea nr. 188/1999.

²⁴ O.U.G. nr. 5/2002 a fost publicată în Monitorul Oficial, partea I, Nr. 90/02.02.2002.

²⁵ Art. 2 alin. 1 din O.U.G. nr. 5/2002.

Definiția conflictului de interes, care apare abia în textul Legii nr. 16/2003²⁶, consideră conflict de interes situația în care o persoană care exercită o demnitate publică sau o funcție publică are un interes personal de natură patrimonială care ar putea influența îndeplinirea cu obiectivitate a atribuțiilor care îi revin potrivit Constituției și altor acte normative. Această definiție este limitativă atât sub aspect calitativ, cât și sub aspect cantitativ. Sub aspect cantitativ ea nu acoperă situația în care rudele sau alte persoane apropiate funcționarului ar avea interese legate de activitatea publică a aceluiași, prin urmare ar putea să determine o alterare a deciziilor pe care funcționarul ar trebui să le ia în conformitate cu atribuțiile sale. Sub aspect calitativ, definiția nu include interesele de ordin nepatrimoniale ale funcționarului, interese care ar putea deveni determinante în luarea unei decizii administrative. Definiția dată conflictului de interes în Legea nr. 161/2003 se îndepărtează și de legislația europeană a cărei definiție, mult mai completă, consideră că situația conflictului de interes apare atunci când un funcționar are un interes privat care ar putea influența sau are potențialul de a influența obiectivitatea sau imparțialitatea deciziilor sale. Interesul privat al funcționarului public include un avantaj fie al său, fie al familiei sale, al rudelor apropiate, prietenii, persoane sau organizații cu care acesta are relații economice sau politice²⁷.

Cu privire la incompatibilitățile cu calitatea de funcționar public se remarcă faptul că Legea privind statutul funcționarului public se limitează la instituirea principiului interdicției cumulării calității de funcționar public cu orice altă funcție publică, precum și cu funcțiile exercitatate în regile autonome, societățile comerciale ori în alte unități cu scop lucrativ. Prin comparație, în legislațiile țărilor europene, situațiile de incompatibilitate cu calitatea de funcționar public sunt mult mai complet reglementate, pe lângă principiul interdicției cumulului de funcții și de remunerații, care își are izvorul în obligația funcționarului public de exercitare exclusivă a funcției și de dezinteresare, sunt prevăzute și derogări pentru: activitatea de creație, științifică, literară sau artistică; acordarea de consultații specializate în alte domenii decât cele ce privesc administrația publică; exploatarea brevetelor de invenții²⁸. În ceea ce privește cumulul de funcții administrative, un funcționar, angajat principal într-un serviciu public, poate desfășura temporar/partial o activitate remunerată pentru alt serviciu al

²⁶ Art. 70 din Legea nr. 161/2003.

²⁷ A se vedea Recomandarea R 2000(10) a Consiliului de Miniștri cu privire la codurile de conduită ale oficialilor și funcționarilor Uniunii europene, <http://europe.eu.int/eur-lex/en>.

²⁸ În Franța, *Loi n. 83-634 du 13.07.2003 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 25(1)*, www.legifrance.gouv.fr.

administrației publice cu două condiții: să se încadreze în limitele plafonului de venituri prevăzut de legea salarizării și să aibă acordul autorităților administrației publice pentru care lucrează²⁹. Respectarea principiului interdicției este asigurată potrivit Legii nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici³⁰ prin includerea nerespectării acestei obligații în rândul abaterilor disciplinare. Aplicarea unei sanctiuni disciplinare pentru nerespectarea prevederilor referitoare la incompatibilități este de competența conducerii autorității sau instituției publice în cadrul căreia funcționarul public își desfășoară activitatea³¹.

În același timp, prevederile din legislația noastră referitoare la conflictele de interes și incompatibilități ignoră un alt fenomen ce poate avea implicații asupra procesului adoptării unei decizii de către un funcționar public. Acest fenomen constă în migrarea funcționarilor publici cu o înaltă pregătire profesională către sectorul privat, de multe ori ei fiind angajați chiar de persoanele juridice asupra cărora și-au exercitat atribuțiile de control. Angajarea funcționarilor publici de către sectorul privat este cunoscută în Franța sub numele de „pantoufage”³² și este strict reglementată, atât cu privire la perioada de timp în care pot fi angajați funcționari publici de o persoană juridică de drept privat, cât și cu privire la domeniile de activitate în care pot fi angajați.

Situatiile conflictelor de interes, precum și situațiile în care apare o incompatibilitate cu calitatea de funcționar public vor primi o reglementare unitară, adevarată odată cu adoptarea Legii pentru aprobarea Codului de conduită a funcționarilor publici³³ care, stabilind principiile care guvernează conduită morală și profesională a funcționarilor publici – suprematia legii, prioritatea

²⁹ Se consideră că este suficientă o autorizare verbală, totuși *ad probationem* este necesară forma scrisă. Acordul dat de autoritatea administrativă are caracter temporar și este revocabil oricând. A se vedea în acest sens Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby, *op.cit.*, p. 436.

³⁰ Art. 70 al. 2 lit. 1 din Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici.

³¹ Spre deosebire de legislația noastră, în Franța, nerespectarea dispozițiilor privind incompatibilitățile cu calitatea de funcționar public este considerată atât abatere disciplinară – sancționată disciplinar, dar și cu obligarea funcționarului public de a returna remunerația obținută prin încălcarea prevederilor legale referitoare la interdicția cumului –, cât și o faptă sancționată, în anumite condiții, penal. Astfel, potrivit art. 432-12 din Codul penal francez, fapta unei persoane ce exercită o autoritate publică sau care este investită cu un mandat electiv public de a manifesta sau de a menține, direct sau indirect, un interes de orice natură cu privire la o societate comercială la care ea are, în tot sau în parte, atribuții de control sau de administrare se sancționează cu cinci ani de închisoare și amendă de 75000 euro.

³² A se vedea Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby, *op.cit.*, p. 312.

³³ Un proiect al Legii pentru aprobarea Codului de conduită a funcționarilor publici – care include și unele elemente din Recomandarea Consiliului de Miniștri nr. 10/2000 – a fost elaborat de experții Agenției Naționale a Funcționarilor Publici și apare pe www.anfp.ro.

interesului public, asigurarea egalității de tratament a cetățenilor în fața autorităților, profesionalismul, imparțialitatea și independența, integritatea, libertatea gândirii și a exprimării, cinstea și corectitudinea –, va asigura cadrul legal necesar adoptării deciziilor de către funcționarii publici în condiții de obiectivitate și imparțialitate³⁴.

Reglementarea conflictelor de interese și a incompatibilităților trebuie să îmbrace forma unui cadru legal unic și unitar pentru toate categoriile de funcționari publici care să permită, în ansamblul mai larg al reglementării statutului funcționarilor publici, exercitarea atribuțiilor funcției publice în condiții de eficacitate și oportunitate de natură a permite satisfacerea în egală măsură atât a intereselor private, cât și a interesului public.

Conflicts of interests and incompatibilities in romanian legislation regarding civil servants

– Summary –

Together with increasing the quality of public administration the role of public servants is more important each day. The process in which civil servants take decisions gets more consideration. For the impartiality of this process of much importance is adopting modern rules about the conflicts of interests and incompatibilities. These rules should protect both the public service and the citizens of arbitrary decisions by guaranteeing that the entire professional activity of civil servants is dedicated to public sector. This goal could be achieved by a modern regulation, at an european level, of incompatibilities and conflicts of interests.

³⁴ Referitor la acest proiect de lege, a se vedea Romeo Paul Postelnicu, Monica Nicolle Dumitriu, *Adoptarea unui cod de conduită pentru funcționari publici – prioritate pentru România*, în Revista de Drept Public, nr. 3/2003, p. 51.



CONSIDERAȚII PRIVIND METOLOGIA DE INTERPRETARE A CONVENTIEI EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI

ALINA GENTIMIR

Organul cu atribuții în materia verificării respectării de către state a exercițiului efectiv al drepturilor omului și libertăților fundamentale, instituit de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, este **Curtea Europeană a Drepturilor Omului**. Unicitatea organului de control al Convenției Europene a Drepturilor Omului este reglementată de Protocolul 11 și a fost transpusă în fapt începând cu 1 noiembrie 1998, când Comisia europeană a drepturilor omului, abilită să primească plângerile și să le verifice admisibilitatea ori să facă demersuri în vederea stabilirii unui acord amabil între părți, a fost desființată, iar Comitetul de Miniștri, organ politic compus din reprezentanții statelor membre, a devenit competent doar să supravegheze executarea hotărârilor Curții, nu și să se pronunțe în privința unor litigii privind încălcarea unor drepturi consacrate de Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Astfel, mecanismul de control european în domeniul drepturilor omului a fost transformat dintr-un mecanism mixt, politic și judiciar, într-un „mecanism exclusiv judiciar”¹.

Atribuțiile care îi dovedesc dubla competență, consultativă și contencioasă, privind interpretarea și aplicarea Convenției și a Protocolelor sale cu ocazia analizării și soluționării unor litigii interstatale sau unor plângereri individuale, le realizează fie prin comitete de trei judecători, fie prin Camera de 7 judecători ori Marea Cameră compusă din 17 judecători.

Îndeplinind atribuția de interpretare, Curtea Europeană a Drepturilor Omului urmărește să confere toată importanța necesară efectivității sistemului de protecție a drepturilor omului prin utilizarea unor diverse metode de interpretare, unor principii interpretative, unor obligații pozitive care revin statelor spre

¹ Jean François Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2002, p. 575.

îndeplinire², acestea fiind reunite generic sub denumirea de „metodologie de interpretare”.

Definirea cât mai exactă a conceptului de „metodologie de interpretare” impune, într-o primă etapă, definirea termenilor care îi alcătuiesc conținutul: „metodologie” și „interpretare”.

Interpretarea este un proces intelectual care însوește obligatoriu procesul de aplicare a dreptului în care organul de aplicare a dreptului trebuie să știe care este conținutul pe care trebuie să-l dea normei individuale prin deducerea din norma generală legislativă în aplicarea ei la o speță concretă³.

Orice regulă de drept este necesar să fie interpretată în același sens care îi determină în mod precis conținutul, semnificația, condițiile de aplicare. În fapt, se vorbește de interpretare mai ales atunci când o regulă nu este clară sau când urmează să se aplice la cazuri care nu sunt în mod expres cele vizate de textul legii⁴.

Oricât de bine intenționat și de clarvăzător ar fi legiuitorul, el nu poate să prevadă toate situațiile, toate dificultățile susceptibile a se ivi din aplicarea textului pe care-l edictează⁵.

Într-o altă opinie, se precizează că, pentru a se ajunge la o justă aplicare a dreptului, trebuie ca interpretul să-i caute sensul intrinsec, adică să nu se opreasă la litera legii, ci să-i descopere înțelesul propriu, spiritul ei. De asemenea, se consideră că ar fi o greșală să se credă că înțelesul normei juridice e limitat de intenția autorilor săi. Adeseori înțelesul propriu al normei depășește intenția indivizilor care au formulat-o, fiindcă principiile juridice au, din punct de vedere logic, o valoare și o eficacitate care, de multe ori, nu poate fi prevăzută în momentul primei formulări⁶.

În domeniul juridic, interpretarea poate fi definită ca operația logico-rațională de lămurire, explicare a conținutului și sensului normelor de drept, în scopul justei aplicări, prin corecta încadrare a diferitelor situații din viața practică în ipotezele ce le conțin⁷.

Prin urmare, interpretarea unei norme de drept al drepturilor omului presupune trei elemente definitorii:

² Virginie Claude, *L'interprétation consensuelle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Faculté de Droits et des Sciences Economique, Montpellier, 1998, p. 18.

³ Hans Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, Humanitas, București, 2000, p. 404.

⁴ *Ibidem*, p. 408.

⁵ Maria Dvoracek, Gh. Lupu, *Teoria pură a dreptului*, Ed. Fundației Chemarea, Iași, 1996, p. 237.

⁶ *Ibidem*, p. 238.

⁷ Gh. Beleiu, *Drept civil român*, Casa de editură și presă „Şansa”, București, 1995, p. 53.

– interpretarea Convenției Europene a Drepturilor Omului este o etapă a procesului de aplicare a dispozițiilor sale de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului

– conținutul interpretării este tocmai lămurirea sau explicarea sensului voinei redactarilor Convenției exprimate în preambulul textului

– scopul interpretării este corecta încadrare a diferitelor situații de încălcare a unui drept prevăzut de Convenție, în ipoteza dispoziției conventionale, ceea ce asigură justă aplicare a acesteia.

În semnificația originară, cuvântul *metodă* provine din grecescul *methodos* (*odos* = cale, *metha* = spre), ceea ce înseamnă „cale de urmat în vederea atingerii unui scop sau un mod de cercetare”⁸.

Metoda include în structura ei o suită de operații mentale, ordonate într-o anumită logică, fiecărei operații corespunzându-i un procedeu. Aceasta înseamnă că procedeul este o tehnică mai limitată de acțiune; el reprezintă un simplu detaliu, o particularizare sau o componentă a metodei. De aceea, metoda poate fi definită și ca un ansamblu organizat de procedee. A descrie o metodă înseamnă să prezinte această serie de procedee integrate într-un flux unic de acțiune. În consecință, calitatea și eficiența unei metode rezidă în calitatea și eficiența acestor procedee pe care ea le cuprinde⁹.

În domeniul juridic, metoda ar putea fi definită ca ansamblul procedeelor necesare realizării scopului legii, calea de urmat de către organele competente în vederea atingerii obiectivelor stabilite de legiuitor prin redactarea unui text de lege.

Din altă perspectivă, metoda de interpretare poate fi definită și ca „totalitatea procedeelor folosite pentru descoperirea conținutului prevederilor normelor juridice în scopul aplicării lor la cazuri concrete”¹⁰.

Prin coroborarea definițiilor mai sus-prezentate, putem conchide că metodologia de interpretare folosită Curtea Europeană a Drepturilor Omului este compusă din metodele de punere în aplicare dispozițiilor Convenției Europene a Drepturilor Omului cu respectarea dezideratelor ordinii publice europene, dar și a ordinii juridice interne ale statelor contractante.

Cel mai frecvent uzitată metode din domeniul drepturilor omului sunt interpretarea evolutivă sau dinamică, care este opusă metodei istorice din clasificarea clasică a metodelor de interpretare, metoda autonomă care

⁸ I. Cerghit, I.T. Radu, E. Popescu, L. Vlăsceanu, *Didactica*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1992, p. 65.

⁹ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰ Maria Dvoracek, Gh. Lupu, *op.cit.*, p. 244.

coresponde metodei gramaticale, interpretarea consensuală, interpretarea comparativă și marja de apreciere care se circumscriu metodei sistematice.

Metodele de interpretare a Convenției sunt utilizate de instanța de la Strasbourg într-o manieră complementară. Extrem de rar se poate descoperi o singură tehnică de interpretare în aceeași hotărâre. Termenii supuși interpretării sunt numeroși, au un conținut și limite variabile, ceea ce implică aplicarea metodelor combinate. De asemenea, în doctrină se precizează că principiile interpretative trebuie în mod necesar să se bazeze unul pe altul în scopul de a se justifica, deși ele sunt antonimice¹¹.

Încă de la începutul activității sale Curtea a interpretat Convenția într-o manieră mai mult evolutivă sau dinamică decât statică sau istorică. Prin urmare, noțiunilor cuprinse în textul convențional li se dă sensul propriu societăților democratice de astăzi și nu sensul pe care acestea îl aveau în momentul elaborării Convenției. Ilustrativă în acest sens este hotărârea *Tyler contra Marii Britanii* în care Curtea a precizat că textul convențional este „un instrument viu” care trebuie interpretat „într-o astăzi manieră încât să poată fi înțeles de societatea contemporană”.

Adaptarea Convenției la „conceptiile care prevalează astăzi în statele democratice” apare cu atât mai necesară cu cât materia căreia i se circumscrie este cea a drepturilor omului care este un domeniu în care noțiunile au evoluat rapid și constant în ultimele decenii, astfel că termenii generali ai Convenției permit frecvent o modificare fără dificultate a jurisprudenței Curții, calificată drept „evolutivă” și „dinamică”¹².

Interpretarea evolutivă este o metodă care trebuie aplicată cu precauție, limitele care se circumscriu interpretării unui tratat internațional netrebuind să depășească. Există însă situații în care se pare că aceste limite au fost încălcate și s-a ajuns la interpretarea unei politici legislative, atribuție care nu aparține unei instanțe, ci doar legiuitorului.

În cadrul analizei interpretării autonome se impune să se face referire, în primul rând, la noțiunea de „autonomie a conceptelor Convenției”, care are o semnificație proprie sistemului normativ al acesteia, conceptele neputând fi identificate cu concepte omonime din diferite ordini juridice¹³.

¹¹ Virginie Claude, *op.cit.*, p. 51.

¹² Nicolas Valticos, *Interprétation juridique et idéologies*, Mélange en l'honneur de Rolf Ryssdall, p. 1471.

¹³ Walter J. Ganshof van der Meersch, *Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Mélange en l'honneur de G.J.Wiarda, Kolin: Heymann, 1988, 204.

Fiecare concept care este prevăzut într-un acord internațional trebuie să fie considerat în principiu autonom în măsura în care studierea sensului său trebuie să se facă în primul rând în contextul speței și în funcție de obiectul și scopul acordului. Însă folosirea acestui principiu în interpretarea unui termen are drept consecință determinarea conținutului termenului în funcție de elemente corespunzătoare unor surse diferite, între aceste surse aflându-se dreptul internațional general, principiile generale de drept, principiile generale sau concepțele proprii sistemelor de drept naționale ale statelor contractante¹⁴.

Concepțele autonome pe care Curtea le-a stabilit permit, prin urmare, delimitarea unei definiri uniforme a angajamentelor statelor și, în același timp, prezervă egalitatea de tratament a indivizilor și a statelor față de Convenție¹⁵.

Opt concepțe au fost calificate, în mod formal, „autonome” de către instanța de la Strasbourg: „arestare”, „drepturi și obligații civile”, „materie penală”, „mărtori”, „acuzație”, „pedeapsă”, „utilitate publică”, „bunuri”. Această listă a fost completată de doctrină cu alte noțiuni: „viață familială”, „viață privată”, „lege”, „tribunal”.

Prin urmare, interpretarea autonomă este o operație hermeneutică și o metodă apropiată pentru interpretarea unui tratat-lege. Procedând în această manieră, Curtea realizează o armonizare la nivel european a protecției dreptului fundamental garantate prin Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Ca și pentru interpretarea evolutivă, interpretarea autonomă trebuie să fie folosită cu prudență întrucât există riscul de a crea concepe așa zis autonome, dar care să nu corespundă sistemului convenției, iar judecătorul ar putea renunța la atribuția de interpretare a textului convențional și și-ar aroga atribuții de legiuitor¹⁶.

Contra interpretării autonome a termenilor juridici, există situații în care Curtea nu poate să facă abstracție de interpretarea care este dată celororași termeni sau unor termeni analogi în alte instrumente internaționale de organele competente.

Pe de altă parte, apelarea la metoda comparativă nu poate fi decât un mijloc subsidiar de interpretare întrucât fiecare tratat internațional are scopul său și termenii juridici care sunt folosiți în cadrul său trebuie să fie interpretați în primul rând în lumina scopului specific al convenției supuse analizei¹⁷.

O altă metodă este marja de apreciere, care este definită ca „domeniul discrețional lăsat societăților democratice pentru a decide ceea ce este necesar,

¹⁴ Ibidem, p. 206.

¹⁵ Institut de droit européen des droits de l'homme, *Cahiers de l'IDEDH*, Université de Montpellier, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1997, p. 4.

¹⁶ F. Matchester, *Contraintes de l'interprétation de la CEDH*, Bruxelles, Bruylants, 1998, p. 30.

¹⁷ Ibidem, p. 31.

având ca efect limitarea domeniului de control al Curții¹⁸. Aceasta însă nu trebuie niciodată să excludă controlul european, ci trebuie să-și aroge rolul de arbitru între suveranitatea autorităților naționale și misiunea de control a Curții, să asigure un echilibru în repartizarea puterilor între mecanismul de control și autoritatea internă¹⁹.

În consecință, Curtea a asociat, într-o anumită măsură, marja de apreciere pe care a recunoscut-o autorităților naționale fenomenului de dublă competență jurisdicțională, care atribuie în vederea aplicării Convenției, în afara ierarhiei controlului judiciar, competența pentru două ordini de jurisdicție în analizarea aceleiași contestații. Se evidențiază astfel că judecătorul național trebuie să exercite, înaintea Curții, controlul violării denunțate, plângerea nefiind admisibilă decât după ce au fost epuizate toate căile de atac interne²⁰.

În privința evoluției viitoare, marja de apreciere este considerată mijlocul oferit Curții de a concilia în condiții optime elemente, aparent antonime, ale dublei deficiențe cu care se va confrunta din ce în ce mai des în viitor: menținerea unității jurisprudenței și standardelor comune pe care le-a instituit în pofida creșterii numărului de particularități locale²¹.

În ultimul rând, se impune a se preciza că marja de apreciere, fiind un produs jurisprudențial căreia nu i se poate recunoaște o specificitate teoretică și o coerentă caracteristică unei doctrine²², nu este reglementată și aplicată decât într-o manieră echivocă și incoherentă, fapt care a determinat apariția unor critici acerbe în privința sa²³.

Aflându-se la confluența altor metode, interpretarea consensuală constituie un element esențial pentru determinarea marjei de apreciere a statelor, pentru interpretarea evolutivă și, într-o anumită măsură, pentru stabilirea conținutului unui concept autonom.

Apariția acestui tip de interpretare a devenit inevitabilă în măsura în care numeroase clauze fac trimiteri la dreptul național, iar unele concepte sunt împrumutate sistemelor juridice interne. Aceasta impune cu necesitate stabilirea

¹⁸ John Callewaert, *Quel avenir pour la marge d'appréciation*, Mélange en l'honneur de Rol Ryssdall, Bonn, 2000, p. 150.

¹⁹ *Ibidem*, p. 152.

²⁰ Walter J. Ganshof van der Meersch, *op.cit.*, p.210.

²¹ John Callewaert, *op.cit.*, p. 165.

²² Steven Greer, *La marge d'appréciation: Interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la CEDH*, Dossier sur les droits de l'homme, no. 17, Conseil de l'Europe, 2000, p. 35.

²³ F. Matscher, *op.cit.*, p. 37.

unui sens uniform sau convergent pentru ansamblul statelor semnatare, Curții revenindu-i sarcina de a căuta principiile comune în practica statelor²⁴.

Începând cu 1975, interpretarea consensuală a fost aplicată în mod regulat de către Curte de-a lungul jurisprudenței sale. Spre exemplu, în hotărârea *Wemhoff* se face referire, vis-à-vis de interpretarea art. 5 și a noțiunii de „privare de libertate după condamnare”, la practica care constă în arestarea persoanelor condamnate aflate în libertatea la judecarea unor căi de control judiciar, practică care este întâlnită în *numeroase state contractante*.

Recente hotărâri menționează, ca și hotărârea *Stubblings* din 1996, că „termenele de prescripție în cazuri în care s-a adus atingere integrității unei persoane au același caracteristice în *sistemele juridice ale statelor contractante*” sau că „termenul de prescripție se calculează, în *numeroase state*, începând cu data în care apare motivul pentru a acționa, în timp ce, în altele, acesta începe în momentul în care reclamantul cunoaște faptele”²⁵.

Deși rar, interpretarea consensuală este asociată interpretării autonome. Această asociere este acceptată când Curtea urmărește să evidențieze autonomia unui termen și este desfăcută cu timpul când autonomia este acceptată²⁶.

În privința raporturilor dintre interpretarea evolutivă și cea consensuală, doctrina susține că prima metodă implică pe cea de-a doua, nu și invers, dovedă că instanța de la Strasbourg, analizând comparativ ordinele juridice interne, semnalează progresul tehnic și evoluția societății, a moravurilor, a sistemelor de drept naționale, în dorința ca textul conventional european, care este un „instrument viu”, să interpreteze „în lumina condițiilor actuale”.

Astfel, se pare că interpretarea consensuală este o metodă care este sursa creării interpretării evolutive. În toate cazurile, ele intervin pentru aceleași noțiuni, însă interpretarea consensuală are un domeniu de aplicare mai larg. Interpretarea evolutivă poate pune în evidență la fel de bine existența unei evoluții după exemplul interpretării consensuale care relevă prezența sau nu a unei convergențe de opinii ale statelor²⁷.

Prin participarea la aplicarea altor metode de interpretare, interpretarea consensuală apare ca un instrument indispensabil al Curții, este utilizată în numeroase domenii și în modalități diverse. Nu este întotdeauna o metodă privilegiată în demersurile Curții, căci, spre exemplu, pentru concepțele autonome este un mijloc complementar. Însă, prin frecvența sa aplicare și prin

²⁴ Virginie Claude, *op.cit.*, p.21.

²⁵ *Ibidem*, p. 26.

²⁶ *Ibidem*, . 54.

²⁷ F. Matchester, *op.cit.*, p. 46.

calitatea de susținător al altor metode, ea ocupă un loc central în ansamblul metodelor.

Interpretarea CEDO a avut drept consecință constituirea unor principii jurisprudențiale. Acestea se doresc a fi propuneri care se desprind din ansamblul sistemului convențional și considerate ca reguli pe care statele contractante nu doar nu pot să le ignore, dar trebuie să le respecte. Aceste principii, de fapt, evidențiază angajamentele rezultante din CEDO pe care statele semnatare trebuie să și le asume.

În funcție de importanța lor, se impun a fi examineate doar două principii: principiul obligațiilor pozitive și principiul proporționalității.

Principiul obligațiilor pozitive nu este un principiu care se afiliază concepției tradiționaliste care este construită pe obligația negativă a puterilor publice.

Conform unei opinii, obligațiile pozitive pot fi organizate și în următoarele două categorii: obligații pozitive intrinseci Convenției și obligații care reglementează relațiile individuale.

Conform jurisprudenței europene, în cadrul primei categorii pot fi incluse obligații inerente, obligațiile implicate și cele necesare²⁸.

În categoria obligațiilor inerente prevăzute de Convenție se află și obligația statului de a respecta viața familială. Această obligație poate fi coroborată cu angajamentul de a asigura un drept efectiv de acces la justiție: în cazul în care dreptul național acordă soților în anumite situații dreptul de a solicita judecarea partajului bunurilor, respectarea vietii private și familiale impune statului obligația de a pune la dispoziția oricărei părți mijlocul de realizare a acesteia.

Obligațiile implicate sunt cele care impun statelor obligația de a aciona evitând consecințele unui act potențial contrar exigențelor Convenției. Deși articolul 3 nu menționează, Curtea a stabilit în hotărârea *Soering* o obligație de a nu extrăda o persoană în cazul în care acesta riscă să fie supusă în statul de destinație pedepse și tratamente inumane sau degradante.

Cel de-al treilea tip de obligații, obligațiile necesare, este constituit de măsuri ce trebuie să fie luate de state pentru a pune în aplicare drepturi individuale, chiar în domenii pe care Convenția nu le acoperă, cum este mediul ambiant în cazurile *Lopez contra Spaniei* sau *Guerra s.a. contra Italiei*. Nefiind în sine un mijloc de concretizare a drepturilor convenționale, acest tip de obligații reprezintă totuși o condiție indispensabilă de a garanta în mod efectiv drepturile convenționale.

²⁸ Liu Wei, *Les méthodes d'interprétation dynamique de la CEDH utilisée par la CUEDH*, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2000, p. 142.

Fie că se referă la obligații inerente, fie la obligații implicate ori necesare, principiul obligațiilor pozitive este un instrument important în asigurarea eficacității sistemului convențional²⁹.

Principiul proporționalității reglează raportul dintre scopul vizat și mijlocul angajat pentru a se atinge acest scop. Însă, nu se poate apela la orice mijloc; acesta trebuie să îndeplinească condiții de necesitate, proporționalitate, apropiere, interesul general ce motivează acțiunea etatică netrebuieind să încalce libertatea unei persoane fizice³⁰.

În cadrul *cauzei lingvistice belgiene*, Curtea precizează că textul convențional implică „un just echilibru între protejarea interesului general al comunității și respectul drepturilor fundamentale ale omului, o valoare deosebită având cele din urmă”. Prin urmare, judecătorii de la Strasbourg, punând în balanța cele două categorii de interes, acordă întâietate interesul individual, care echivalează cu stabilirea unui echilibru în beneficiul dreptului convențional văzut în lumina finalităților Convenției.

Acțiunile statului pot să vizeze în numele interesului general restrângerea drepturilor individuale, cu excepția drepturilor intangibile enumărate de art. 15. Această restricție trebuie totuși să respecte condițiile prealabile ce se referă la raportul de proporționalitate între mijloacele folosite și scopul vizat.

Condiția de „necesitate” este prevăzută în paragraful 2 al art. 8-11 și presupune ca orice ingerință adusă unui drept trebuie să fie prevăzută de lege și trebuie să fie indispensabilă într-o societate democratică.

Constituind baza principiului proporționalității, criteriul de „necesitate” are o semnificație specială: el vizează o „nevoie socială imperioasă” care să constituie izvorul ingerinței, iar motivele ingerinței trebuie să fie „pertinente și suficiente”. Pentru înțelegere mai adecvată a rolului acestui criteriu se impune analiza conceptului de „nevoie socială imperioasă” și a calificărilor „pertinent și suficient”³¹.

Această „nevoie” este percepță ca o necesitate absolută în numele interesului general. Pentru ca statele să intervină asupra deplinătății exercitării acestor drepturi, trebuie să dovedească cerința absolută impusă de viața socială. Dacă nu este indispensabilă, de exemplu menținerii ordinii publice, ingerința este disproportională în raport cu dezordinea care s-ar putea produce.

Semnificând raportarea exactă la fondul unei cauze sau chestiuni, respectiv la o cantitate solicitată, exigența referitoare la „pertinență” și „suficiență” motivării adoptării măsurilor restrictive a drepturilor individuale nu se distinge radical de

²⁹ Ibidem, p. 145.

³⁰ Ibidem, p. 147.

³¹ Ibidem, p. 153.

cea a nevoii sociale absolute; aceasta este considerată ca baza acestor măsuri, astfel încât motivele „pertinente” și „suficiente” privind aceste elemente să explice adoptarea lor. Controlul acestor motive presupune verificarea actelor juridice care conțin unul sau mai multe motive care să justifice obiectul și scopul urmărite.

În ceea ce privește raportul dintre condițiile de „pertinență” și „suficiență”, se impune să se precizeze că acestea sunt condiții cumulative și nu alternative, adică autoritățile publice trebuie să se prevaleze de motive care să fie în același timp și „pertinente și suficiente”.

Consecință a interpretării dinamice, care este produsul jurisprudenței Curții, principiul proporționalității a devenit un mijloc eficace de control al conformității comportamentelor statelor părți la Convenție. În cadrul acestui control nu este este suficient ca măsurile să fie adoptate conform legii și interesului general, că trebuie ca acest interes să le justifice într-o manieră cât mai convingătoare. Puterea discreționară a statului nu poate fi utilizată decât în măsura respectării acestui principiu. Mai mult, statul trebuie să prezinte probe care să dovedească că nu puteau fi luate alte măsuri decât cele care au fost adoptate potrivit scopului vizat³².

Ca și concluzie finală, se poate afirma că instanța de la Strasbourg, prin hotărârile sale, respectând cerințe de actualitate, universalitate și subsidiaritate, cărora le corespund tehnici proprii de interpretare, dar și folosind o metodă mai mult inductivă, caracteristică *common law*, întrucât ea examinează o speță apelând la procedee mai mult sau mai puțin pertinente, a dat substanță și a completat dispozițiile echivoce și imprecise ale Convenției Europene a Drepturilor Omului și Protoocoalelor sale, chiar dacă jurisprudența Curții Euroepene a Drepturilor Omului este în mod esențial cazuistică și hotărârile sale conțin rar enunțări susceptibile unei acceptări mai largi.

Considérations à l'égard de la méthodologie d'interprétation de la Convention européenne de Droits de l'Homme

— Résumé —

A la différence de ce qui vaut pour d'autres instruments nationaux et internationaux pour la protection des droits de l'homme, la Convention Européenne des Droits de l'Homme ne se limite pas à dresser un catalogue des droits de l'homme, que les Etats contractants s'engagent, en vertu de son article 1er, à assurer à toute personne relevant de leur jurisdiction. Elle a également établi aussi un mécanisme de contrôle accessible à

³² *Ibidem*, p. 163.

toute personne qui se prétend laisse dans un des droits protégés. A cet effet, elle prévoit un organe spécial: la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

En interprétant la Convention, la Cour suit une méthode plutôt inductive, caractéristique du commun law; en effet, elle examine le cas d'espèce, en s'appuyant sur des précédents plus ou moins pertinents et, en procédant de cette manière, elle élabore sa jurisprudence.

Les principaux méthodes d'interprétation de la Convention sont l'interprétation évolutive, l'interprétation autonome, l'interprétation comparative et la merge d'appréciation; les principes interprétatifs qui sont les plus utilisés par la Cour sont le principe des obligations positives des Etats et le principe de la proportionnalité.



PROTECȚIA DREPTULUI LA VIAȚĂ ÎN CONTEXTUL REPRIMĂRII TERORISMULUI

FLORIN DORIAN DĂSCĂLESCU

1. Preliminarii: dreptul la viață și intensificarea luptei împotriva terorismului

Dreptul la viață constituie un principiu esențial, deoarece reprezintă condiția indispensabilă de a exercita celelalte drepturi garantate de Convenția Europeană a Drepturilor Omului¹. Acest drept este prevăzut în articolul 2 al Convenției, care stipulează:

1. Dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege. Moartea nu poate fi cauzată cuiva în mod intenționat, decât în executarea unei sentințe capitale pronunțate de un tribunal în cazul în care infracțiunea este sancționată cu această pedeapsă prin lege.

2. Moartea nu este considerată ca fiind cauzată prin încălcarea acestui articol în cazurile în care aceasta ar rezulta dintr-o recurgere absolut necesară la forță:

- a. pentru a asigura apărarea oricărei persoane împotriva violenței ilegale;*
- b. pentru a efectua o arestare legală sau pentru a împiedica evadarea unei persoane legal deținute;*
- c. pentru a reprima, conform legii, tulburări violente sau o insurecție.*

Pozitia Curții Europene a Drepturilor Omului în legătură cu acest drept este clară: „Articolul 2 garantează nu numai dreptul la viață, dar prezintă și circumstanțele în care poate fi justificată moartea unei persoane; el se numără printre prevederile primordiale ale Convenției, de la care nu se admite nici o derogare pe timp de pace, în virtutea art. 15. Coroborat cu articolul 3 al Convenției, el consacră una din valorile fundamentale ale societăților

¹ Publicată în A. Năstase, B. Aurescu, *Drept Internațional contemporan – Texte esențiale*, Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2000, p. 293 și urm.

democratice care formează Consiliul Europei. Aceste dispoziții sunt de strictă interpretare.”²

O problemă intens dezbatută în contextul politic internațional actual este cea a terorismului și a necesității combaterii sale. În jurisprudență Curții de la Strasbourg problema a fost ridicată ca o contradicție între necesitatea luptei împotriva terorismului prin mijloace care uneori reclamă și uciderea persoanelor făcând parte din astfel de grupări și dreptul la viață. Aceste circumstanțe excepționale, în care primează imperativele de securitate, conduc la ideea că drepturile omului, inclusiv dreptul la viață trebuie supuse anumitor limitări, problema care se pune fiind până unde se pot întinde acestea.

2. Limitările legale aduse dreptului la viață prin Convenția Europeană a Drepturilor Omului

Evocarea termenului de „limitări” poate părea paradoxală – având în vedere că dreptul la viață face parte din categoria drepturilor intangibile. În realitate, paradoxul este doar aparent, pentru că absolutismul „nucleului dur” al drepturilor omului nu înlătură un anumit realism, care, fără a accepta veritabile excepții la acest principiu, permite totuși o anumită suplețe și deci anumite temperamente³. Astfel, în ciuda importanței sale, dreptul la viață cunoaște limitări, prevăzute de articolul 2 și respectiv de articolul 15 din Convenția europeană a drepturilor omului. În articolul 15, purtând denumirea marginală „Derogarea în caz de stare de urgență”, se precizează în alineatul întâi că: „în caz de război sau alt pericol public amenințând existența națiunii, orice Înaltă Parte Contractantă poate lua măsuri care să deroge de la obligațiile prevăzute de prezenta Convenție, în măsura strictă în care situația o cere și cu condiția ca aceste măsuri să nu fie în contradicție cu alte obligații care decurg din dreptul internațional”.

Această clauză derogatorie generală are o aplicare foarte largă, ea poate să privească toate obligațiile prevăzute de CEDO, cu excepția drepturilor intangibile – „nucleul dur” al drepturilor omului fiind în continuare protejat.

Astfel, alineatul al doilea stipulează: „Dispoziția precedentă nu autorizează nici o derogare de la articolul 2 – cu excepția cazului de deces rezultat din acte licite de război – și nici de la articolele 3, 4 (paragraful 1) și 7”. Se poate

² Extras din decizia Curții în cazul McCann și alții contra Regatului Unit din 27 septembrie 1995, M. De Salvia, *Compendium de la CEDH: les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, Engel, Strasbourg, 1998, p. 31.

³ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., 3e éd, Paris, 2002, pag. 88.

remarca că excepția de la alineatul al doilea autorizează „cazurile de deces rezultate din acte licite de război”, considerând că ele nu constituie o atingere adusă dreptului la viață, dispoziția fiind în corelație și cu prevederile cuprinse în dreptul internațional umanitar.

Articolul 2 prevede patru ipoteze – de strictă interpretare – în care statul poate aduce atingere dreptului la viață. Cele care ne interesează în principal sunt cea din paragraful întâi, teza a doua și cele din paragraful 2, lit. a și lit. b. Prima ipoteză ar putea oferi suportul legal pentru aplicarea pedepsei capitale unei persoane vinovate de activități teroriste, iar următoarele două ar putea justifica în anumite condiții strict definite omorârea unui terorist care săvârșește acte de violență grave împotriva altor persoane sau a agenților de ordine, care se opune arestării sau care încearcă să evadeze.

Prima dintre ipotezele amintite se referă la pedeapsa cu moartea și e prevăzută de alineatul întâi, teza a doua: „moartea nu poate fi cauzată cuiva intenționat, decât în executarea unei sentințe capitale pronunțate de un tribunal, în cazul în care infracțiunea este sancționată cu această pedeapsă prin lege”. Neinterzicerea pedepsei cu moartea în versiunea originală a Convenției se explică prin faptul că în 1950 majoritatea statelor semnătare aplicau această pedeapsă, o interzicere la momentul respectiv ar fi fost un obstacol în calea adoptării textului Convenției europene a drepturilor omului.

Evoluțiile ulterioare au făcut ca în anul 1983 să fie adoptat Protocolul adițional nr. 6⁴, prin care pedeapsa cu moartea este abolită pe timp de pace. Articolul 1 al acestui Protocol stipulează: „Pedeapsa cu moartea este abolită. Nimeni nu poate fi condamnat la o asemenea pedeapsă și nici executat”. Această interdicție nu se aplică decât pe timp de pace, statele putând să recurgă în continuare la această pedeapsă pe timp de război sau de pericol iminent de război, cu condiția ca ea să fie prevăzută de legislație și ca această dispoziție să fie comunicată Secretariatului general al Consiliului Europei.

În plus, trebuie remarcat că, până în anul 2001, Protocolul nr. 6 nu fusese semnat de toate statele care aderaseră la Convenție, de exemplu: Albania, Bulgaria, Cipru, Macedonia, Polonia. Ceea ce pare mai surprinzător este faptul că nici Marea Britanie, unul dintre statele fondatoare ale Consiliului Europei, nu a ratificat acest Protocol.

La 3 mai 2002, la Vilnius, a fost semnat Protocolul adițional nr. 13 privind abolirea pedepsei cu moartea în orice circumstanțe, protocol ce a intrat în vigoare în anul 2003. După ce Preambulul Protocolului nr. 13 amintește că

⁴ A. Năstase, B. Aurescu, *op.cit.*, p. 305.

„abolirea pedepsei cu moartea este esențială pentru protecția dreptului la viață și pentru recunoașterea demnității umane inerente tuturor ființelor umane”, articolul 1 precizează: „Pedeapsa cu moartea este abolită. Nimeni nu poate fi condamnat la o asemenea pedeapsă, nici executat”.

Celelalte trei ipoteze sunt enunțate de articolul 2, alineatul al doilea, referindu-se la recursarea absolut necesară la forță pentru a asigura apărarea oricărei persoane împotriva violenței ilegale, pentru a efectua o arestare legală sau pentru a împiedica evadarea unei persoane legal deținute și pentru a reprimă, conform legii, tulburări violente sau o insurecție.

Cele trei excepții amintite sunt precise. În primul rând, necesitatea de a asigura apărarea unei persoane contra violenței ilegale este o aplicare a principiului legitimei apărări. De aici rezultă că, în conformitate cu regulile clasice ale justificării penale, trebuie să existe un atac imediat, direct și injust care să pună în pericol grav o persoană, iar apărarea trebuie să fie strict proporțională cu atacul. Există însă și o importantă diferență față de dreptul penal intern: faptul că legitima apărare prevăzută de articolul 2 al CEDO se aplică numai în scopul protecției persoanelor – fiind exclusă protecția bunurilor⁵ (de exemplu, Codul Penal român (art. 44) include la cauzele legitimei apărări și atacul împotriva drepturilor persoanelor fizice și interesului public, ceea ce implică și o protecție a bunurilor, respectiv a avutului public).

În al doilea rând, necesitatea efectuării unei arestări sau de a împiedica evadarea unei persoane din starea legală de reținere sau deținere reprezentă un fapt justificativ pentru încălcarea dreptului la viață, dar numai dacă aceste acte sunt „absolut necesare”. Restricția amintită se bucură de o atenție sporită din partea Curții de la Strasbourg, care a considerat în mai multe rânduri că această este de strictă interpretare, ca în cazurile McCann contra Marii Britanii⁶, Gülec contra Turciei⁷. „Recursul la forță din partea agenților statului pentru a atinge unul din obiectivele enunțate în paragraful 2 al articolului 2 din Convenție poate fi justificat dacă este fondat o convingere onestă considerată, în virtutea unor motive serioase, ca valabilă în momentul producerii evenimentelor, dar care se dovedește ulterior a fi eronată”⁸.

În sfârșit, ultima ipoteză se referă la reprimarea unor tulburări violente sau a unei insurecții. În această privință, problema care se pune este cea a gravitației

⁵ J.-F. Renucci, *op.cit.*, p. 90.

⁶ Site-ul Curții Europene a Drepturilor Omului, <http://www.echr.coe.int>.

⁷ *Ibidem*.

⁸ M. De Salvia, *op.cit.*, p. 33.

situației și a estimării pericolului real pe care îl reprezintă mișcarea respectivă. Fosta Comisie s-a pronunțat în această privință în plângerea formulată de Irlanda contra Marii Britanii, concluzionând că instrucțiunile date de autoritățile britanice forțelor lor armate din Irlanda de Nord au fost compatibile cu dispozițiile Convenției.

Cele trei ipoteze din articolul 2, alineatul al doilea, sunt condiționate de o cerință specială: trebuie să fie vorba de un recurs la forță „absolut necesar”. Aceasta înseamnă, pe de o parte, că toate celelalte mijloace disponibile să fie în prealabil epuizate. Pe de altă parte, fosta Comisie Europeană a Dreptului Omului a precizat că forța folosită trebuie să fie strict proporțională cu realizarea scopului autorizat⁹.

Folosirea termenilor „absolut necesar” care figurează în articolul 2, alineatul al doilea, indică faptul că trebuie aplicat un criteriu de necesitate mai strict și imperios ca cel folosit în mod obișnuit pentru a determina dacă intervenția statului este „necesară într-o societate democratică” – criteriu utilizat în articolele 8 (respectul vieții private și familiale), 9 (libertatea de gândire, conștiință și religie), 10 (libertatea de expresie), 11 (libertatea de reuniune și asociere) din Convenție.

Această interpretare evidențiază și o modalitate de distincție între drepturile intangibile (care cunosc limitări stricte și bine definite) și drepturile condiționale (care permit o ingerință a statului în anumite împrejurări cadru: măsuri care, într-o societate democratică, sun necesare securității naționale, siguranței publice, prosperității economice a țării, apărării ordinii și prevenirii infracțiunilor, protejării sănătății sau a moralei publice sau protecția drepturilor și libertăților cetățenilor).

Din enunțarea acestor limitări ale dreptului la viață rezultă că recursul la forță din partea agenților de ordine, care poate duce la moartea unei persoane, trebuie să fie în fiecare caz „absolut necesar”. Aceste restricții în utilizarea forței – chiar și în lupta împotriva teroriștilor – apar ca fiind logice, dreptul la viață fiind considerat un drept intangibil. Judecătorii europeni trebuie să ia în calcul în vederea aprecierii unui eventual abuz nu numai actele agenților statului, ci și măsurile luate pentru organizarea și controlul unei operațiuni de o asemenea importanță. Dacă aceste ultime exigențe nu sunt îndeplinite sau sunt insuficiente, se consideră că are loc o violare a articolului 2, chiar dacă actele de violență s-au dovedit justificate. Este cazul încălcării constatațe în litigiul McCann și alții

⁹ J.-F. Renucci, *op.cit.*, p. 91.

contra Regatului Unit¹⁰ (Hotărârea Curții din 27 septembrie 1995), pe care îl vom prezenta în sub-secțiunea 3.1.

Aprecierea proporționalității actelor de violență comise în vederea combaterii terorismului rămâne un aspect delicat și dificil de tranșat, implicațiile politice fiind de o deosebită importanță. Astfel, relativitatea aprecierilor făcute în cazul McCann a fost confirmată de concluzia opusă la care a ajuns Curtea într-un alt litigiu: Andronicou și Constantinou contra Ciprului (analizat în subsecțiunea 3.2.). În această decizie, Curtea a afirmat că nu a fost vorba de o încălcare a dreptului la viață, respingând pretențiile reclamaților.

3. Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în domeniul reprimării terorismului

3.1. Cazul McCann, Farrell și Savage contra Marii Britanii

3.1.1. Împrejurările

Înainte de 4 martie 1988, autoritățile britanice, spaniole și cele din Gibraltar află că Armata Republicană Irlandeză (IRA) pregătește un atac terorist în Gibraltar. Atentatul urma să fie realizat cu ajutorul unui automobil capcană, a cărui explozie să fie declanșată de la distanță prin telecomandă.

Unitatea implicată din serviciul activ al Armatei Republicane Irlandeze era compusă din trei teroriști: Daniel McCann, Sean Savage și Mairead Farrell – toți trei fiind cunoscuți ca fiind periculoși și având deja la activ și alte acțiuni de acest gen (Mairead Farrell participase la mai multe atacuri IRA, fiind condamnată la 14 ani închisoare, McCann ispășise o pedeapsă de 2 ani pentru deținere de materiale explozive, iar Sean Savage era cunoscut ca fiind expert în fabricarea bombelor).

Cei trei suspecți trec din Spania în Gibraltar, iar unul dintre ei – Sean Savage – este observat în după amiaza zilei de 6 martie 1988 în timp ce parca o mașină, calificată după un examen sumar de către un expert al regimentului armatei britanice SAS (Special Air Service) ca fiind „suspectă de a fi un automobil capcană”. În concluzie, se hotărăște arestarea celor trei suspecți, misiunea fiind încredințată agenților SAS în civil.

Dl McCann și dra Farrell au fost urmăriți de doi militari. În momentul când agenții SAS se pregătesc să-i aresteze, McCann se întoarce, iar Mairead Farrell face o mișcare bruscă spre geanta sa. Temându-se că ar putea fi vorba de

¹⁰ Site-ul Curții Europene a Drepturilor Omului, <http://www.echr.coe.int>

acționarea unei telecomenzi pentru a face să explodeze automobilul capcană, militarii trag numeroase focuri de aproape, omorându-i pe cei doi suspecți.

Dl Savage, la rândul său, este urmărit de alți doi agenți SAS. Alertat de zgromotul împușcăturilor, el se întoarce brusc pentru a putea face față urmăritorilor. Unul dintre aceștia îi ordonă să se opreasca și să scoată arma. Suspectul duce mâna către șold, însă, alarmați de mișcarea sa, agenții SAS deschid focul de la mică distanță, omorându-l. Raportul medicilor legiști confirmă că dra Farell a primit 8 gloanțe, dl McCann 5 și dl Savage 16.

Asupra corpurilor celor trei suspecți nu s-au găsit nici arme și nici un detonator. Automobilul parcat de Dl. Savage nu conținea nici material explozibil și nici dispozitive explozive. Totuși, un alt vehicul, descoperit ulterior de către poliția spaniolă la Marbella, conținea un aparat exploziv cu 64 kg Semtex, două sute de cartușe și două ceasuri electrice minutare. Automobilul fusese închiriat anterior de dna Farell sub nume fals¹¹.

3.1.2. Ancheta internă

La 10 septembrie 1988 Șeful Poliției Judiciare din Gibraltar deschide o anchetă judiciară pentru a lămuri împrejurările în care fuseseră omorâți cei trei teroriști. Sunt audiați 79 de martori, inclusiv militarii, polițiștii și personalul de supraveghere care participaseră la acțiune, precum și doctori patologi, medici legiști și experți în explozivi. În conformitate cu directivele date de guvernul englez, unele informații, cum ar fi identitatea, antrenarea, pregătirea, echipamentul și activitățile martorilor care erau membrii ai armatei sau ai serviciilor de siguranță, nu au fost dezvăluite. La 30 septembrie 1988, juriul format din membri ai poliției locale pronunță verdicte de legalitate a omociderilor.

Nemulțumiți de această decizie, rudele celor decedați: dna Margaret McCann, dl Daniel Farrell și dl John Savage introduc acțiuni contra Ministrului Apărării al Marii Britanii la „High Court of Justice” din Irlanda de Nord.

Ministrul Afacerilor Externe eliberează atestări care exclud orice acțiune a unei instanțe contra studiului. Petiționarii cer în van autorizarea de a solicita controlul judiciar al legalității atestărilor amintite, considerându-se că nu ar fi existat nici o șansă rezonabilă de reușită. Acțiunile celor trei sunt radiate definitiv de pe rol pe data de 4 octombrie 1991.

¹¹ V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4e éd, Ed. Sirey, Paris, 2000, p:7 și urm.

3.1.3. Hotărârea Curții europene a drepturilor omului

În cererea lor, din 14 august 1991, adresată Comisiei europene a drepturilor omului, petiționarii reclamă faptul că moartea prin împușcare a ruedelor lor constituie o violare a articolului 2 din Convenție.

Comisia reține cererea ca fiind admisibilă, însă formulează avizul unei neîncălcări a dreptului la viață prevăzut în art. 2 (11 voturi pentru, 6 împotrivă). Cazul este transmis Curții europene a drepturilor omului, care în Marea Cameră de 19 judecători statuează prin intermediul dezbatelor publice contradictorii, la care iau parte: un agent al Guvernului, avocații reclamanților și un delegat al Comisiei. În plus, este acordată autorizația de a prezenta observații și concluzii scrise asupra cazului unor organizații non-guvernamentale, cum ar fi Amnesty International.

Hotărârea dată de Marea Cameră la 27 septembrie 1995 stabilește violarea de către Marea Britanie a dreptului la viață prevăzut în articolul 2 al Convenției Europene a Drepturilor Omului (zece contra nouă). Curtea începe cu o interpretare a art. 2 din Convenție – dispoziție primordială în ansamblul acestui document. Chestiunile de interpretare au vizat în principal ipotezele din alineatul 2 al acestui articol (studiate în secțiunea a doua a acestui capitol), mai exact punctele a și b, dar au fost ridicate și alte probleme.

Astfel, s-a invocat faptul că normele Constituției Gibraltarului (teritoriu britanic) nu ar proteja suficient dreptul la viață. Asupra acestui aspect, Curtea a arătat că art. 2 din Constituția Gibraltarului se asemănă cu art. 2 din CEDO, cu precizarea că recurgerea la forță ar trebui să fie „rezonabil justificată” conform primului text și „absolut necesară” conform celui de al doilea. Curtea a afirmat că diferența între aceste două norme nu este totuși suficient de importantă pentru a reprezenta o încălcare a art. 2 din CEDO.

Petiționarii au mai susținut că ancheta judiciară a Poliției din Gibraltar s-a dovedit insuficientă – considerând că anumite aspecte nu au fost analizate detaliat, ancheta neatingându-și obiectivele. Curtea de Justiție de la Strasbourg respinge și această ipoteză, afirmând că unele carențe înregistrate în privința anchetei n-au împiedicat în mod serios examinarea completă, imparțială și aprofundată a cauzei. Ca urmare, nu a existat o încălcare a art. 2, al. 1 din CEDO pentru acest motiv.

Curtea a respins ca nefondată și alegația reclamanților conform căreia omuciderile au fost premeditate de autoritățile britanice. Nu s-a stabilit că, la cel mai înalt nivel al Comandamentului din Cadrul Ministerului Apărării sau al guvernului britanic, ar fi existat un plan care să vizeze executarea celor trei

teroriști, nici că militarii participanți la operațiune au fost incitați de către superiorii lor să omoare suspecții sau că au hotărât ei însăși să-i elimine. Doar recurgerea la unitatea SAS a armatei britanice – pregătită în special pentru combaterea terorismului – nu dovedește că omuciderile erau premeditate.

În ceea ce privește actele celor patru militari – ținând cont de informațiile primite – Curtea a admis că aceștia erau încredințați că trebuie să-i neutralizeze pe suspecți pentru a-i împiedica să declanșeze bomba și să prevină astfel importante pierderi de vieți omenești. Din acest punct de vedere, Curtea de la Strasbourg precizează: „Recursul la forță al agenților statului pentru atingerea unuia dintre obiectivele anunțate la paragraful 2 al articolului 2 din Convenție se poate justifica, în lumina acestor dispoziții, numai dacă a fost fondat pe o convingere onestă, considerată pentru motive întemeiate ca fiind valabilă la vremea respectivă, dar care se dovedește apoi eronată”.

Cele mai aprinse controverse s-au înregistrat în analizarea de către Curte a pregăririi, organizării și controlului operațiunii anti-teroriste, pentru a determina dacă autoritățile britanice au luat în considerare dreptul la viață al celor trei membrii ai IRA și pentru a verifica dacă într-adevăr s-a încercat ca atingerile acestui drept să fie minime.

Curtea a criticat în principal trei aspecte, acestea conducând în final la concluzia violării de către autoritățile britanice a dreptului la viață a celor trei suspecți.

În primul rând, referitor la organizarea și controlul operațiunii, Curtea s-a întrebat de ce suspecții nu au fost arestați la frontieră și nu s-a hotărât împiedicarea intrării lor în Gibraltar, din moment ce ei fuseseră reperați și se credea că pregătesc un atentat cu bombă.

În al doilea rând, Curtea a deplâns absența unor informații precise, concretizate prin: excesul de încredere al autorităților în calitatea serviciilor de informații, neluarea în considerare a unei marje de eroare, neglijarea unor ipoteze plauzibile, ca aceea a unei misiuni de recunoaștere, și prin faptul că era prea simplist să anunță că dispozitivul de declanșare a bombei putea fi acționat printr-o simplă apăsare pe buton.

În al treilea rând, Curtea a condamnat faptul că militarii participanți le-au fost prezentate drept certitudini o serie de ipoteze de lucru, făcând astfel inevitabilă recurgerea la mijloacele mortale. Datorită specificului misiunilor, militarii au fost antrenați să tragă ca să provoace moartea. Autoritățile britanice trebuia, prin urmare, prin însăși obligația lor de a respecta dreptul fundamental la

viață, să evalueze cu cea mai mare prudență informațiile înainte de a le transmite unor soldați care folosesc în mod automat armele pentru a ucide.

Lipsa de precauție ce a caracterizat organizarea operațiunii de arestare a suspecților a făcut ca uciderea acestora să fie aproape inevitabilă.

În consecință, Curtea a concluzionat că moartea celor trei teroriști nu e rezultatul unui „recurs absolut necesar la forță pentru a asigura protecția persoanelor împotriva violenței ilegale”, ci constituie o violare a art. 2 al Convenției.

Totuși, Curtea a refuzat să acorde o despăgubire, în baza art. 50 al CEDO, deoarece s-a dovedit că în fapt cei trei suspecți plănuiseră un atentat criminal în Gibraltar. Prin urmare, ea a respins cererea petiționarilor pentru daune (în unanimitate).

Decizia luată în cazul McCann, Farell și Savage contra Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord constituie una dintre hotărârile judecătorești cele mai bine fondate și mai inovatoare ale organelor jurisdicționale ale Consiliului Europei. Ea marchează importanța acordată libertăților fundamentale ale oricărei persoane umane, chiar și a unui terorist periculos, afirmând pentru prima oară dreptul la viață al inamicilor publici¹².

3.2. Cazul Andronicou și Constantinou contra Ciprului

Dubla omucidere a unui cuplu de tineri logodniți de către forțele de ordine cipriote a ridicat pentru a doua oară în fața Curții problema limitărilor aduse dreptului la viață. Hotărârea Andronicou și Constantinou contra Ciprului¹³ din 9 octombrie 1997 se reclamă a fi în concordanță cu principiile enunțate în cazul McCann, Farell și Savage c. Marii Britanii, dar duce la o constatare diametral opusă în ceea ce privește responsabilitatea autorităților naționale implicate.

3.2.1. Împrejurările

Lefteris Andronicou (33 ani, divorțat și tată a doi copii) o întâlnește pe Elsie Constantinou (22 ani, celibatară) în luna august 1993. Cei doi tineri locuiesc împreună în orașul Paphos din Cipru și se logodesc în luna decembrie a aceluiași an. În dimineața zilei de 24 decembrie 1993 vecinii aud țipete de femeie provenind din apartamentul lui Lefteris Andronicou, fiind chemați tatăl lui Elsie Constantinou și proprietarul imobilului.

¹² A. Reiter-Korkmaz, *Droit à la vie et répression du terrorisme*, în „Revue trimestrielle des droits de l'homme” (RTDH), numărul 25, 1996, p. 270.

¹³ Culegere de jurisprudență *Recueil des arrêts et decisions*, Ed. Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1997 – volumul VI; textul hotărârii e disponibil și pe Internet, pe Site-ul Curții Europene a drepturilor omului, <http://www.echr.coe.int>.

Este anunțată și poliția din Paphos, directorul adjunct al serviciului de anchete criminale ajunge la fața locului și încearcă să-l convingă pe Lefteris Andronicou să-și elibereze logodnica, dar este amenințat cu o pușcă de vânătoare.

Lefteris Andronicou cere în mai multe rânduri ca poliția să se retragă, acest lucru fiind făcut și de părinții lui Elsie Constantinou – dorind să fie lăsați să regleze situația în familie. Forțele de ordine nu iau în considerare această variantă, fiind însă începute pregătirile pentru o operațiune de salvare în forță.

În acest scop, șeful poliției cheamă o unitate MMAD, forțele speciale de intervenție ale poliției, antrenate special pentru operațiuni de război sau luptă împotriva terorismului. Datorită eșecului negocierilor, cu puțin înainte de miezul nopții, patru agenți forțează ușa apartamentului și pătrund în încăperea unde Tânărul își ținea logodnica ostatică. Un agent este rănit la umărul drept de Lefteris Andronicou, sunt angajate schimburi de focuri în urma căroră atât Tânărul cipriot, cât și logodnica sa, folosită drept scut în fața gloanțelor, sunt omorâți.

3.2.2. Ancheta internă

Familiiile celor doi tineri cer deschiderea unei anchete judiciare. La rândul său, Consiliul de miniștri îl însarcinează pe președintele Curții Supreme cipriote, judecător la Curtea europeană a drepturilor omului, să procedeze la o anchetă exhaustivă asupra circumstanțelor care au condus la moartea celor doi logodnici din Paphos.

Ancheta internă a autorităților cipriote legitimează acțiunea eșuată de salvare, concluzionând că recursul la forță a fost justificat, în temeiul Constituției Ciprului, și nu reprezintă o violare a art. 2 din CEDO. Totuși, comisia de anchetă recomandă luarea în considerare a posibilităților acordării unor sume de bani familiilor victimelor.

Ca urmare a concluziilor prezentate de comisia de anchetă, procurorul general decide că nu va avea loc punerea în mișcare a unei acțiuni penale, dar îl informează pe avocatul reclamaților că va propune guvernului să indemnizeze rudele apropiate ale victimelor. Tânăr și sora lui Lefteris Andronicou și părinții lui Elsie Constantinou introduc o cerere la Comisia europeană a drepturilor omului la 22 august 1994, invocând violarea art. 2 și 6 – paragraful 1 al Convenției.

3.2.3. Aprecierile inițiale ale fostei Comisii europene a drepturilor omului

Deosebim două faze în desfășurarea procesului: în faza inițială, Comisia declară cererea admisibilă și în raportul său se pronunță în sensul existenței unei încălcări a art. 2 din Convenție, nu și a art. 6 (15 voturi contra 3). Într-o a doua etapă, cazul este adus în fața Curții europene a drepturilor omului care, în hotărârea sa, din 9 octombrie 1997, pune capăt litigiului pronunțându-se în

sensul inexistenței unei încălcări a dreptului la viață – articolul 2 din CEDO (5 voturi contra 4).

Discuțiile s-au profilat mai ales pe trei direcții¹⁴: recurgerea la unitatea MMAD – specializată în operațiuni de război și lupte anti-teroriste, maniera dezorganizată și neprofesională în care s-au desfășurat negocierile și, în sfârșit, lipsa de precauție în mânuirea armelor de foc și disproporția forței folosite de agenții de intervenție.

În raportul său, Comisia europeană a drepturilor omului consideră ca fiind complet inadecvată alegerea unei secțiuni a MMAD pentru a pune capăt unei dispute private, această eroare reprezentând una din cauzele morții celor doi tineri și ducând la folosirea excesivă a forței. Autoritățile cipriote nu au organizat și controlat operațiunea aşa încât să fie redus la minimum recursul la forță ce ar provoca moartea. În plus, Comisia stigmatizează maniera haotică în care s-au desfășurat negocierile, lipsa de profesionalism a poliției cipriote și proasta coordonare a întregii operațiuni.

În sfârșit, se adaugă că utilizarea forței de către agenții numărul 2 și 4 a dus în mod inevitabil la moartea lui Lefteris Andronicou și Elsie Constantinou și că numărul de proiectile trase demonstrează o lipsă de precauție manifestată în mânuirea armelor de foc, precauție pe care suntem în drept să o solicităm de la responsabilității legilor într-o societate democratică. În urma raportului său, Comisia concluzionează că a avut loc o violare a articolului 2 din CEDO.

3.2.4. Hotărârea Curții europene a drepturilor omului, controverse

Cazul este oferit Curții, care trasează principiile generale după care se va conduce în aprecierea sa, aceleași ca în cazul McCann, Farrel și Savage contra Marii Britanii: importanța particulară a dreptului la viață, stricta interpretare a criteriului de necesitate absolută, proporționalitatea între forță folosită și scopul urmărit și evaluarea unui omicid în funcție de ansamblul circumstanțelor dramei. Paradoxal însă, Curtea va ajunge la o concluzie contrară celei pronunțate în cazul amintit, respingând și soluția susținută în raportul Comisiei.

Astfel, Curtea estimează ca fiind justificată recurgerea la o unitate MMAD, care a beneficiat de un antrenament special, ținând cont de natura operațiunii, mai ales că agenții implicați au primit instrucțiuni clare relative la folosirea armelor lor.

În ceea ce privește pregătirea și controlul operațiunii de salvare, Curtea nu crede că este oportun să se pronunțe asupra avantajelor aplicării uneia sau alteia din tacticile posibile în speță concretă.

¹⁴ A. Reiter-Korkmaz, *Usage de la force meurtrière lors d'une opération de sauvetage d'une jeune fille kidnappée*, în Revue trimestrielle des droits de l'homme (RTDH), numărul 39, 1999, p. 555 și urm.

În schimb, se afirmă că autoritățile cipriote nu au pierdut din vedere natura familială a disputei – dată fiind prelungirea negocierilor pe durata a douăsprezece ore și implicarea în discuții a mai multor apropiati ai cuplului. Curtea admite existența unor erori, dar consideră că „în general, negocierile au fost conduse într-o manieră putând trece ca rezonabilă”.

Analizând, recursul la forță al agenților numărul 2 și 4, Curtea declară că aceasta reprezintă urmarea directă a reacției violente a lui Lefteris Andronicou. Agenții incriminați au fost de bună-credință, crezând că este necesară moartea Tânărului pentru a salva viața logodnicei sale și propria lor viață. Curtea regretă numărul mare de proiectile trase și puterea de foc folosită, dar refuză să substituie propria sa apreciere celei a polițiștilor implicați.

Luând în considerare argumentațiile amintite, instanța de la Strasbourg stabilește că utilizarea forței ce a avut ca rezultat moartea celor doi tineri s-a dovedit absolut necesară, nefiind vorba de violarea dreptului la viață, prevăzut de articolul 2 din Convenție. Considerând că reclamanții au beneficiat de un acces efectiv la justiție, se constată și absența violării articolului 6, paragraful 1 din Convenție.

Achitarea Republicii Cipru pentru masacrarea, de către forțele sale speciale de intervenție, a doi tineri fără antecedente penale și mai ales a tinerei a cărei protecție era, de fapt, scopul întregii operațiuni șochează prin toleranța nejustificată și prin lipsa evaluării numeroaselor erori comise de agenți ai statului într-o situație banală¹⁵.

Abuzurile autorităților, lipsa lor de experiență, absența totală a coeziunii și a organizării operațiunii, precum și antrenamentul necorespunzător al forțelor speciale de intervenție au transformat o ceartă în familie într-un masacru. Acest caz nu ar fi trebuit să ridice problemele speciale, constatarea violării dreptului la viață de către autoritățile cipriote impunându-se ca fiind evidentă. În cazul Andronicou și Constantinou versus Cipru (hotărâre luată cu cinci voturi contra patru), Curtea Europeană a Drepturilor Omului a dovedit că este nesigură și nu poate ajunge la un acord în privința limitărilor dreptului la viață¹⁶.

O asemenea decizie demonstrează o abatere, o renunțare a Curții europene a drepturilor omului la competențele sale în raport cu necesitatea respectării unui drept fundamental cuprins în Convenție și pune în discuție rolul organelor Consiliului Europei cu privire la violările viitoare ale dreptului la viață. Din fericire, regresul constatat în cazul Andronicou și Constantinou contra Ciprului nu a influențat jurisprudența ulterioară în acest domeniu, fiind urmat de hotărâri

¹⁵ A. Reiter-Korkmaz, *op.cit.*, p. 572.

¹⁶ A. Reiter-Korkmaz, *op.cit.*, p. 573.

mult mai exigente și novatoare: Cazurile Guleç (27 iulie 1998), Ergi (28 iulie 1998) și Yasa (2 septembrie 1998)¹⁷ – în care Turcia a fost condamnată pentru omiciderile comise de forțele sale de securitate.

4. Concluzii

În contextul politico-strategic internațional, provocarea actuală cea mai importantă și totodată cea mai delicată se anunță a fi concilierea exigențelor impuse de respectarea drepturilor omului cu nevoia de menținere a ordinii și asigurării unui climat de securitate. Acțiunea de reprimare a terorismului este una dificilă, pe termen lung, ea neputând să fie eficace fără a se aduce și unele limitări libertăților fundamentale ale omului. Dacă în privința unor drepturi cum ar fi libertatea de exprimare, respectul vieții private sau al corespondenței derogările par a fi mai ușor de admis, relativ la dreptul la viață orice limitare trebuie să fie temeinic justificată și absolut necesară, controlul respectării acestor cerințe urmând a fi efectuat cu maximă diligență în fiecare speță concretă.

Lupta contra terorismului a devenit una dintre mizele majore ale secolului al XXI-lea, cu atât mult cu cât aceste acțiuni prefigurează o nouă formă de război care riscă să devină caracteristică acestui secol. Aceasta înseamnă că statele democratice se află în fața unei mari dificultăți, deoarece ele trebuie să găsească o ripostă potrivită la acest fenomen în continuă creștere, fără a renega principiile pe care se sprijină¹⁸.

La protection du droit à la vie dans le contexte du terrorisme

– Résumé –

L’article 2 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme consacre l’une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l’Europe. Le défi actuel le plus important et aussi le plus délicat est certainement celui de la conciliation des exigences des droits de l’homme avec les nouveaux impératifs de sécurité. Dans le contexte de l’intensification du terrorisme international, les droits de l’homme (y inclus le droit à la vie ont subi certaines limitations et le problème est de savoir quelles sont les limitations légitimes qui peuvent être acceptées.

La Cour Européenne des Droits de l’Homme s’est confrontée avec plusieurs cas dans lesquels les agents de l’Etat préndaient d’avoir abattu des „terroristes”, les plus importants étant McCann contre le Royaume-Uni et Andronicou et Constantinou contre la République de Chypre. Les deux

¹⁷ Disponibile pe Internet, Site-ul Curții Europene a Drepturilor Omului, <http://www.echr.coe.int>.

¹⁸ J.-F. Renucci, *op.cit.*, p. 63.

cas présentés évoquent les principes utilisés par la Cour de Strasbourg en solutionnant ce genre d'affaires, et spécialement les principes de proportionnalité et de recours à la force absolument nécessaire, même si les conclusions tirées dans les deux cas par les juges européens sont différentes.

La lutte contre le terrorisme devient l'un des enjeux de XXI^e siècle, d'autant plus que ce type d'attentats préfigure une nouvelle forme de guerre, les Etats démocratiques du monde étant face à une grande difficulté, car elles doivent trouver des ripostes appropriées (comme par exemple les limitations aux droits et libertés fondamentales), sans renier pourtant leur principes démocratiques.



Acte normative noi

INSTITUȚIA PRESCRIȚIEI EXTINCTIVE ÎN PROIECTUL NOULUI COD CIVIL

CARMEN TAMARA UNGUREANU

1. Transformările profunde din România, precum și necesitatea alinierii legislației românești la cea europeană, în contextul viitoarei aderări, au impus elaborarea unui proiect de nou Cod civil. Proiectul cuprinde reglementări, care au la bază Codul civil de la 1864, cu modificările și completările care s-au făcut de-a lungul timpului, precum și dispoziții noi, preluate din alte legislații¹ și din instrumente internaționale.

Proiectul este structurat în şase cărți și anume: Cartea I – Despre persoane; Cartea II – Familia; Cartea III – Bunurile; Cartea IV – Despre succesiuni și liberalități; Cartea V – Obligațiile; Cartea VI – Obligațiile; Cartea VII – Despre prescripția extinctivă, decăderea și calculul termenelor. Se observă că proiectul reunește prevederi de drept civil, de dreptul familiei și de drept comercial, renunțându-se la tratarea separată, în coduri proprii, ale celor din urmă.

Prescripției extinctive îi este consacrată o carte, a VI-a. Se revine astfel la sistemul din Codul Civil în vigoare, unde prescripția este tratată în cuprinsul codului (art. 1837 și urm.), și nu într-o reglementare separată. Sunt preluate multe dispoziții din codul în vigoare², care sunt îmbunătățite în funcție de cerințele actuale.

2. În legislația în vigoare, ce reglementează prescripția extinctivă (Decretul 167/1958, ca drept comun, completat cu anumite dispoziții din Codul civil și din alte legi speciale), prescripția extinctivă este *definită* ca fiind stingerea dreptului la acțiune, având un obiect patrimonial, dacă nu a fost exercitat în termenul

¹ În expunerea de motive la proiectul noului Cod civil se arată că a fost folosit, ca material documentar, Codul civil francez, așa cum a fost modificat în 2001 și Codul civil al Quebec-ului din 1991, cu modificările și completările ulterioare (o variantă îmbunătățită cu influențe de common law a codului francez).

² Dispozițiile din Codul civil cu privire la prescripția extinctivă, care contravin Decretului 167/1958, sunt considerate abrogate expres indirect la data intrării în vigoare a decretului.

stabilit de lege (art. 1 din Decretul 167/1958)³. Întrucât noțiunea de *drept la acțiune* a făcut obiectul unor controverse în literatura de specialitate⁴, proiectul noului Cod civil (în continuare *proiectul*) a soluționat această controversă, definind prescripția extictivă ca stingerea dreptului *material la acțiune*, dacă nu a fost exercitat în termenul stabilit de lege (art. 6-1).

Decretul 167/1958 reglementează doar prescripția extictivă cu privire la drepturile patrimoniale, urmând ca celelalte cazuri să fie acoperite de prevederile Codului civil și ale unor legi speciale. Proiectul cuprinde o reglementare generală, care se aplică în toate cazurile; astfel, prin drept material la acțiune „se înțelege dreptul de a constrânge o persoană să execute o anumită prestație, să recunoască o anumită situație juridică sau să suporte orice altă sanctiune civilă” (art. 6-2).

Spre deosebire de Decretul 167/1958, care tratează alături de dreptul la acțiune și dreptul la executarea silită, combinând astfel două instituții, care aparțin unor ramuri de drept diferite (și anume, este vorba de ramura dreptului civil și respectiv de ramura dreptului procesual civil), proiectul analizează doar prescripția dreptului la acțiune; de prescripția dreptului la executarea silită urmează să se ocupe dreptul procesual civil⁵.

3. În reglementarea în vigoare, *normele juridice* aplicabile prescripției extictive sunt, incontestabil, *imperative*. Aceasta reiese din art. 1, alin.final și art. 18, din Decretul 167/1958⁶: „Orice clauză care se abate de la reglementarea legală a prescripției este nulă”; „Instanța judecătoarească și organul arbitral sunt obligate, ca din oficiu să cerceteze, dacă dreptul la acțiune sau la executarea

³ În Codul civil, în art. 1837, prescripția extictivă este definită ca fiind un mijloc „de a se libera de o obligație” în condițiile legii.

⁴ Dacă prescripția extictivă constă în stingerea dreptului la acțiune, s-a pus problema ce se stinge prin prescripție: numai dreptul material la acțiune, astfel încât dreptul procesual să supraviețuască, sau însuși dreptul subiectiv civil; părerile autorilor au fost împărțite; a se vedea în acest sens, E. Safta-Romano, *Probleme – teoretice și practice – actuale din domeniul prescripției extictive I*, Gh. Beleiu, C.A. Moarcăș, II, în „Dreptul” 9-12/1990, p. 113 și 128-129; G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura All Beck, ediția a II-a, București, 2002, p. 257-258; Șt. Rauschi, T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*, Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1995, p. 135-136.

⁵ Această necesitate a delimitării celor două feluri de prescripție a fost observată în literatura de specialitate, făcându-se propuneri de lege ferenda; a se vedea în acest sens, Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Editura „Şansa”, București, 1992, p. 194.

⁶ Textul art. 18 intră în conflict cu prevederile art. 1841 Cod civil, conform cărora „În materie civilă, judecătorii nu pot aplica prescripția dacă cel interesat nu va fi invocat acest mijloc”; conflictul este, însă, soluționat, în sensul că art. 1841 se consideră abrogat la data intrării în vigoare a Decretului 167/1958 (art. 26 din decret arată că se abrogă orice dispoziții legale contrare decretului).

silită este prescris". Aceasta înseamnă că nu se poate deroga prin convenție de la normele prescripției extinctive și că organul de jurisdicție are obligativitatea aplicării din oficiu a normelor privind prescripția extinctivă⁷. Prescripția extinctivă este, deci, o instituție de ordine publică; interesul ocrotit este unul public, general.

În proiectul noului Cod civil se renunță la această abordare, cel puțin în parte, și se revine la prevederile Codului civil de la 1864, într-o formă modificată, conform cerințelor epocii în care trăim. Autorii proiectului optează pentru *îmbinarea normelor dispozitive* (a) *cu normele imperative* (b); astfel, prin norme dispozitive este reglementată problema invocării prescripției și prin norme imperative, problema derogării de la prevederile legale referitoare la prescripția extinctivă.

(a) Pornind de la principiul disponibilității părților în dreptul civil, art. 6-12 – din proiect (care se intitulează „interzicerea invocării din oficiu a prescripției”) prevede că „(1) Organul de jurisdicție – instanța de judecată, tribunalul arbitral sau alt organ cu atribuții jurisdicționale – nu poate aplica prescripția din oficiu. (2) Dispozițiile articolului de față sunt aplicabile chiar dacă invocarea prescripției ar fi în interesul statului sau al unităților sale administrativ teritoriale”⁸. Rezultă de aici că normele prescripției se aplică numai atunci când cel interesat le invocă. Cel interesat este, de regulă, părătul; mai pot invoca prescripția, conform art. 6-14 din proiect, codebitorii și fidejusorii, chiar dacă unul dintre debitori a neglijat să o facă ori a renunțat la ea, precum și creditorii celui interesat, ori orice altă persoană interesată⁹. Prescripția poate fi invocată la instanța de fond sau chiar și în fața instanței care judecă o cale de atac. Conform art. 6-13 din proiect, „(1) Prescripția poate fi opusă pentru prima oară chiar în apel, iar, în lipsaapelului, chiar și în recurs. De asemenea, când este cazul, prescripția poate fi invocată și în fața instanței de trimitere. (2) În arbitraj, prescripția poate fi opusă pe tot parcursul soluționării litigiului, până când s-a pronunțat o hotărâre definitivă”¹⁰.

Deși instituția prescripției este tot de ordine publică, ca în reglementarea actuală, prin intermediul ei asigurându-se stabilitatea, certitudinea și securitatea circuitului civil¹¹, în proiect, se dă posibilitatea celui în folosul căruia curge prescripția să poată renunța la ea. Conform art. 6-7 din proiect, „Nu se poate

⁷ A se vedea în acest sens, Gh. Beleiu, *op.cit.*, p. 195.

⁸ Acest articol are drept corespondente în Codul civil în vigoare, articolele 1841 și 1845.

⁹ Corespondentul acestui articol din proiect este art. 1843 din Codul civil în vigoare.

¹⁰ Pentru comparație, a se vedea art. 1842 Cod civil.

¹¹ A se vedea în acest sens, Gh. Beleiu, C.A. Moarcăș, *Probleme – teoretice și practice – actuale din domeniul prescripției extinstive*, II; în revista „Dreptul” 9-12/1990, p. 129.

renunța la prescripție cât timp nu a început să curgă, dar se poate renunța la prescripția împlinită, precum și la beneficiul termenului curs pentru prescripția începută și neîmplinită". Posibilitatea de a renunța era prevăzută și în Codul civil, dar privea doar prescripția deja împlinită (art. 1838¹²). Era prohibită renunțarea anticipată la o prescripție neîndeplinită¹³. Conform proiectului, efectul este același, fie că se renunță la o prescripție deja împlinită sau în cursul ei, la termenul curs până în momentul renunțării, și anume, începe să curgă o nouă prescripție de același fel; practic, este vorba de o întrerupere a cursului prescripției, sau de o amânare a începerii curgerii ei, prin recunoașterea dreptului pretins¹⁴ (art. 6-10). Renunțarea poate fi expresă sau tacită, dar neîndoelnică; ea poate rezulta numai din manifestări neechivoce (art. 6-8 din proiect). Există și persoane care nu pot renunța la prescripție, deoarece acest lucru nu ar fi în interesul lor; conform art. 6-9 din proiect, cel lipsit de capacitatea de a înstrăina sau, după caz, de a se obliga, nu poate renunța la prescripție¹⁵. Renunțarea își produce efectele numai în privința celui care a făcut-o; ea nu poate fi invocată împotriva codebitorilor solidari sau codebitorilor unei obligații indivizibile ori împotriva fidejusorilor.

(b) Prescripția extintivă ocrotește un interes general; acest interes rezultă și din funcțiile pe care le îndeplinește; și anume, funcția educativă și mobilizatoare (care îi stimulează pe titularii dreptului la acțiune să îl exercite în termenele prevăzute de lege), funcția sancționatoare (care intervine atunci când prima funcție nu a dat rezultate) și funcția de consolidare a raporturilor juridice și de înlăturare a dificultăților în administrarea probelor¹⁶. Datorită funcțiilor sale și rolului pe care îl îndeplinește în asigurarea siguranței circuitului civil, prescripția extintivă este reglementată prin norme de la care nu se poate deroga prin convenții între părți. Conform art. 6-11 din proiect, „Orice clauză care se abate de la reglementarea legală a prescripției este lovitură de nulitate absolută. Sunt, astfel, nule clauzele prin care s-ar mări ori s-ar micșora termenele de prescripție stabilite sau s-ar exclude prescripția, fie direct, fie prin declararea că imprescriptibile a unor acțiuni care, potrivit legii, sunt prescriptibile”. Această normă imperativă ar putea fi ignorată de către părți, datorită modului defectuos în care este formulat art. 6-5 din proiect: „Dreptul la acțiune este imprescriptibil în cazurile prevăzute de lege, precum și ori de câte ori prin natura sau obiectul

¹² Abrogat implicit prin Decretul 167/1958.

¹³ A se vedea M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Editura All, Colecția Restitutio, București, 1998, p. 493.

¹⁴ A se vedea, C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Editura All, Colecția Restitutio, București, 1997, p. 403.

¹⁵ Nu pot renunța, în mod valabil, minorii, interzișii etc.; *ibidem*, p. 403.

¹⁶ A se vedea, Gh. Beleiu, *op.cit.*, p. 195.

dreptului subiectiv ocrotit, exercițiul său nu poate fi limitat în timp". Părțile au posibilitatea astfel să invoke imprescriptibilitatea dreptului lor la acțiune, dovedind că natura sau obiectul dreptului lor subiectiv nu poate fi limitat în timp; este ca și cum prin convenție l-ar declara imprescriptibil.

4. Spre deosebire de reglementarea în vigoare, în care prescripția extintivă cu privire la drepturile subiective civile este prevăzută în diferite acte normative, proiectul încearcă să înglobeze toate cazurile. *Domeniul de aplicare* al prescripției extintive, în proiectul noului Cod civil, cuprinde atât drepturile patrimoniale cât și drepturile personale nepatrimoniale. Drepturile subiective civile sunt protejate prin intermediul unor acțiuni, care poartă denumiri diferite, în funcție de drepturile la care se referă (drepturile patrimoniale – reale principale, reale accesoria și de creață – sau personale nepatrimoniale).

Drepturile reale principale sunt protejate prin acțiunile reale. Decretul 167/1958, în art. 21, arată că dispozițiile decretului nu se aplică dreptului la acțiunea privitor la drepturile de proprietate, uzufruct, uz, abitație, servitute și superficie. Prin urmare, acestea sunt supuse prevederilor Codului civil, care le consideră imprescriptibile. Proiectul, prin art. 6-16, declară prescriptibile, în 10 ani, *acțiunile reale speciale*, dacă prin lege nu se dispune altfel sau dacă contrariul nu rezultă din natura dreptului. Nu se precizează, însă, ce se înțelege prin acțiuni reale speciale. În alte texte ale proiectului, este tratată problema acțiunilor reale astfel:

- dreptul la acțiunea în revendicare a unui bun proprietate privată este imprescriptibil (conform art. 3-18 (2)), cu excepția cazurilor în care prin lege se dispune altfel; conform art. 3-20, dacă prin lege nu se dispune altfel, aceleși dispoziții se aplică și proprietății publice; textul nu face distincție între proprietatea imobiliară și cea mobiliară, de unde rezultă că le privește pe ambele;

- dreptul la acțiunea negatorie (exercitat de proprietar împotriva oricărei persoane care pretinde că este titularul unui drept de superficie, uzufruct, uz, abitație sau servitute) este imprescriptibil, conform art. 3-18-(3);

- dreptul la acțiunea confesorie de superficie (intentată de proprietar împotriva persoanei care împiedică exercitarea dreptului, în scopul restituirii folosinței asupra terenului) este imprescriptibil (conform art. 3-139-(2)); soluția imprescriptibilității, care se regăsește și în prezent, în practica judiciară, se justifică prin aceea că dreptul de superficie presupune un drept de folosință asupra terenului, precum și un drept de proprietate asupra construcției sau plantației, iar acțiunea în revendicare imobiliară este imprescriptibilă¹⁷; acțiunile confesorii de uzufruct, uz, abitație, servitute sunt prescriptibile extintiv, atât în Codul civil în vigoare, cât și în proiect; acestea ar putea intra în categoria acțiunilor reale speciale, numite astfel în proiect, care se prescriu în 10 ani;

¹⁷ A se vedea G. Boroi, *op.cit.*, p. 264.

– dreptul la acțiunea în revendicare mobiliară, atunci când bunul a fost pierdut sau furat, este prescriptibil în 3 ani, de la data la care bunul a ieșit din posesiunea proprietarului (art. 3-283-(2)).

Drepturile reale accesoriei urmează soarta drepturilor principale pe lângă care ființează; această regulă se regăsește atât în Decretul 167/1958, art. 1, alin. 2, cât și în proiect, în art. 6-3; drepturile principale pe lângă care există sunt drepturile de creață¹⁸.

Drepturile de creață sunt ocrotite prin intermediul *acțiunilor personale*, care sunt, prin esența lor, prescriptibile extinciv. Aceasta reiese din art. 1, alin. 1 al Decretului 167/1958 (dreptul la acțiune, având un *obiect patrimonial*, se stinge prin prescripție...), precum și din art. 6-2 din proiect (...dreptul la acțiune este dreptul de a constrângere o persoană să execute o anumită prestație...). Prin excepție, art. 6-6-d) din proiect prevede că dreptul la acțiunea privind restituirea sumelor de bani încredințate în depozit unei case de păstrare sau unei societăți bancare, ori altei organizații de credit este imprescriptibil. Textul reunește ambele excepții din legislația în vigoare, și anume, aceea care privește dreptul la acțiune în cazul drepturilor de creață asupra sumelor depuse la CEC, a dobânzilor și câștigurilor, care este imprescriptibil (art. 4, alin. 1 din Legea 66/1996 privind reorganizarea CEC din România în societate bancară pe acțiuni) și dreptul la acțiunea având ca obiect partea cuvenită din rezerva de prime în asigurările facultative de persoane, care este, de asemenea, imprescriptibil (art. 40 din Legea 136/1995 privind asigurările și reasigurările din România).

Protecția *drepturilor nepatrimoniale* pe calea acțiunilor în justiție nu este limitată în timp¹⁹. În legislația în vigoare nu există un text de lege care să consacre acest principiu, dar el se desprinde din interpretarea *per a contrario* a art. 1, alin. 1 din Decretul 167/1958, și din caracterul perpetuu al drepturilor nepatrimoniale²⁰. În proiect, această lipsă de consacrată legislativă este acoperită. Conform art. 6-5, alin. final, acțiunea privind apărarea unui drept nepatrimonial este imprescriptibilă, cu excepția cazului în care prin lege se dispune altfel. De le această regulă sunt și excepții: conform art. 2-34 din proiect, acțiunea în anularea căsătoriei este prescriptibilă în 6 luni; acțiunea în stabilirea paternității copilului din afara căsătoriei se prescrie în 2 ani de la nașterea copilului, conform art. 2-113-(1), și altele.

5. *Termenul general de prescripție* s-a menținut în proiect la 3 ani (art. 6-15), ca și în reglementarea în vigoare. *Termenele speciale*, care în prezent sunt incluse în numeroase acte normative, apar reunite în cuprinsul proiectului, alături de alte termene, care reglementează problema prescripției și în cazul altor acțiuni, nereglementate încă, dar care sunt tratate în proiect. Astfel:

¹⁸ A se vedea, G. Boroi, *op.cit.*, p. 263.

¹⁹ *Ibidem*, p. 265.

²⁰ A se vedea, Gh. Beleiu, *op.cit.*, p. 206-207.

- termenul de 10 ani se aplică acțiunilor reale speciale (art. 6-16), acțiunilor pentru plata unor prestații periodice (art. 6-17), acțiunilor în răspundere civilă extracontractuală, când prejudiciul este cauzat prin *tortură sau acte de barbarie, violență ori agresiuni sexuale comise contra unui minor* (art. 6-19-(2));
- termenul de 5 ani se aplică acțiunii în răspundere civilă extracontractuală (art. 6-19-(1));
- termenul de 2 ani se aplică dreptului la acțiune întemeiat pe un raport de asigurare sau reasigurare (art. 6-20);
- termenul de 1 an, conform art. 6-21 din proiect, se aplică dreptului la acțiune în cazul: „a) hotelierilor sau găzduitorilor, pentru hrana și locuința ce procură; b) profesorilor, maeștrilor pentru lecțiile ce dău cu ora, cu ziua sau luna; c) medicilor și farmaciștilor, pentru vizite, operații sau medicamente; d) comercianților, pentru plata mărfurilor vândute celor care nu fac comerț; e) avocaților, împotriva clientilor pentru plata onorariilor și cheltuielilor; termenul de prescripție se va calcula din ziua rămânerii irevocabile a hotărârii sau din aceea a împăcării părților, ori a revocării mandatului. În afacerile neterminante nu se vor putea cere onorarii și cheltuieli mai vechi de 3 ani; f) notarilor publici și executorilor judecătorești, în ceea ce privește plata sumelor ce le sunt datorate pentru actele funcției lor; g) inginerilor, arhitecților, geodezilor, contabililor și altor liber-profesioniști, pentru plata sumelor ce li se cuvin; termenul prescripției se va socoti din ziua când s-a terminat lucrarea. (2) În toate cazurile, continuarea lecțiilor, serviciilor, actelor sau lucrărilor nu întrerupe prescripția pentru sumele datorate.”; termenul de 1 an se aplică și în cazul acțiunii izvorâte din contractul de transport, care a fost încheiat pentru a fi executat succesiv cu mijloace de transport diferite (art. 6-23-(2));

– termenul de 6 luni, conform art. 6-22 din proiect, se aplică dreptului la acțiune privitor la: „a) executarea obligației de garanție pentru viciile aparente ale unui lucru transmis sau ale unei lucrări executate, dacă prin lege sau prin contract s-a prevăzut răspunderea pentru acestea; b) executarea obligației de garanție pentru viciile ascunse sau pentru lipsa ascunsă a unor calități sau cantități convenite, afară numai dacă aceste vicii sau lipsuri au fost tăinuite cu viclenie; c) restituirea sumelor încasate din vânzarea biletelor pentru un spectacol care nu a mai avut loc.”; tot în 6 luni se prescrie dreptul la acțiunea izvorată dintr-un contract de transport terestru, aerian sau pe apă, îndreptată împotriva unui cărăuș sau alt transportator.

6. Regulile privind *cursul prescripției extintive*, prevăzute în legislația în vigoare, se mențin și în proiect. În plus, proiectul stabilește reguli și pentru alte situații juridice, care nu existau în trecut și care au fost reglementate în cuprinsul proiectului nou Cod civil.

Începutul prescripției extintive, adică data de la care începe să curgă termenul de prescripție, este supus, mai întâi, unei reguli generale și apoi, pentru varietatea situațiilor juridice, se prevăd norme speciale. În prezent, regula

generală este cuprinsă în art. 7, alin. 1 din Decretul 167/1958, potrivit căruia „prescripția începe să curgă de la data când se naște dreptul la acțiune...”. Aceeași prevedere se regăsește în art. 6-25-(1) din proiect; în alin.(2) se arată că „Dreptul la acțiune se naște la data când titularul are posibilitatea efectivă de a acționa, el însuși sau prin reprezentantul său, pentru realizarea dreptului subiectiv, în condițiile legii”. Nu întotdeauna se poate determina cu ușurință momentul în care se naște dreptul la acțiune și asta din cauza multitudinii de drepturi subiective civile, care comportă elemente specifice. De aceea se prevăd reguli speciale, care se aplică numai în cazurile expres stabilite de lege și anume:

– în cazul *dreptului subiectiv pur și simplu*, conform art. 7 alin. 2, din Decretul 167/1958, prescripția dreptului la acțiune începe să curgă de la data nașterii raportului juridic; în proiect nu există un text corespondent, dar această regulă specială poate fi desprinsă din mai larga formulare a art. 6-26-(1): „Dacă prin lege nu se prevede altfel, prescripția începe să curgă de la data când obligația devine exigibilă, iar în cazul obligației de a nu face, de la data încălcării acesteia”;

– în cazul *dreptului subiectiv civil afectat de un termen suspensiv sau de o condiție suspensivă*, potrivit art. 7, alin. 3 din Decretul 167/1958, prescripția dreptului la acțiune începe să curgă de la data împlinirii termenului sau realizării condiției; din art. 6-26-(2) și (3) reiese aceeași regulă: „(2) În cazul în care dreptul este afectat de un termen suspensiv, prescripția începe să curgă de la împlinirea termenului sau, după caz, de la data renunțării la beneficiul termenului stabilit exclusiv în favoarea creditorului. (3) Dacă dreptul este afectat de o condiție suspensivă, prescripția începe să curgă de la data când s-a îndeplinit condiția”;

– în cazul acțiunii în răspundere pentru *repararea pagubei cauzate printr-o faptă ilicită*, prescripția începe să curgă, așa cum se prevede în art. 8 din Decretul 167/1958, de la data la care păgubitorul a cunoscut sau trebuia să cunoască, atât paguba, cât și pe cel care răspunde de ea; această regulă apare și în alte acte normative, cu anumite nuanțări²¹; dispoziții similare se aplică, prin asemănare, și în cazul îmbogățirii fără just temei; practica a asimilat acestei acțiuni și acțiunea bazată pe gestiunea de afaceri, pe plata nedatorată, acțiunea revocatorie, acțiunea în restituire ca urmare a anulării unui act juridic civil executat, total sau parțial²²; în proiect, aceste prevederi apar în trei texte, valorificând creația doctrinei și practicii în materie, și anume în art. 6-31, 6-28 și 6-29; astfel: art. 6-31 – „,(1) Prescripția dreptului la acțiune în repararea unei

²¹ De exemplu, în Legea contenciosului administrativ, în art. 12; în Ordonanța Guvernului 21/1992 privind protecția consumatorilor, cu modificările ulterioare, în art. 42-6; în Legea 11/1991 pentru combaterea concurenței neloiale, în art. 12; pentru detalii, a se vedea G. Boroi, *op.cit.*, p. 285-287.

²² A se vedea în acest sens, Gh. Beleiu, *op.cit.*, p. 225; G. Boroi, *op.cit.*, p. 287.

pagube care a fost cauzată printr-o faptă ilicită începe să curgă de la data când păgubitorul a cunoscut sau trebuia să cunoască paguba, cât și pe cel care răspunde de ea. (2) Dispozițiile alin. (1) sunt aplicabile prin analogie și în cazul acțiunii în restituire întemeiate pe îmbogațirea fără just temei, plata nedatorată sau gestiunea de afaceri, precum și în cazul acțiunii revocatorii". art. 6-28: „Prescripția dreptului la acțiune în restituirea prestațiilor făcute în temeiul unui act anulabil ori desființat pentru rezoluțione sau altă cauză de ineficacitate, începe să curgă de la data rămânerii irevocabile a hotărârii prin care s-a desființat actul, cu excepția cazului când dreptul la acțiune a fost exercitat chiar în procesul în care s-a dispus desființarea actului”; art. 6-29: „Când este vorba de prestații succesive, prescripția dreptului la acțiune începe să curgă de la data la care fiecare prestație devine exigibilă, iar dacă prestațiile alcătuiesc un tot unitar, de la data ultimei prestații”;

– în cazul acțiunii în materia *asigurărilor*, care, deși are un termen special de prescripție, în legislația în vigoare, nu are prevederi speciale cu privire la data de la care începe să curgă prescripția²³, se aplică regula generală și anume, aceea potrivit căreia prescripția începe să curgă de la data nașterii dreptului la acțiune; proiectul, clarifică această problemă, stabilind în art. 6-30 că „în cazul asigurării contractuale prescripția începe să curgă de la expirarea termenelor stabilite de părți pentru plata primei de asigurare, respectiv pentru plata indemnizației sau, după caz, a despăgubirilor ori a sumei asigurate”;

– pentru *acțiunile reale prescriptibile extinctiv*, în lipsa precizărilor din legislația actuală, cu privire la începutul prescripției, proiectul prevede în art. 6-27 că „prescripția dreptului la acțiune începe să curgă de la data încălcării dreptului, dacă prin lege nu se prevede altfel”;

– în cazul *acțiunii în anulare*, prescripția începe să curgă, conform art. 9 din Decretul 167/1958, la momente diferite, în funcție de cauza nulității relative, astfel: prescripția dreptului la acțiune în anularea unui act pentru *violență*, începe să curgă de la data când aceasta a încetat; în caz de *violență ori eroare sau în celelalte cazuri de anulare*, prescripția începe să curgă de la data când cel îndreptățit, reprezentantul său legal sau persoana chemată de lege să-i încuviințeze actele a cunoscut cauza anulării, însă cel mai târziu la împlinirea a 18 luni de la data încheierii actului; proiectul aduce câteva modificări sau, mai bine spus, precizări, în această materie și anume: în art. 6-32-(1) a) apare aceeași prevedere în cazul violenței; în continuare, în același text, la punctul b), în cazul dolului, prescripția începe să curgă din ziua când a fost descoperit; c) în cazul incapacităților sau al celor cu capacitate de exercițiu restrânsă, începe să curgă din ziua când au dobândit capacitatea deplină de exercițiu; d) în caz de eroare ori în celelalte cazuri de anulare, prescripția începe să curgă din ziua când cel

²³ A se vedea, F. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Editura Universul Juridic, București, 2001, p. 520-522.

îndreptățit, reprezentantul său legal ori persoana chemată de lege să-i încuviințeze actele a cunoscut cauza anulării, însă nu mai târziu de implinirea a 18 luni din ziua încheierii actului juridic; în alin. (2) al același articol se arată că, în cazurile în care nulitatea relativă poate fi invocată de o terță persoană, prescripția începe să curgă, dacă prin lege nu se dispune altfel, de la data când terțul a cunoscut existența cauzei de nulitate;

– în cazul *acțiunii izvorăte din transmiterea unor bunuri sau executarea unor lucrări cu vicii aparente*, prescripția dreptului la acțiune, care în legislația în vigoare nu este prevăzută (de regulă, nu operează răspunderea pentru vicii aparente), începe să curgă de la predare în cazul în care legea sau contractul obligă la garanție și pentru asemenea vicii (art. 6-33-(1) din proiect)²⁴; dacă, însă, legea prevede întocmirea unui înscris de constatare a viciilor, termenul de prescripție începe de la data la care trebuia să se întocmească acel înscris sau, dacă a fost întocmit mai înainte, de la această din urmă dată; aceste dispoziții se aplică și în cazul lipsei calităților convenite ori a lipsurilor cantitative, însă numai dacă oricare din aceste lipsuri puteau fi descoperite, fără cunoștințe speciale, printr-o verificare normală;

– în cazul *acțiunii pentru vicii ascunse*, conform art. 11 din Decretul 167/1958, prescripția dreptului la acțiune privind viciile ascunse ale unui lucru transmis sau ale unei lucrări executate, începe să curgă de la data descoperirii viciilor, însă cel mai târziu de la implinirea unui an de la predarea lucrului sau lucrării (sau de la implinirea termenului de garanție); în cazul în care viciile privesc o construcție, prescripția începe să curgă de la data descoperirii viciilor, însă cel mai târziu de la implinirea a trei ani de la predare (sau de la implinirea termenului de garanție); în proiect, se mențin aceleasi reguli, cu precizarea că se arată data de la care începe să curgă prescripția și în cazul altor acțiuni similare; astfel, art. 6-34 din proiect prevede că: „(1) Prescripția dreptului la acțiune pentru viciile ascunse începe să curgă: a) în cazul unui bun transmis sau al unei lucrări executate, alta decât o construcție, de la implinirea unui an de la data preluării (predării) bunului sau lucrării, afară numai dacă viciul a fost descoperit mai înainte, când prescripția va începe să curgă de la data descoperirii; b) în

²⁴ În materia contractului de antrepriză, conform art. 5-624 din proiect „Prescripția dreptului la acțiune pentru viciile lucrării de proiectare începe să curgă o dată cu prescripția dreptului la acțiune pentru viciile lucrărilor executate de antreprenor, afară numai dacă viciile lucrărilor de proiectare au fost descoperite mai înainte, caz în care prescripția va începe să curgă de la data descoperirii acestora”; în art. 5-630-(2) se prevede că „Dacă s-a făcut o recepție provizorie, riscurile trec asupra beneficiarului de la data acesteia, iar termenul de prescripție a dreptului la acțiune privind orice fel de vicii și care au fost constatate cel mai târziu prin recepție definitivă, începe să curgă de la data acestei din urmă recepții. Dacă, însă, prin procesul-verbal de recepție definitivă s-a acordat antreprenorului un termen pentru înlăturarea viciilor constatate, prescripția va începe să curgă de la data implinirii acestui termen”.

cazul unei construcții, de la împlinirea a trei ani de la data preluării (predării) construcției, afară numai dacă viciul a fost descoperit mai înainte, când prescripția va începe să curgă de la data descoperirii; (2) Pentru executarea unor lucrări curente, în lipsa unei dispoziții legale sau a unei înțelegeri, termenele prevăzute în alin. (1) sunt, de o lună, în cazul prevăzut la lit. a), respectiv trei luni, în cazul prevăzut la lit. b). (3) Dispozițiile alin. (1) și (2) se aplică și în cazul lipsei calităților convenite ori a lipsurilor cantitative, însă numai dacă oricare din aceste lipsuri nu puteau fi descoperite, fără cunoștințe speciale, printr-o verificare normală. (4) Termenele prevăzute în prezentul articol sunt termene de garanție înlăuntrul cărora viciile trebuie, în toate cazurile, să se producă. (5) Prin dispozițiile prezentului articol nu se aduce, însă, nici o atingere termenelor de garanție speciale, legale sau convenționale"; dispozițiile art. 6-34 privind începutul prescripției, se aplică și în cazul produselor pentru care s-a prevăzut un termen de valabilitate, ca și în cazul bunurilor sau lucrărilor pentru care există un termen de garanție pentru buna funcționare.

Cursul prescripției extinctive, odată ce a *început să curgă*, poate să fie perturbat de anumite împrejurări mai presus de voința titularului dreptului la acțiune. Acesta, fără a sta în pasivitate sau fără a fi neglijent, este pus în situații care îl împiedică să acționeze. De aceea, pentru a fi atinsă finalitatea instituției prescripției extinctive, legiuitorul a prevăzut posibilitatea *suspendării* ei, pe durata situațiilor respective – care sunt expres prevăzute de lege – urmând ca la încetarea cauzelor de suspendare prescripția să-și reia cursul. Cazurile de suspendare a prescripției sunt prevăzute în art. 13-14 din Decretul 167/1958, limitativ și expres, și sunt următoarele: forță majoră; participarea la forțele armate ale României care sunt pe picior de război; reclamația administrativă; existența unei situații neîncheiate (socotelile nu sunt date și aprobate) între ocrotitor și ocrotit; starea în care se află cel lipsit de capacitate de exercițiu sau cu capacitate restrânsă de exercițiu atât timp cât nu are un reprezentant/ocrotitor legal care să-l reprezinte/să-i încuvîințeze actele; căsătoria (prescripția nu curge între soți). În proiect, în art. 6-36, sunt prezentate cazurile de suspendare, într-o ordine inversă decât în decretul în vigoare, făcându-se și precizări care se regăsesc în legislația în vigoare, dar în legi diferite, sau care sunt impuse de modificarea relațiilor sociale din ultimii ani. Astfel: „Prescripția nu începe să curgă, iar, dacă a început să curgă, ea se suspendă: a) între soți, cât timp durează căsătoria și nu sunt separați în fapt” (deci, spre deosebire de reglementarea în vigoare, între soții separați în fapt, prescripția curge; această modificare a intervenit din necesități de ordin practic); „b) între părinți, tutore sau curator și cei lipsiți de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă ori între curatori și cei pe care îi reprezintă, cât timp durează ocrotirea și socotelile nu au fost date și aprobate; c) între orice persoană care, în temeiul legii, al unei hotărâri judecătoarești sau al unui act juridic, administrează bunurile altora și cei ale căror bunuri sunt astfel administrate, cât timp administrarea nu a încetat și

socotelile nu au fost date și aprobată; d) în cazul celui lipsit de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, cât timp nu are ocrotitor legal, în afara de cazarile în care există o dispoziție legală contrară; e) în cazul în care cel îndreptățit la acțiune trebuie sau poate, potrivit legii, să folosească o *anumită procedură prealabilă*, cum sunt reclamația adminstrativă, încercarea de împăcare sau altele asemenea, cât timp nu a cunoscut și nici nu trebuia să cunoască rezultatul acelei proceduri, însă nu mai mult de 3 luni de la înregistrarea cererii, dacă legea nu a stabilit un alt termen; f) în cazul în care titularul dreptului sau cel care l-a încălcăt face parte din forțele armate ale României, cât timp acestea se află în *stare de mobilizare* sau de război. Sunt avute în vedere și persoanele civile care se găsesc în forțele armate pentru rațiuni de serviciu impuse de necesitățile războiului; g) în cazul în care, cel împotriva căruia curge sau ar urma să curgă prescripția, este împiedicat de un caz de forță majoră să facă acte de întrerupere, cât timp nu a încetat această împiedicare; h) în alte cazuri prevăzute de lege.” În cazul *dezbaterii succesiunii*, conform art. 6-37 din proiect, „Prescripția nu curge contra moștenitorului beneficiar sau a creditorilor defuncțului în privința creanțelor acestora asupra succesiunii, pe tot timpul statoricit de lege moștenitorului pentru a delibera și a se întocmi inventarul, precum și pe tot timpul procedurii de lichidare a pasivului moștenirii, dacă moștenirea a fost acceptată sub beneficiu de inventar sau s-a cerut separația de patrimoni”.

După încetarea cauzelor de suspendare prescripția își reia cursul, socotindu-se și termenul care a curs înainte de intervenția cauzei de suspendare. Prescripția nu se împlinește totuși, în reglementarea în vigoare, înainte de expirarea unui termen de 6 luni, socotit de la încetarea cauzei de suspendare, cu excepția prescripțiilor mai scurte de 6 luni, care nu se împlinesc decât după expirarea unui termen de o lună de la suspendare (art. 15 alin. 2 din Decretul 167/1958). În proiect, prorogarea termenului de prescripție se face în mod unitar pentru toate termenele: art. 6-38 „(2) Prescripția nu se va împlini, însă, înainte de expirarea unui termen de o lună de la data când suspendarea a încetat.” Proiectul reglementează efectele suspendării prescripției și în cazul codebitorilor solidari. Astfel, art. 6-39 prevede că „(1) Suspendarea prescripției față de unul dintre codebitori solidari sau ai unei obligații indivizibile produce efecte și față de ceilalății. (2) Tot astfel, suspendarea prescripției în folosul unuia dintre creditorii solidari sau ai unei obligații indivizibile poate fi invocată de către ceilalți. (3) Dispozițiile alin. (1) și (2) sunt aplicabile și în raporturile dintre debitor și fidejusor”.

Dacă în cursul prescripției extictive, titularul dreptului la acțiune, sau la execuțarea silită, ieșe din pasivitate ori cel în folosul căruia curge prescripția recunoaște dreptul pretins, operează *întreruperea cursului prescripției extictive*. Potrivit art. 16 din Decretul 167/1958, prescripția se întrerupe în trei cazuri, expres prevăzute și anume: prin recunoașterea dreptului a cărui acțiune se

prescrie, făcută de cel în folosul căruia curge prescripția; prin introducerea unei cereri de chemare în judecată sau de arbitrage, chiar dacă cererea a fost introdusă la o instanță necompetentă; printr-un act începător de executare. În proiect, intreruperea prescripției extintive intervine în aceleași cazuri; în plus, sunt date lămuriri cu privire la condițiile în care se intrerupe prescripția, care, în prezent, nu sunt cuprinse în legislație, ci reprezintă o creație a practicii; de asemenea, se precizează când se intrerupe prescripția cu ocazia soluționării unui proces penal, care are și o latură civilă. Cazurile de intrerupere a prescripției sunt cuprinse în art. 6-40, conform căruia, „Prescripția se intrerupe: a) printr-un act voluntar de executare sau prin recunoașterea, în orice alt mod, a dreptului a cărui acțiune se prescrie, făcută de către cel în folosul căruia curge prescripția. Recunoașterea se poate face unilateral sau convențional și poate fi expresă sau tacită. Când recunoașterea este tacită, ea trebuie să rezulte fără echivoc din manifestări care să ateste existența dreptului celui împotriva căruia curge prescripția. Poate invoca recunoașterea tacită și cel îndreptățit la restituirea unei prestații făcute în executarea unui act juridic ce a fost desființat pentru nulitate, rezoluțione sau orice altă cauză de neficacitate, atât timp cât bunul individual determinat, primit de la cealaltă parte cu ocazia executării actului, nu este pretins de aceasta din urmă pe cale de acțiune reală ori personală; b) prin introducerea unei cereri de chemare în judecată sau arbitrale ori prin invocarea, pe cale de excepție, a dreptului a cărui acțiune se prescrie. De asemenea, prescripția se intrerupe prin constituirea de parte civilă pe parcursul urmăririi penale sau în fața instanței de judecată, până la citirea actului de sesizare. În cazul în care despăgubirile se acordă, potrivit legii, din oficiu, începerea urmăririi penale intrerupe cursul prescripției, chiar dacă nu a avut loc constituirea de parte civilă. Prescripția este intreruptă chiar dacă sesizarea a fost făcută la un organ de jurisdicție ori de urmărire penală necompetent sau chiar dacă este nulă pentru lipsă de forme. Prescripția nu este intreruptă dacă cel care a făcut cererea de chemare în judecată sau de arbitrage a renunțat la ea, nici dacă cererea a fost respinsă, anulată sau s-a perimat ori dacă hotărârea judecătoarească și-a pierdut puterea de lucru judecat prin împlinirea termenului de prescripție a dreptului de a cere executarea silită. O nouă cerere de chemare în judecată se va putea face numai în termenul de prescripție, cu excepția cazului în care cererea a fost respinsă ca nefondată. c) în alte cazuri prevăzute de lege”. La aceste cazuri expres prevăzute în secțiunea dedicată intreruperii prescripției, trebuie adăugată și renunțarea la beneficiul termenului curs pentru prescripția începută și neîmplinită, prevăzută în art. 6-7 din proiect, care, conform art. 6-10, are ca efect intreruperea prescripției.

Efectele intreruperii prescripției constau în ștergerea prescripției începute înainte de a se ivi împrejurarea care a intrerupt-o și începerea curgerii unei noi prescripții. Aceasta reiese din art. 17, Decretul 167/1958, unde se mai precizează că, în cazul când prescripția a fost intreruptă printr-o cerere de chemare în judecată sau de arbitrage ori printr-un act începător de executare, noua

prescripție nu începe să curgă cât timp hotărârea de admitere a cererii nu a rămas definitivă sau, în cazul executării, până la îndeplinirea ultimului act de executare. În proiect, efectele intreruperii prescripției urmează aceleași reguli, cu detalierea condițiilor ce trebuie îndeplinite pentru diferite situații. Astfel, potrivit art. 6-41, „(1) Întreruperea sterge prescripția începută înainte de a se fi ivit cauza de intrerupere. (2) După întrerupere începe să curgă o nouă prescripție de același fel. (3) În cazul în care prescripția a fost întreruptă printr-o cerere de chemare în judecată ori de arbitrage, noua prescripție nu începe să curgă cât timp hotărârea nu a rămas definitivă sau, după caz, irevocabilă. (4) În cazul în care prescripția a fost întreruptă potrivit art. 6-40 lit. b), întreruperea operează până la comunicarea ordonanței de scoatere de sub urmărire penală sau de încetare a urmăririi penale, a ordonanței de suspendare a urmăririi penale ori a hotărârii de suspendare a judecății sau până la pronunțarea hotărârii definitive a instanței penale. Dacă repararea pagubei se acordă, potrivit legii, din oficiu, întreruperea operează până la data când cel împotriva căruia a început prescripția a cunoscut sau trebuia să cunoască hotărârea definitivă prin care s-a stabilit despăgubirea.” Potrivit art. 6-42, efectele intreruperii prescripției profită celui de la care emană actul întreruptiv și nu pot fi opuse decât celui împotriva căruia a fost îndreptat un asemenea act. În art. 6-43 se arată că întreruperea prescripției față de unul dintre codebitorii solidari sau ai unei obligații indivizibile produce efecte față de toți ceilalți; în cazul indivizibilității, produce efecte și față de moștenitorii codebitorilor. Dacă întreruperea s-a făcut în contra unui moștenitor al debitorului solidar, ea nu produce efecte, chiar dacă este vorba de o creață ipotecară, față de ceilalți moștenitori, afară numai dacă s-a stipulat indivizibilitatea. O asemenea întrerupere are efect numai în limitele părții ereditare cuvenite fiecărui moștenitor. Întreruperea prescripției în privința unuia dintre creditorii solidari sau ai unei obligații indivizibile profită tuturor creditorilor. Întreruperea prescripției în contra debitorului principal sau contra fidejusorului produce efecte în privința amândurora.

Dacă prescripția s-a împlinit, dar titularul dreptului la acțiune nu și-a exercitat dreptul în termen, din motive temeinice, el poate fi *repus în termenul de prescripție*. În art. 18 din Decretul 167/1958 se prevede că instanța de judecată sau organul arbitral poate, în cazul în care constată că fiind temeinic justificate cauzele pentru care termenul de prescripție a fost depășit, să dispună chiar din oficiu judecarea sau rezolvarea acțiunii, ori să încuviințeze executarea silită. Cererea de repunere în termen trebuie făcută în termen de o lună de la încetarea cauzelor care justifică depășirea termenului de prescripție. În proiect, potrivit art. 6-24, repunerea în termen poate fi solicitată de cel care, din motive temeinice, nu și-a exercitat în termen dreptul la acțiune supus prescripției. Având în vedere faptul că instanței îi este interzis prin art. 6-12 să invoce din oficiu prescripția, cu atât mai mult aceasta nu va putea, din oficiu, să repună în termenul de

prescripție pe cel interesat. Repunerea în termen, conform proiectului, nu poate fi dispusă decât dacă partea și-a exercitat dreptul la acțiune înainte de împlinirea unui termen de 30 de zile, socotit din ziua în care a cunoscut sau trebuia să cunoască încetarea motivelor care justifică depășirea termenului de prescripție.

Împlinirea prescripției extinctive, adică determinarea momentului în care expiră termenul de prescripție, nu este reglementată în legislația în vigoare privind prescripția din dreptul material actual; calculul termenelor este împrumutat din dreptul procesual civil²⁵. În proiectul noului Cod civil, calculul termenelor este reglementat în art. 6-52 – 6-55. Astfel, când termenul este stabilit pe săptămâni, luni sau ani, el se împlinește în ziua corespunzătoare din ultima săptămână ori lună sau din ultimul an. Dacă ultima lună nu are o zi corespunzătoare celei în care termenul a început să curgă, termenul se împlinește în ultima zi a acestei luni. Mijlocul lunii se socotește a cincisprezecea zi. Dacă termenul este stabilit pe o lună și jumătate sau pe mai multe luni și jumătate, cele 15 zile se vor socoti la sfârșitul termenului. Când termenul se stabilеște pe zile, nu se ia în calcul prima și ultima zi a termenului. Dacă ultima zi a termenului este o zi nelucrătoare, termenul se împlinește în prima zi lucrătoare ce urmează. Termenul se va împlini la ora 24 a ultimei zile. Cu toate acestea, dacă este vorba de un act ce trebuie îndeplinit într-un loc de muncă, termenul se va împlini la ora la care începează programul normal de lucru. Când termenul se stabilеște pe ore, nu se iau în calcul prima și ultima oră a termenului. Actele de orice fel se socotesc făcute în termen, dacă înscrisurile care le constată au fost predate oficiului poștal sau telegrafic cel mai târziu în ultima zi a termenului până la ora când începează în mod obișnuit activitatea la acel oficiu.

7. *În concluzie*, față de reglementările în vigoare cu privire la prescripția extinctivă, proiectul noului Cod civil reprezintă cadrul în care s-a făcut perfecționarea normelor prescripției extinctive din dreptul civil. El are numeroase avantaje. Mai întâi, reunește în quasitotalitatea lor regulile aplicabile prescripției extinctive, ușurând astfel utilizarea lor în practică; apoi, clarifică noțiunile și soluționează controversele din literatura juridică și practica judiciară; stabilește precis că efectul prescripției extinctive constă în stingerea dreptului material la acțiune și nu a însuși dreptului subiectiv; pornind de la principiul disponibilității părților în dreptul civil, optează pentru două categorii de norme: dispozitive, invocarea prescripției făcându-se numai de către cel interesat, instanței fiindu-i interzis să invoce din oficiu prescripția, și imperative, părțile

²⁵ A se vedea Gh. Belei, *op.cit.*, p. 245, unde autorul susține necesitatea includerii regulilor privind calculul termenelor de prescripție în același act normativ cu celelalte prevederi referitoare la prescripție.

neputând deroga de la normele legale ce reglementează prescripția; detaliază și reglementează toate situațiile juridice, conform evoluției relațiilor social-economice. În concluzie, regulile din proiectul noului Cod civil reprezintă un mare progres față de legislația actuală.

L'institution de la prescription extinctive dans le projet du nouveau Cod Civil

– Résumé –

Les changements profonds qui ont eu lieu en Roumanie et la nécessité de harmoniser la législation roumaine à la législation européenne, dans le contexte de la future adhésion dans l'Union Européen dans l'Union Européenne, ont imposé l'élaboration d'un nouveau projet du Cod civil. Dans le projet, un entière livre, le VI-ème, a été consacré à l'institution de la prescription extinctive. Par rapport aux réglementations en vigueur, dans le présent projet, la prescription extinctive est réglementée d'une façon avantageuse. En premier lieu, la quasi-totalité des règles applicables à la prescription extinctive est réunie dans le Cod civil, faisant leur utilisation dans la pratique plus facile. Dans le projet sont bien clarifiées les notions, alors que plusieurs controverses de la littérature juridique et de la jurisprudence actuelle sont solutionnées. D'ailleurs, il s'établie que l'effet de la prescription extinctive consiste en l'extinction du droit matériel à l'action et non du droit subjectif lui-même. Conformément au principe de la disponibilité des parties dans le droit civil, on opte pour deux catégories de règles: dispositives – l'invocation de la prescription extinctive se fait seulement de la partie qui a un intérêt; le juge ne peut pas invoquer d'office à l'instance la prescription – et imperativés – les parties ne peuvent pas déroger aux règles juridiques qui réglementent la prescription. De plus, bien des situations juridiques apparues dans les relations socio-économiques de nos jours sont prévues dans le projet. En conclusion, les règles juridiques du projet du nouveau Cod civil représentent un grand progrès par rapport à la législation actuelle.

NOUL PROIECT DE LEGE PRIVIND CONCURENȚA

LUCIA ICHIMESCU

1. *Cadrul economic și legal.* Una dintre componentele esențiale ale unei economii de piață o reprezintă concurența. Aceasta trebuie să conste într-o competiție liberă, normală și loială între agenții economici, fiind un factor de progres, tehnic, economic și social¹.

Datorită rolului stimulativ pe care îl are concurența în activitatea economică, trebuie creat un mediu juridic adecvat, în limitele căruia să se manifeste și să se dezvolte comportamentul agenților economici. Conform art. 134 alin. 1 din Constituție, modificat prin legea de revizuire a Constituției, „Economia României este o economie de piață, bazată pe libera inițiativă și concurență”.

Reglementările din domeniul concurenței trebuie să creeze un mediu favorabil inovației, să protejeze interesele consumatorului, prin oferirea posibilității de a cumpăra produse și servicii în condiții optime și să prevină eventualele practici anticoncurențiale².

Politica în domeniul concurenței și reglementările legale în materie își au sorgintea în Preambulul Tratatului de la Roma, în care sunt consacrate ca scopuri principale comerțul echilibrat și concurența cinstită.

Stimularea și protecția unui mediu concurențial normal pe piață românească au drept cadru legal prevederile Legii concurenței nr. 21/1996³.

Printre factorii care au concurat la apariția ei se numără, pe de o parte, deschiderea economiei naționale spre exterior, liberalizarea continuă a comerțului, resimțirea efectelor globalizării piețelor, accentuarea proceselor de concentrare economică, iar, pe de altă parte, îndeplinirea obligațiilor asumate prin Acordul European de Asociere România – U.E.⁴

¹ Ion Băcanu, *Libera concurență în perioada de tranziție spre economia de piață*, în Revista „Dreptul”, nr. 9-12/1990, p. 49.

² *Politica în domeniul concurenței*, Centrul de Resurse Juridice, București, 2002, p. 9.

³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 83 din 30 aprilie 1996; a intrat în vigoare la 1 februarie 1997.

⁴ Theodor Valentin Purcărea, *Economia de piață funcțională și concurența*, în Revista „Tribuna Economică”, nr. 7/2002, p. 63.

În documentele evaluatoare ale U.E., este apreciat gradul de compatibilitate între legislația română în domeniul concurenței și acquis-ul comunitar. Se recomandă și se încurajează însă continuarea măsurilor de reglementare și deschidere către o concurență liberă și loială în diferite sectoare de activitate⁵.

În acest sens, pentru a răspunde solicitărilor Comisiei Europene, România, ca țară candidată și viitor stat membru al Uniunii Europene, s-a angajat, prin Documentul de poziție complementar II (CONF-RO 55/02), să amendeze Legea concurenței nr. 21/1996, încercând astfel să creeze un cadru instituțional și legal care să facă față exigențelor și presiunilor concurențiale ale pieței interne a Uniunii Europene.

2. *Scopul viitoarelor reglementări.* În noul proiect al concurenței se urmărește crearea unui cadru legal, care să permită dezvoltarea și eficientizarea unei economii competitive pe piața mondială, precum și ocrotirea intereselor consumatorilor. Acest obiectiv este exprimat în art. 1: „Prezenta lege are drept scop protecția, menținerea și stimularea concurenței și a unui mediu concurențial normal, în vederea promovării, în acest mod, a intereselor consumatorilor”.

În același sens, noul act normativ încurajează o politică de sprijinire a agenților economici sau a grupărilor de agenți economici. Intră sub incidența acestor reglementări doar agenții economici sau grupările de agenți economici care au o cifră de afaceri, aferentă exercițiului finanțiar precedent recurgerii la comportamente susceptibile de a fi calificate ca practici anticoncurențiale, sub plafonul stabilit anual de către Consiliul Concurenței, și o cotă totală de piață care nu depășește 5% (pentru agenții economici actuali sau potențiali) sau 10% (pentru agenții economici care nu sunt concurenți actuali sau potențiali).

Pentru urmare, beneficiază de un tratament favorizant agenții economici sau grupărilor de agenți economici care intrunesc un dublu criteriu: unul valoric (absolut)⁶, stabilit anual de Consiliul Concurenței și unul relativ⁷, legat de deținerea pe piață a unei cote ce nu depășește procentul de 5% sau de 10%.

Noua reglementare diferențiază cotele luând în calcul un criteriu în plus față de Legea nr. 21/1996: concurenți care sunt sau nu actuali sau potențiali. Aceste limite nu se vor aplica în cazul prevederilor art. 5, atunci când acestea privesc prețuri, tarife, acorduri de partajare a pieței sau licitații. Nu mai sunt exceptate situațiile prevăzute în art. 6 din legea concurenței.

Același scop este urmărit și prin instituirea măsurii de favoare înscrisă în art. 23 (care modifică art. 15 din Lege). Textul permite operațiunile de concentrare economică, atunci când sunt îndeplinite cumulativ condițiile: cifra de afaceri

⁵ Theodor Valentin Purcărea, *Contextul accelerării integrării în Uniunea Europeană*, în Revista „Tribuna Economică”, nr. 8/2002, p. 65.

⁶ Octavian Căpățână, *Noua reglementare antimonopolistă în dreptul concurenței*, în Revista „Dreptul”, nr. 7/1996, p. 4.

⁷ *Ibidem*.

cumulată a agentilor economici implicați nu depășește echivalentul în lei a 10.000.000 EURO și nu există cel puțin doi agenți economici implicați în operațiune care să realizeze pe teritoriul României, fiecare în parte, o cifră de afaceri mai mare decât echivalentul în lei a 4.000.000 EURO. Echivalentul în lei se calculează la cursul de schimb comunicat de Banca Națională a României, valabil pentru ultima zi a exercițiului financiar din anul anterior operațiunii.

Plafonul valoric propus este mai ridicat față de cel prevăzut în Legea nr. 21/1996 și este stabilit în euro, monedă unică europeană. Se creează astfel noi premise care vor permite penetrarea pieței românești și de către alți concurenți de pe piața europeană. Totodată, va exista și un control permanent asupra relația euro – leu.

Dacă nu se stabilesc bariere și condiții în care noii concurenți pot intra pe piața românească, pot fi puse în pericol prețurile practicate de agenții economici autohtoni⁸.

Amendarea Legii concurenței urmărește o serie de obiective, printre care: crearea unei singure autorități puternice și independente: Consiliul Concurenței; abrogarea cerinței notificării pentru înțelegerile, deciziile și practicile concertate care se încadrează într-o categorie exceptată; concentrarea resurselor asupra cazurilor care reprezintă cele mai serioase distorsionări ale concurenței; implicarea Consiliului Concurenței în emiterea avizelor pentru proiectele de acte normative care pot avea efect anticoncurențial; alinierea pragurilor și criteriilor pentru notificarea concentrărilor economice la practica comunitară; modificarea sistemului de sanctiuni de la unul în sume fixe la unul procentual; asigurarea cadrului pentru continuarea procesului de armonizare legislativă prin preluarea completă a prevederilor comunitare în materie de concentrări economice; formularea unei politici similară cu cea a Uniunii Europene față de întreprinderile care cooperează pentru depistarea unor înțelegeri ilegale; elaborarea legislației concurențiale în diverse sectoare de activitate (automobile, servicii poștale, comunicații electronice, transporturi aeriene, maritime și pe căi navigabile interne); diminuarea posibilității Consiliului Concurenței de a acționa discreționar în domeniul concentrărilor economice⁹.

3. Practici anticoncurențiale. Legea română a concurenței reglementează pe larg trei tipuri de comportamente anticoncurențiale: *înțelegerile între întreprinderi, abuzul de poziție dominantă și concentrările economice*.

Întreprinderea este principalul subiect de drept în dreptul comunitar.

Prin noțiunea de „întreprindere” trebuie înțeles, în tăcerea legii române, orice agent economic sau asociație de agenți economici. Nici în proiect nu este dată o

⁸ Anca Francisca Cruceru, *Mediul concurențial normal*, în „Revista de Comerț”, nr. 9/2003, p. 54.

⁹ Theodor Valentin Purcărea, 2003: *an crucial în procesul de închidere a negocierilor pentru Capitolul 6 „Politica în domeniul concurenței”*, în „Revista de Comerț”, nr. 9/2003, p. 6.

definiție a întreprinderii sau a agentului economic, lăsând loc, în continuare, la confuzii ori controverse în determinarea subiectelor de drept.

Prin interpretarea art. 2 alin. 1 lit. a se poate conchide că agentul economic poate fi o societate comercială, o asociație non-profit sau profesională, poate fi o persoană juridică de drept privat sau de drept public, dar și o persoană fizică¹⁰. Totodată, în această sferă pot fi incluse și organele administrației publice centrale sau locale, în măsura în care influențează concurența pe piață prin actele lor de decizie.

Înțelegările între întreprinderi sunt acorduri, exprese sau tacite, încheiate între agenți economici sau asociații de agenți economici, în scopul de a aduce atingere concurenței. Simplul fapt de a propune unui agent economic încheierea unei înțelegeri nu constituie în sine o practică anticoncurențială, decât în măsura în care a fost acceptată de celălalt agent economic¹¹.

Art. 5 alin. 1 din Legea nr. 21/1996 stabilește care dintre practicile concertate intervenite între agenții economici pot avea ca efect denaturarea, restrângerea sau împiedicare concurenței. Analizarea acestor dispoziții legale evidențiază faptul că legea română a preluat reguli, condiții și principii din Tratatul de la Roma și, fie le-a îmbinat greșit, fie a preluat expresii traduse incorect. De exemplu, expresia „decisions d'associations d'entreprises”, care se traduce corect prin „decizii ale asociațiilor de întreprinderi”, a fost tradusă prin „decizii între asociații de agenți economici”. Rectificarea este făcută însă în proiectul de lege, în art. 4, art. 5, art. 6, prin care se modifică textul art. 5 alin. 1 din lege, în sensul că expresia „decizii de asociere” este înlocuită cu „decizii luate de asociațiile de agenți economici”.

Legea concurenței arată în alin. 2 al art. 5 care sunt acordurile, deciziile sau practicile concertate în domeniul concurenței care pot să obțină beneficiul exceptării de la interdicția stabilită în alin. 1 al aceluiași art. 5. Beneficiul exceptării se acordă prin decizie a Consiliului Concurenței, în urma analizării unei solicitări de dispensă (alin. 3, art. 5).

Înțelegările, deciziile sau practicile concertate vor fi notificate de către agenții economici sau de asociațiile de agenți economici Consiliului Concurenței, care va verifica îndeplinirea condițiilor de încadrare în criteriile stabilite prin regulament sau instrucțiuni (art.3, alin. 7). Menționăm că solicitarea unei dispense are, în dreptul comunitar, semnificația unei notificări, în lipsa căreia Consiliul Concurenței nu poate lua nici o decizie¹².

¹⁰ Emilia Mihai, *Dreptul concurenței. Drept comunitar și drept românesc*, Editura Mirton, Timișoara, 2001, p. 13.

¹¹ Tatiana Moșteanu, *Concurența. Abordări teoretice și practice*, Editura Economică, București, 2000, p. 293.

¹² A se vedea art. 4, paragraful I din Regulamentul nr. 17/1962 din 6 februarie 1962 al Consiliului CEE.

Față de aceste reglementări, se impune o intervenție a legiuitorului, întrucât obligația de notificare este inutilă, atât timp cât prin regulamente se stabilesc categoriile de practici care sunt exceptate. Obligația de notificare în cadrul exceptărilor de grup nu are rațiuni juridice. Ea ar putea fi prevăzută în situații strict determinate prin regulamente de exceptare, doar pentru anumite înțelegeri, decizii sau practici, în anumite condiții și cu o procedură determinată¹³. Argumentele sunt cele oferite de dreptul comunitar al concurenței¹⁴.

Prin proiectul de lege privind concurența se abrogă alin. 7 al art. 5, renunțându-se la procedura notificării și aliniindu-se, sub acest proiect, la standardele legislative ale Uniunii Europene. Regulamentul nr. 1/2003 al Consiliului Comunității Europene referitor la punerea în aplicare a regulilor de concurență prevăzute în art. 81 și 82 ale Tratatului CE prevede o procedură nouă în privința constatării respectării regulilor de concurență, în sensul că se renunță la faza notificării către Comisie atunci când acordurile între întreprinderi, deciziile de asociere sau practicile concertate nu sunt susceptibile de a afecta comerțul între statele membre, dacă nu împiedică, restrâng sau distorsionează concurența pe piața comună sau dacă contribuie la ameliorarea producției sau a distribuției produselor, la promovarea progresului tehnic sau dacă nu are loc o exploatare abuzivă a unei poziții dominante în piața comună, care să afecteze comerțul între statele membre.

Abuzul de poziție dominantă beneficiază de o reglementare inspirată din dreptul francez și dreptul comunitar.

Se află pe o poziție dominantă agentul/agenții care exercită pe o piață determinată un rol determinant care îi constrâng pe concurenți să se conformeze atitudinii deținătorului acestei poziții¹⁵.

Art. 6 din lege interzice folosirea abuzivă a unei poziții dominante deținute de unul sau mai mulți agenți economici pe piața românească sau pe o parte substanțială a acesteia, prin recurgerea la fapte anticoncurrentiale, care au ca obiect sau pot avea ca efect afectarea comerțului ori prejudicierea consumatorului. Practicile abuzive pot consta în: impunerea, în mod direct sau indirect, a prețurilor de vânzare sau de cumpărare, a tarifelor sau a altor clauze contractuale inechitabile și refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari (lit. a). De exemplu, intrarea pe piața românească a magazinelor de mare suprafață are ca strategie practicarea unor prețuri foarte mici. Acestea sunt posibile numai în condițiile în care prețurile practicate de furnizori sunt cât mai mici și situate, uneori, chiar sub limita minimă a profitului. Pentru obținerea

¹³ Octavian Manolache, *Unele considerații în legătură cu legea concurenței*, în Revista „Dreptul”, nr. 11/1996, p. 49-50.

¹⁴ Art. 7 din Regulamentul nr. 19/1965 din 2 martie 1965 al Consiliului CEE.

¹⁵ Ion Turcu, *Teoria și practica dreptului comercial român*, volumul II, Editura Lumina Lex, București 1998, p. 205.

unor astfel de prețuri, strategia este simplă, mai ales în cazul produselor alimentare care se pot altera în timp foarte scurt: se încheie contract cu furnizorul pentru livrarea unei cantități mari de produse, apoi se revine și se impune un discount. Dacă furnizorul nu ar accepta, comanda se anulează, iar pierderile sunt mai mari decât în cazul aplicării discountului.

Alte practici abuzive constau în: limitarea producției, distribuției sau dezvoltării tehnologice în dezavantajul utilizatorilor sau consumatorilor (lit. b); aplicarea, în privința partenerilor comerciali, a unor condiții inegale la prestații echivalente, provocând în acest fel, unora dintre ei, un dezavantaj în poziția concurențială (lit. c); condiționarea încheierii unor contracte de acceptare, de către parteneri, a unor clauze, stipulând prestații suplimentare care, nici prin natura lor și nici conform uzanțelor comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte (lit. d); realizarea de importuri fără competiție de oferte și tratative tehnico-comerciale uzuale, în cazul produselor și serviciilor care determină nivelul general al prețurilor și tarifelor în economie (lit. e); practicarea unor prețuri excesive sau a unor prețuri de ruinare în scopul înlăturării concurenților (lit. f); exploatarea stării de dependență în care se găsește un alt agent economic față de un asemenea agent sau agenți economici și care nu dispune de o soluție alternativă în condiții echivalente, precum și ruperea relațiilor contractuale pentru singurul motiv că partenerul refuză să se supună unor condiții comerciale justificate (lit. g).

Unele formulări sunt preluate din prevederile Tratatului de la Roma, reprezentând traducerea exactă a dispozițiilor art. 81 și 82 din Tratat. Interdicția stabilită la litera (e) a art. 6 va fi abrogată prin proiectul de lege, însăcum nu mai corespunde realităților economice existente în momentul adoptării legii concurenței. Este de presupus că legiuitorul român a avut în vedere situația economică specială a României în perioada de tranziție, când realizarea unor importuri fără discernământ putea produce grave disfuncții echilibrului comercial național¹⁶.

Dintre practicile enumerate de art. 6, cea de la litera (e) este singura care nu se regăsește în Tratatul de la Roma¹⁷.

Concentrarea economică. Dispozițiile Legii nr. 21/1996 au preluat fidel noțiunea concentrării economice din Regulamentul nr. 4064 din 21 decembrie 1989 al Comunității Economice Europene. Potrivit art. 11 alin. 2 identic cu art. 3 din Regulament, concentrarea economică se realizează prin fuziune și prin dobândirea controlului.

Prin fuziune se înțelege, potrivit Regulamentului, combinarea a doi sau mai mulți agenți economici într-unul singur, cu scopul de a crește eficiența economică și de a evita concurență.

¹⁶ Emilia Mihai, *op.cit.*, p. 107.

¹⁷ *Ibidem.*

În privința concentrărilor economice exceptate, proiectul de lege modifică nivelul cifrei de afaceri de la 10 miliarde lei, la echivalentul în lei a 10.000.000 EURO sau 4.000.000 EURO și face distincție între cifra de afacere a fiecărui agent economic implicat și cifra de afaceri cumulată a agenților economici în cauză.

4. *Cadrul instituțional. Consiliul Concurenței.* Capitolul IV al proiectului de lege se intitulează Consiliul Concurenței și este dedicat organizării și funcționării acestuia. Acesta este o autoritate administrativă autonomă în domeniul concurenței, cu personalitate juridică.

Potrivit noilor reglementări, secțiunea I și a II-a a legii concurenței se abrogă, Oficiul Concurenței este desființat, iar Consiliul Concurenței rămâne singura autoritate în domeniu.

În ceea ce privește Consiliul Concurenței, intervin modificări privind numărul membrilor, reinvestirea lor etc.

Consiliul Concurenței este un organ colegial. Noile reglementări reduc numărul membrilor la 7, după cum urmează: un președinte, 2 vicepreședinți și 4 consilieri de concurență. Toți aceștia sunt numiți în funcție de către Președintele României, la propunerea comună a Comisiei economice a Senatului și a Comisiei pentru politică economică, reformă și privatizare a Camerei Deputaților (art. 18 alin. 1 din proiect). Criteriile de nominalizare stabilite în legea concurenței: studii superioare, înalta competență profesională, buna reputație și o experiență de minim 10 ani în activități din domeniile comercial, al prețurilor, concurenței și juridic nu mai sunt preluate de proiect.

Președintele trebuie să fie o persoană a cărei independență să fie indubitată, care să fi deținut o funcție de conducere cu largi responsabilități instituționale. Vicepreședinții și cei 4 consilieri trebuie să fie persoane cu o independență recunoscută și aleși dintre judecători de la Înalta Curte de Casată și Justiție, Secția Contencios Administrativ, Curtea de Conturi, profesori în științe economice sau juridice sau reputați oameni de afaceri (art. 18 alin. 3).

Durata mandatului membrilor Consiliului Concurenței este de 5 ani, aceștia putând fi reinvestiți de cel mult încă o dată. La fiecare 2,5 ani va fi o înlocuire parțială a celor 7 membri. Prin excepție, în cazul primului mandat al plenului Consiliului Concurenței, numit după intrarea în vigoare a noii legi, durata mandatului consilierilor de concurență va fi de 2,5 ani (art. 18 alin. 2).

Calitatea de membru al Consiliului Concurenței este incompatibilă cu exercitarea oricărei alte activități profesionale sau de consultanță, cu participarea la conducerea sau administrarea unor entități publice sau private sau cu deținerea de funcții sau de demnități publice, cu excepția activității didactice din învățământul superior. Ei nu pot fi desemnați experți sau arbitri, nici de părți și nici de instanță judecătoarească sau de o altă instituție (art. 18, alin. 4).

Aceste reglementări reflectă atenția legiuitorului de a crea un organism de o înaltă ținută morală și profesională.

Consiliul Concurenței își desfășoară activitatea, deliberează și ia decizii în plen și în comisii.

Este investit cu o serie de atribuții; adoptă regulamente și instrucțiuni; emite ordine; face recomandări și propuneri Guvernului; sesizează Guvernul și instanțele judecătoarești; avizează proiecte de acte normative; are putere de instrucție, de decizie și de sancționare a practicilor concertate; efectuează investigații pentru cunoașterea pieței.

În vederea exercitării atribuțiilor sale, Consiliul Concurenței își constituie aparat propriu, la nivel central și local, și se poate consulta cu organele administrației publice locale sau centrale.

Reglementările Consiliului Concurenței pot fi atacate în contencios administrativ, la Curtea de Apel București, în termen de 30 de zile. Deciziile privind reprimarea practicilor anticoncurențiale urmează aceeași procedură.

5. *Sanctiuni*. Proiectul de lege preia măsurile sancționatoare de drept civil prevăzute de Legea nr. 21/1996: „sunt nule de drept, fie ele exprese ori tacite, publice sau oculte, orice angajamente, convenții sau clauze contractuale raportându-se la o practică anticoncurențială proibită prin art. 5 și 6”.

O serie de abateri sunt calificate drept contravenții. Proiectul de lege stabilește sanctiuni având în vedere un criteriu procentual: amendă de până la 1% sau amendă de până la 10% din cifra de afaceri totală din anul financiar anterior sancționării faptelor. Individualizarea sanctiunii în cazul săvârșirii unei contravenții se face ținând seama de gravitatea și durata faptei și a consecințelor sale asupra concurenței (art. 68 din proiect).

O altă modalitate de a obliga agenții economici sau asociațiile de agenți economici de a respecta prevederile legii este stabilirea unei amenzi cominatorii în sumă de până la 5% din cifra de afaceri zilnică medie din anul financiar anterior sancționării, pentru fiecare zi de întârziere, calculată de la data stabilită prin decizie.

Împotriva deciziilor Consiliului Concurenței, prin care au fost stabilite sanctiuni pentru contravenții, se poate face plângere, în termen de 15 zile de la notificare, la președintele Consiliului Concurenței, care se pronunță prin decizie motivată. și aceasta poate fi atacată la Secția de contencios Administrativ a Înaltei Curți de Casată și Justiție, în 15 zile de la primirea notificării.

Proiectul de lege stabilește două termene: unul de 3 ani și altul de 5 ani, în care dreptul Consiliului Concurenței de a aplica sanctiuni se prescrie. Prescripția dreptului la acțiune a Consiliului Concurenței începe să curgă în ziua următoare zilei în care s-a săvârșit practica anticoncurențială. În cazul actelor cu caracter de repetabilitate sau de continuitate, prescripția începe să curgă în ziua următoare zilei în care a încetat încălcarea în cauză.

Termenul de prescripție prevăzut de proiect este susceptibil de întrerupere, în cazul în care Consiliul Concurenței întreprinde o acțiune în scopul unei examinări preliminare sau în scopul declanșării unei investigații în legătură cu o

anumită încălcare a legii. Aceste acțiuni sunt enumerate cu titlu exemplificativ și pot consta în: solicitări de informații în scris; ordin al președintelui Consiliului Concurenței de declanșare a unei investigații; întreruperea procedurilor legale.

Întreruperea termenului de prescripție își va produce efectele de la data comunicării acțiunii întreprinse de către Consiliul Concurenței, făcute către cel puțin un agent economic sau o associație de agenți economici care a participat la încălcarea legii.

În cazul întreruperii termenului de prescripție, un nou termen, cu o durată similară, începe să curgă de la data la care Consiliul Concurenței a întreprins o acțiune similară uneia enumerate mai sus. Termenul de prescripție va expira cel târziu în ziua în care se împlinește perioada egală cu dublul termenului de prescripție, aplicabil pentru săvârșirea încălcării în cauză, în situația în care Consiliul Concurenței nu a impus nici una dintre sancțiunile la care putea să recurgă în baza legii.

Modificările propuse de proiect sunt în conformitate cu noile dispoziții comunitare din domeniul concurenței¹⁸ și reprezintă un demers întreprins în direcția aderării României la Uniunea Europeană.

Proiectul de lege privind concurența creează un cadru legislativ care îi va determina pe agenții economici să se obișnuiască cu o disciplină a concurenței similară celei din Uniunea Europeană și să reușească să reziste presiunilor concurențiale ale pieței interne după aderare, iar pe consumatori să devină mai conștienți de avantajele pe care le oferă concurența.

Atât agenții economici sau associațiile de agenți economici, cât și consumatorii pot contribui la aplicarea regulilor și politicilor concurențiale prin contestarea, în instanță, a unor decizii ale Consiliului Concurenței, ceea ce va garanta existența unui mediu concurențial sănătos, asigurând tranzitia spre o economie de piață funcțională.

The New Bill of Competition

– Summary –

As a technical, economic and social progress factor, the free, normal and loyal competition between economic agents is an essential component of the market economy. The internal market cannot exist without a competition policy creating a favourable environment for innovation, protecting the consumer's interests by offering him the possibility of acquiring products and services under the best conditions and preventing

¹⁸ A se vedea Regulamentul nr. 1/2003 din 6 decembrie 2002 al Consiliului Comunității Europene; pentru o prezentare mai largă, a se vedea Ovidiu Ținca, *Noile dispoziții comunitare în domeniul concurenței Regulamentul nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002*, în „Revista de drept comercial”, nr. 9/2003, p.

any possible anticompetitional practice. The stimulation and the protection of a normal competitive environment on the Romanian market are referred to in the Law of Competition No. 21/1996. The estimative documents of the EU evaluate the degree of compatibility between the Romanian legislation concerning competition and the community acquis, encouraging however the maintenance of the measures of settlement, liberation and opening towards competition in different sections. The main purpose of the new settlements is the development of an efficient and world-wide competitive economy, as well as the protection of the consumer's interests. The Bill of Competition creates a legislative background which will not only make the economic agents show a discipline of competition similar to the one in the EU and resist the competitive pressures in the internal market from after the adhesion, but will also make the consumers more aware of the advantages of competition. Both the economic agents (or associations of economic agents) and the consumers can contribute to the application of the competitive rules and policies by contesting in a Court of Law certain decision made by the Competition Council, thus guaranteeing the existence of a healthy competitive environment and assuring the transition to a functional market economy.

Recenzii

Stanciu D. Cărpenuaru, Cătălinu Predoiu, Sorin David, Gheorghe Piperea, *Societățile comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență*. Editura All Beck, București, 2002, 611 pagini

Lucrarea recenzată prezintă într-o analiză detaliată Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale. Autorii elaborează o dezbatere a fiecărui articol din cuprinsul legii mai sus menționate luând în considerare ultimele modificări. Primul autor, Prof.dr. Stanciu D. Cărpenuaru, este un cunoscut specialist în domeniul dreptului comercial, fiind autorul cursului *Drept comercial român*, despre care afirmă că reprezintă „*prima lucrare cu caracter universitar consacrată dreptului comercial, apărută în perioada postrevoluționară*”, publicată pentru prima dată în 1995.

Această carte este structurată într-un număr de nouă titluri reprezentând un studiu care juxtapune elemente de doctrină, jurisprudență și drept comparat în materia societăților comerciale, după cum urmează: titlul I – *Dispoziții generale*, titlul II – *Constituirea societăților comerciale*, titlul III – *Funcționarea societăților comerciale*, titlul IV – *Modificarea actului constitutiv*, titlul V – *Excluderea și retragerea asociațiilor*, titlul VI – *Dizolvarea, fuziunea și divizarea societăților comerciale*, titlul VII – *Lichidarea societăților comerciale*, titlul VIII – *Infracțiuni*, titlul IX – *Dispoziții finale și tranzitorii*. La elaborarea acestei lucrări, autorii au cercetat un număr variat de lucrări atât din literatura română, cât și din literatura străină apartinând unor specialiști în domeniul juridic, precum și Gh. Belei, D.D. Gerota, I.L. Georgescu, Cesare Vivante etc. Modalitatea de împărțire a titlurilor și capitolelor din cuprinsul acestei cărți a fost determinată de prevederile Legii nr. 31/1990, astfel încât dacă privim structura acestei lucrări și Legea nr. 31/1990 se poate constata că împărțirea pe capitulo și titluri a legii coincide cu structura acestei cărți.

Titlul I prezintă aspecte referitoare la principiile libertății de asociere, personalitatea juridică a societății și criteriul comercialității. De asemenea, sunt luate în discuție forme de societăți comerciale, ce nu sunt reglementate de Legea 31/1990, precum asociația în participație reglementată de art. 251-256 din

Codul comercial român. În cuprinsul acestui titlu este elaborată o cercetare comparativă a diferențelor și asemănărilor dintre societatea civilă și societatea comercială.

Titlul al II-lea pune accentul pe problemele privind actul constitutiv și procedura de înmatriculare a societății comerciale. La redactarea acestui titlu s-a ținut cont de prevederile Ordonanței de Urgență Guvernamentală nr. 76/2001 privind simplificarea unor formalități administrative pentru înregistrarea și funcționarea societăților comerciale, ce modifică Legea 31/1990 și care reglementează posibilitatea încheierii actului constitutiv atât în formă autentică, cât și sub forma unui înscris sub semnatură privată în condițiile Ordonanței de Urgență Guvernamentală nr. 76/2001.

Titlul al III-lea studiază procedura de funcționare a celor cinci forme de societăți comerciale reglementate de Legea nr. 31/1990 și anume: societatea în nume colectiv, societatea în comandită simplă, societatea pe acțiuni, societatea în comandită pe acțiuni și societatea cu răspundere limitată. Una din problemele analizate în cadrul acestui titlu este transmiterea riscurilor privind aportul, reglementat inițial în dreptul comun și în prezent de Legea nr. 31/1990.

Prin titlul al IV-lea sunt cercetate aspecte referitoare la modificarea actului constitutiv având ca obiectiv principal reducerea sau majorarea capitalului social. În cadrul titlului al V-lea este analizată modalitatea retragerii și excluderii unui asociat din societățile de persoane, fiind tratată problema naturii juridice a excluderii.

Titlul al VII-lea comentează despre numirea și atribuțiile lichidatorilor, precum și despre procedura de lichidare a societăților comerciale. De asemenea, este studiată diferențiat prin intermediul a două capitoale modalitatea de lichidare a societăților în nume colectiv, în comandită simplă și cu răspundere limitată (capitolul II) și a societăților pe acțiuni și în comandită pe acțiuni (capitolul III).

În cuprinsul titlului al VIII-lea sunt prezentați ca posibili subiecți activi ai infracțiunilor prevăzute de Legea nr. 31/1990 numai administratorii, directorii executivi, censorii, lichidatorii și asociații în situația în care săvârșesc infracțiuni referitoare la activitatea desfășurată în cadrul societăților comerciale. Astfel, sunt enunțate prevederi clare aplicabile numai societăților comerciale, din care reiese că pedepsele au fost agravate în comparație cu primul text al Legii nr. 31/1990.

Cartea recenzată conține o îmbinare între teorie, jurisprudență și prevederi legislative reprezentând un studiu exhaustiv al materiei societăților comerciale. Aceasta a fost realizată în temeiul comparației cu prevederile legislative române anterioare Legii nr. 31/1990, în baza paralelei juridice dintre legislația altor state,

în principal cu dreptul francez, precum și datorită juxtapunerii doctrinei și jurisprudenței.

De asemenea, cartea reprezintă un instrument complex al literaturii juridice contemporane care poate fi un aparat juridic util atât pentru cadre didactice și studenți, cât și pentru practicieni.

Nicoleta-Rodica Dominte

Verginel Lozneanu, *Excepțiile de fond în procesul civil*, Editura Lumină Lex, București, 2003, 311 pagini

Lucrarea pe care o supunem atenției tratează o instituție a dreptului procesual civil care a născut o serie de controverse în literatura de specialitate și pentru care practica a manifestat un deosebit interes și a furnizat în permanență subiecte de comentariu și analiză. Categoria excepțiilor de fond, controversată atât ca existență în clasificarea excepțiilor de procedură, cât și din punct de vedere al conținutului, în sensul determinării în concret a excepțiilor ce pot fi încadrate în această categorie, a făcut obiectul mai multor monografii, din care enumerăm lucrarea Profesorului Alexandru Bacaci, *Excepțiile de procedură în procesul civil*, publicată la Editura Dacia, Cluj Napoca, în 1983 și, mai recent, lucrarea judecătoarei Mihaela Tăbârcă, *Excepțiile procesuale în procesul civil*, publicată la Editura Rosetti, București, în anul 2001.

Monografia lui Verginel Lozneanu are o structură clasică, analizând în parte fiecare dintre excepțiile procesuale pe care autorul le include în categoria excepțiilor de fond. Cele opt capitoale ale lucrării tratează chestiunile legate de noțiunea, condițiile, clasificarea și procedura fiecărei excepții, mai puțin primul capitol, consacrat unor chestiuni introductive și considerații generale asupra instituției excepțiilor în dreptul procesual civil. Lucrarea este bine documentată, bibliografia cuprinzând 136 de tratate, cursuri și monografii, 122 de articole și studii din literatura de specialitate și mai bine de 200 de trimiteri la jurisprudența instanțelor de judecată.

În primul capitol al lucrării (Considerații generale asupra instituției excepțiilor în dreptul procesual civil, p. 9-22), autorul prezintă câteva noțiuni introductive referitoare la excepțiile procesuale în general și la cele de fond în special. În ceea ce privește definirea acestora din urmă, este îmbrățișată opinia devenită clasică în literatura de specialitate din țara noastră, în sensul că în

categoria excepțiilor de fond trebuie incluse acele excepții care sancționează lipsa condițiilor de exercițiu a acțiunii civile (lipsa capacitatii, a interesului și a calității procesuale), cele care sunt strâns legate de exercitarea dreptului la acțiune (prescripția și autoritatea de lucru judecat) și cele referitoare la îngrădirea dreptului la acțiune prin dispoziții exprese ale legii (inadmisibilitatea, lipsa procedurii prealabile).

Cel de-al doilea capitol al lucrării (p. 22-88) este dedicat excepției lipsei calității procesuale. Cu privire la definirea calității procesuale, autorul îmbrățișează teza procesuală, considerând că „legitimarea procesuală nu se raportează, cu necesitate, la raportul juridic dedus în judecată, ci la dreptul de a reclama în justiție și la obligația de a răspunde față de pretențiile formulate prin actul de investire al instanței” (p. 30). În acest sens, sunt aduse și o serie de argumente din dreptul comparat. Cu privire la legitimarea procesuală în ipoteza unor drepturi sau obligații cu pluralitate de subiecte, în cazul indiviziunii și coproprietății, autorul se alătură opiniei doctrinare conform căreia acțiunea în revendicare poate fi exercitată de către oricare dintre coindivizari, fiind considerată un act de conservare, iar nu de dispoziție. (Nu ar fi fost lipsit de interes ca în secțiunea dedicată legitimării procesuale să fie incluse și o serie de considerații cu privire la legitimarea procesuală în cazul acțiunilor având ca obiect constatarea nulității absolute a unui act juridic). Autorul trece destul de sumar în revistă problemele legate de transmiterea calității procesuale. Clasificarea acesteia este puțin confuză, autorul vorbind despre transmisiune universală, cu titlu universal și cu titlu particular în subsecțiunea dedicată transmisiunii convenționale. În legătură cu această ultimă problemă, în lucrare nu sunt discutate chestiuni legate de efectele cesiunii drepturilor litigioase. Referitor la procedura invocării și soluționării excepției lipsei calității procesuale, autorul amintește situația prevăzută de art. 297 alin. 1 C.proc.civ., preluând dintr-un articol publicat în literatura de specialitate câteva considerații în acest sens, fără însă a intra în foarte multe detalii și fără a exprima vreo opinie cu privire la aplicarea acestui articol, spre exemplu, atunci când prima instanță a soluționat cauza prin admiterea unei excepții dirimante, iar instanța de apel a găsit apelul întemeiat și a admis apelul, însă părțile au invocat mai multe excepții, dintre care doar una a fost soluționată de instanța de fond, având în vedere ordinea de soluționare a excepțiilor procesuale.

Capitolul referitor la excepția lipsei capacitatii procesuale (p. 88-129) tratează, printre altele, în secțiunea dedicată capacitatii procesuale de folosință, problema îngrădirii capacitatii persoanelor fizice sau juridice străine de a dobândi drept de proprietate asupra terenurilor din România și răsfrângerea

acestei îngădirii asupra capacitatei lor procesuale. În ceea ce privește capacitatea de exercițiu, autorul se referă la reprezentare, asistare și autorizare, însă nu comentează anumite instituții reglementate de Codul de procedură civilă care prezintă importanță în materie (reprezentarea convențională, aplicarea art. 45¹ C.proc.civ.). De asemenea, în secțiunea legată de procedura excepției lipsei de capacitate, ar fi fost poate interesant un comentariu cu privire la incidența instituției suspendării de drept a judecății în cazul apariției unei modificări cu privire la capacitatea sau reprezentarea părții (art. 243 C. proc.civ.).

Următorul capitol (p. 129-146) este dedicat excepției lipsei de interes, fiind prezentate succint câteva chestiuni legate de noțiunea și natura juridică a interesului judiciar, condițiile acestuia și procedura invocării și soluționării excepției.

Capitolul V al lucrării (p. 146-173) tratează excepția privind caracterul subsidiar al acțiunii în constatare față de cea în realizare. Autorul face o atență analiză a noțiunii de acțiune în constatare, a condițiilor de exercitare a acestor acțiuni și, de asemenea, emite o critică pertinentă la adresa clasificării acestor acțiuni în declaratorii, interogatorii și provocatorii. Ar fi prezentat interes, ca în același context să fie analizate și alte situații de inadmisibilitate, spre exemplu imposibilitatea exercitării unei contestații la titlu în temeiul art. 399 alin. 3 C.proc.civ., în cazul în care legea pune la dispoziția părții o altă cale pentru a formula apărări de fond împotriva titlului executoriu.

Capitolul VI este dedicat excepției lipsei procedurii prealabile, fiind analizată atât necesitatea îndeplinirii procedurii prealabile în materia contenciosului administrativ, cât și în materie comercială. Cu privire la această ultimă chestiune, n-ar fi fost lipsite de interes o serie de explicații suplimentare referitoare la probleme apărute în practica judiciară, spre exemplu justificarea obligativității procedurii prealabile în materie comercială, sancțiunea nerespectării acestei formalități, procedura prealabilă în cazul participării terților la litigiu etc.

În capitolul VII al lucrării este tratată excepția prescripției dreptului material la acțiune. Ne-a atras atenția părerea autorului cu privire la sediul reglementărilor referitoare la prescripția extinctivă de lege ferenda și la procedura de soluționare a excepției prescripției dreptului la acțiune.

Ultimul capitol se referă la excepția puterii lucrului judecat. Autorul dedică o întinsă subsecțiune a acestui capitol corelației între puterea lucrului judecat, autoritatea lucrului judecat și litispendență, fiind adeptul teoriei care distinge între noțiunea de autoritate de lucru judecat și cea de putere de lucru de judecat.

De asemenea, sunt tratate elementele lucrului judecat și procedura excepției puterii lucrului judecat.

Monografia lui Verginel Lozneanu dedicată excepțiilor de fond în procesul civil reprezintă aşadar o contribuție valoroasă la studiul principalelor instituții ale dreptului procesual civil. Lucrarea combină în mod fericit concepțiile teoretice cu explicarea problemelor practice apărute în domeniul de studiu, fiind, în același timp, ca orice demers de cercetare, perfectibilă.

Horia Țiț

Carmen Tamara Ungureanu, *Dreptul european privat al afacerilor*, Editura Junimea, Iași, 2002, 285 pagini

Lucrarea recenzată analizează problemele de bază pe care le ridică dreptul internațional privat, și anume determinarea instanței competente, a legii aplicabile fondului unui litigiu civil sau comercial, precum și recunoașterea și executarea hotărârii pronunțate, prin prisma reglementărilor **Convenției de la Bruxelles din 1968 cu privire la competența judiciară și executarea deciziilor în materie civilă și comercială**, ale Regulamentului Comunității Europene nr. 44/2001 cu privire la competența, recunoașterea și executarea deciziilor în materie civilă și comercială (prin care a fost înlocuită Convenția, începând cu 1 martie 2002), și ale **Convenției de la Roma din 1980 cu privire la legea aplicabilă obligațiilor contractuale**.

Maniera de abordare a tematicii permite cititorilor să parcurgă ușor și rapid lucrarea, având posibilitatea să confrunte articolele studiate de autoare cu textele Convenției și ale Regulamentului, care sunt prezentate în anexe.

Cursul de drept privat european al afacerilor îmbină, într-un mod original și interesant, texte reglementărilor comunitare, lucrările în domeniu ale autorilor români și străini, precum și practica Curții de Justiție a Comunității Europene referitoare la interpretarea Convenției.

Structura lucrării urmărește îndeaproape pe cea convențiilor și regulamentului. Convenția de la Bruxelles din 1968 și Regulamentul Comunității Europene nr. 44/2001 sunt analizate pe parcursul a patru titluri, referitoare la domeniul lor de aplicare (titlul I); competența instanțelor sesizate cu un litigiu ce intră în domeniul de aplicare (titlul II); recunoașterea și executarea hotărârilor judecătoarești (titlul III); acte autentice și tranzacții

judiciare (titlul IV). De asemenea, autoarea studiază domeniul de aplicare (titlul I) și regulile uniforme (titlul II) ale Convenției de la Roma din 1980.

Aplicarea materială, în timp și în spațiu, a Convenției și a Regulamentului sunt analizate, pe larg, în cuprinsul **primului titlu**. De asemenea, sunt tratate și materiile excluse din domeniul lor de aplicare, și anume: starea și capacitatea persoanelor fizice, falimentele, concordatele, asigurarea socială și arbitrajul.

Titlul al doilea urmărește structura impusă de Convenție și Regulament, în sensul că regulile privind competența instanțelor judecătorești în soluționarea unui litigiu sunt cuprinse în **zece secțiuni**. În fiecare secțiune, sunt citate articolele supuse analizei.

Secțiunea întâi, care corespunde secțiunii 1 din Convenție și Regulament, reglementează competența generală, care revine instanței de la domiciliul părătului.

Secțiunea a doua (corespunde secțiunii a doua din Convenție și Regulament) se ocupă de competențele speciale și anume: competența în materie contractuală, delictuală și quasidelictuală, a despăgubirii pentru repararea unui prejudiciu sau pentru o restituire, ca urmare a unei infracțiuni; în materia obligației de întreținere; în materia litigiilor privind exploatarea unei unități; în materia trustului; în materie maritimă, precum și de competențele derivate. Pentru a putea stabili instanța competentă, autoarea recurge la definirea noțiunilor pe care le presupune fiecare competență specială. Elaborarea definițiilor a fost făcută luând în considerare soluțiile pronunțate în fiecare materie de către Curtea de Justiție a Comunității Europene.

Secțiunea a treia (corespunde secțiunii a treia din Convenție și Regulament) privește regulile referitoare la competența teritorială și prorogarea de competență în materia asigurărilor. De subliniat este faptul că autoarea analizează situațiile în care asigurătorul este părăt sau reclamant, precum și cazul acțiunilor directe intentate de victimă împotriva asigurătorului.

Competența în materia contractelor încheiate de consumatori face obiectul de studiu al *secțiunii a patra* (corespunde secțiunii a patra din Convenție și Regulament). Sunt determinate: domeniul de aplicare a regulilor de competență, regulile de competență în ceea ce privește contractele încheiate de consumatori și clauzele atributive de jurisdicție în acest domeniu.

Secțiunea a cincea (corespunde secțiunii a cincea din Regulament) este consacrată competenței în materia contractelor individuale de muncă. Ea este structurată în același mod ca secțiunea dedicată consumatorilor.

Definirea și analizarea competențelor exclusive fac obiectul *secțiunii a cincea* din Convenție și a *secțiunii a șasea* din Regulament. Instanțele au o competență

exclusivă în materie imobiliară; în materia societăților și a persoanelor juridice; în materia inscripțiilor în registrele publice; în materia proprietății intelectuale, precum și în materia executării deciziilor. Analiza articolelor care reglementează competența exclusivă a instanțelor este însotită de numeroase trimiteri la deciziile CJCE.

Secțiunea a șasea din Convenție și *secțiunea a șaptea* din Regulament, intitulată „Prorogarea de competență”, analizează condițiile referitoare la domiciliul părților, instanța desemnată, caracterul internațional al litigiului, condițiile de fond și de formă pe care trebuie să le îndeplinească o convenție atributivă de jurisdicție, precum și efectele acestor convenții cu privire la terți și la instanța aleasă.

Reglementările referitoare la verificarea competenței și a admisibilității cererii, cuprinse în *secțiunea a șaptea* din Convenție și în *secțiunea a opta* din Regulament, cazurile de litispendență și conexitate, prevăzute în *secțiunea a opta* din Convenție și *secțiunea a nouă* din Regulament, precum și măsurile provizorii și conservatorii, stabilite prin *secțiunea a nouă* din Convenția și *secțiunea a zecea* din Regulament, sunt prezentate și analizate de autoare în aceeași manieră riguroasă, îmbinând armonios comentarea textelor articolelor cu soluțiile CJCE în materiile respective.

Titlul al treilea insistă asupra procedurii recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești pe teritoriul statelor membre ale Uniunii Europene. Studiul se oprește mai întâi asupra deciziilor a căror recunoaștere și/sau executare poate fi solicitată, apoi asupra recunoașterii și a executării lor.

În **titlul al patrulea** este legat de actele autentice și tranzacțiile judiciare. Este prezentată procedura prin care actele autentice provenite dintr-un stat contractant și tranzacțiile judiciare încheiate în fața unei instanțe dintr-un stat contractant pot beneficia, într-un alt stat contractant, de punere în executare.

Convenția de la Roma din 1980 cu privire la legea aplicabilă obligațiilor contractuale este prezentată și analizată în două titluri. Ele sunt precedate de o **Introducere** în care autoarea evidențiază factorii care au contribuit la adoptarea Convenției.

În **titlul întâi**, este analizat domeniul de aplicare a Convenției, și anume: aplicarea materială, aplicarea cu caracter universal, aplicarea în spațiu și timp, precum și relațiile cu alte convenții sau acte normative comunitare.

Titlul al doilea este structurat pe trei secțiuni.

Secțiunea întâi se ocupă de determinarea legii aplicabile convenției dintre părți, potrivit principiului autonomiei de voință sau în situația în care părțile nu au ales legea aplicabilă. De asemenea, sunt analizate criteriile speciale de

determinare a legii aplicabile pentru două categorii de contracte: contractele încheiate de consumatori și contractele individuale de muncă.

În a doua secțiune este prezentat domeniul de aplicare a legii contractului și sunt tratate pe larg cazurile speciale referitoare la încheierea contractului și transmiterea obligațiilor. Sunt supuse analizei și dispozițiile referitoare la aplicarea legii contractului în materie de probă.

Secțiunea a treia se referă la interpretarea Convenției.

Dreptul european privat al afacerilor este un curs universitar elaborat din perspectiva integrării României în Uniunea Europeană. Lucrarea permite înțelegerea și aprofundarea legislației comunitare, în vederea perfecționării legislației românești. Datorită modalității clare de expunere, reprezintă un material didactic accesibil studenților.

Lucia Ichimescu

Jean-François Renucci, *Droit Européen des Droits de l'Homme*, 3^e édition, L.G.D.J., Paris, 2002

Jean-François Renucci este profesor de drept la Universitatea Sophia-Antipolis din Nice, Franța. Pe lângă aceasta, este avocat și membru al Centrului de studii asupra dreptului organizațiilor europene (CEDORE-IDPD) și al Comisiei pentru studiul Comunităților europene (CEDECE).

Manualul „Dreptul european al Drepturilor Omului” apărut la Editura Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.) din Paris în anul 2002 reprezintă un instrument util adresat studenților, dar și practicienilor și justițiabililor. Această ramură de drept a cunoscut o evoluție rapidă începând cu a doua jumătate a anilor '90, ocupând în prezent un loc important în dezbatările cu caracter juridic, atât pe plan național, cât și european.

Dreptul european al Drepturilor Omului studiază regulile elaborate în spațiul european destinate să protejeze drepturile și libertățile fundamentale ale omului. Pe plan european se disting două sisteme principale de protecție în acest sens: cel din cadrul Consiliului Europei (prin intermediul Convenției Europene a Drepturilor Omului, semnată la Roma în 1950 și intrată în vigoare în 1953) și cel din cadrul Uniunii Europene.

Din punct de vedere structural, lucrarea prezintă două părți: Partea I – „Drepturile garantate” și Partea a II-a, care tratează garantarea efectivă a acestora și mecanismele de protecție.

Prima parte prezintă practic ansamblul de drepturi protejate în Cadrul Consiliului European (Titlul I) și în cadrul Uniunii Europene (Titlul II). Profesorul francez Jean-François Renucci realizează în Titlul I al acestei lucrări una dintre cele mai amănunțite clasificări a drepturilor protejate de Convenție Europeană a Drepturilor Omului, pornind de la distincția generală între **drepturile civile și politice** (drepturile de primă generație, „clasice”, prezentate în Capitolul I) și cele **economice, sociale și culturale** (drepturi de generația a doua, descrise în Capitolul al II-lea).

Drepturile civile și politice se împart, la rândul lor, în două categorii: drepturi generale și particulare. Drepturile generale conțin drepturile primare (dreptul la viață, interzicerea tratamentelor inumane și degradante, a sclaviei și servituitii și a discriminărilor) și drepturile condiționale. Drepturile condiționale cuprind la rândul lor două sub-categorii: libertățile esențiale (libertatea de expresie, de gândire, conștiință și religie, și libera circulație) și protecțiile fundamentale: protecția intimității (dreptul la căsătorie, respectarea vieții private și familiale, a domiciliului și corespondenței) și protecția activităților sociale și politice (libertatea de reuniune și asociere și dreptul la alegeri libere). Drepturile particulare se referă la drepturile justițiabililor (incluzând și drepturile persoanelor private de libertate) și cele ale străinilor.

Drepturile economice și sociale sunt cuprinse în Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Protocolele adiționale (libertatea sindicală, interzicerea muncii forțate și obligatorii, accesul la educație, respectarea bunurilor și a proprietății) dar, mai ales, în Carta socială europeană, semnată la Torino în 1961 (protecția socială, dreptul la muncă, realizarea coeziunii sociale).

Pe lângă această clasificare amănunțită, foarte util este faptul că autorul își însoțește considerațiile teoretice cu spețe din jurisprudența recentă a Curții Europene a Drepturilor Omului.

Titlul al II-lea, intitulat Drepturile Omului și Uniunea Europeană, studiază două principii de bază din materia dreptului comunitar: cel al liberei circulații și cel al nediscriminării, împreună cu jurisprudența aferentă a Curții de Justiție a Comunităților Europene (CJCE).

Partea a doua se referă la garantarea drepturilor și libertăților fundamentale, studiind principiile aplicabile în materia protecției drepturilor omului (Titlul I) și mecanismele de protecție (Titlul al II-lea), insistându-se pe controlul efectuat prin intermediul organelor Consiliului European (Curtea Europeană a Drepturilor Omului și Comitetul de Miniștri), precum și asupra sistemului comunitar (Curtea de Justiție a Comunităților Europene și Tribunalul de Primă Instanță).

Ceea ce este nou la această lucrare este faptul că, spre deosebire de alte lucrări din domeniul drepturilor omului, autorul se concentrează cu minuțiozitate asupra protecției drepturilor și libertăților fundamentale ale omului în **spațiul european**, lăsând deoparte particularitățile înregistrate în cadrul altor mecanisme de protecție, regionale sau universale. Ca o consecință a acestei abordări, lucrarea reprezintă o contribuție originală și mai ales cuprinzătoare în ramura relativ nouă a Dreptului European al Drepturilor Omului.

Modestia autorului face ca această lucrare să fie publicată sub denumirea de „manual”, deși ar merita cu prisosință titlul de „tratat”, dată fiind amplitudinea volumului informațional prezentat și analiza în cele mai mici detalii. Valoarea acestei lucrări este dovedită și de faptul că a fost inclusă în bibliografia a numeroase examene și concursuri, atât în Franța, cât și în alte țări (de exemplu, în România face parte din bibliografia pentru concursul de ocupare a posturilor de consilier în cadrul Ministerului Afacerilor Externe).

Florin Dorian Dascălescu

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben von JOSEF IENSEE und PAUL KIRCHHOF, Band V: *Allgemeine Grundrechtslehren*, zweite durchgesehene Auflage (mit Beiträgen von ERHARD DENNINGER, HASSO HOFMANN, JOSEF IENSEE, PAUL KIRCHHOF, MARTIN KRIELE, PETER LERCHE, WOLFGANG LOSCHELDER, HANS VON MANGOLDT, DIETRICH MURSWIECK, HELMUT QUARITSCH, WOLFGANG RÜFNER, MICHAEL SACHS und KLAUS STERN) C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 2000, XXXIX, 1315 p.

Intitulată „Tratat de drept de stat [= constituțional] al Republicii Federale Germania”, lucrarea este reprezentativă pentru nivelul cel mai înalt al cercetării științifice în domeniul dreptului public german, constituind un element de referință obligatoriu pentru orice demers teoretic în materie. Editorii¹ au conceput-o în 10 volume, editate începând cu anul 1987: *Fundamentele statului și ale constituției* (vol. I, 1987; ediția a doua 1995; XXXV, 1279 p.),

¹ Paul Kirchhof este profesor la Universitatea „Ruprecht-Karls” din Heidelberg iar Josef Isensee la Universitatea Renană „Friedrich-Wilhelm” din Bonn.

Constituirea voinței democratice – Organele de stat ale federației (vol. II 1987, ediția a doua revăzută, 1998; XLIII, 902 p.), *Activitatea statului* (vol. III, 1988; ediția a doua revăzută, 1996; XXXIX, 1383 p.), *Organizarea financiară – Organizarea federală a statului* (vol. IV, 1990; ediția a doua revăzută, L, 1345 p.), *Teorii generale ale drepturilor fundamentale* (vol. V, 1992; ediția a doua revăzută, 2000; XXXIV, 1315 p.), *Libertăți publice* (vol. VI, 1989; ediția a doua revăzută, 2001; XLIII, 1531 p.), *Normativitate și protecție a Constituției – Relații internaționale* (vol. VII, 1992; XLI, 1006 p.), *Unitatea Germaniei – Dezvoltare și principii* (vol. VIII, 1995; XXXVIII, 823 p.), *Unitatea Germaniei – Desăvârșire și tranziție* (vol. IX, 1997; XLVI, 1346 p.) și *Indice general* (vol. X, 2000; IX, 1192 p.).

Fiecare volum este structurat în cca 20-30 de secțiuni distincte, realizate de către un singur autor, desemnate cu simbolul „§” și numerotate începând din primul volum (=§§ 1-28) până la volumul IX, inclusiv (§§ 202-221). Secțiunile au în general 50-100 de pagini fiecare, fiind precedate de un sumar schematic dar riguros al materiei. Orientarea rapidă a cititorului în text este facilitată de utilizarea consecventă a aceleiași scheme structurale în tot cuprinsul lucrării: secțiunile sunt împărțite în subsecțiuni desemnate prin litere latine, acestea din urmă fiind apoi împărțite în diviziuni, numerotate cu cifre romane. Paragrafele textului sunt numerotate la marginea paginii cu cifre arabe (la care se face trimitere în sumarul capitolului), iar manșetele inserate frecvent rezumă lapidar conținutul textului. Cele 221 de secțiuni ale lucrării sunt grupate în 14 părți, volumului V, de care ne vom ocupa în cele ce urmează, revenindu-i o singură parte, a VIII-a intitulată „Teoria generală a drepturilor fundamentale” (denumire care de fapt reiterează titlul volumului).

Partea a VIII-a (acoperind întregul conținut al volumului V) este structurată în cinci capitole: *Sensul și forma drepturilor fundamentale* (I, §§ 108-110 = pp. 3-142); *Efectele juridice ale drepturilor fundamentale* (II, §§ 111-115 = pp. 143-484); *Subiecții drepturilor și libertăților fundamentale* (III, §§ 116-120 = pp. 485-738); *Conținutul și limitele drepturilor și libertăților fundamentale* (IV, §§ 121-123 = pp. 739-836) și *Principiul egalității și drepturile fundamentale* (V, §§ 124-127 = pp. 837 - 1148).

Constituționalistul Klaus Stern, profesor la Universitatea din Köln și autor al unuia din cele mai frecvent citate manuale în domeniul său², a elaborat primele două secțiuni ale volumului: *Ideea drepturilor omului și pozitivitatea drepturilor*

² Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck Verlag, München, în 5 volume: vol. I, II, III/1, și III/2 au apărut între 1980 și 1994. Volumele IV și V sunt în curs de apariție.

fundamentale (§ 108, pp. 3-42) și *Ideea și elementele unui sistem al drepturilor fundamentale* (§ 109, pp. 43-100). În opinia autorului, punctul de pornire ideatic al drepturilor omului îl constituie demnitatea umană, valoare fundamentală având valențe normative proprii. Această idee este ilustrată și argumentată cu referire la textul „Legii fundamentale” (i.e. Constituția) a Germaniei, care nu „stipulează” sau „stabilește”, ci doar recunoaște demnitatea umană ca parte componentă fundamentală a ordinii juridice instituite de aceasta (art. 1, alin. 1, dispoziție declarată ca nerevizibilă, conform art. 79, alin. 3). O decizie timpurie a Curții Constituționale din Bavaria³ sintetizează această concepție: „Omul ca persoană este purtător al celor mai înalte valori spiritual-morale și întruchipează o valoare morală proprie inalienabilă, care este de sine stătătoare și intangibilă în raport cu orice pretenție a comunității și în special față de orice intervenții juridice și politice ale statului și ale societății”.

Fundamentele jusnaturaliste ale ideii de drepturi ale omului sunt expuse succint⁴, fiind urmate de scurte referiri la evoluțiile acestei idei în epoca luminilor (Fichte și Kant), pentru a sublinia în cele din urmă inexistența unor consacrări pozitive a acestor drepturi (p. 11). „Pozitivarea” dreptului omului – ca drepturi fundamentale – survine la sfârșitul secolului XVIII. După cum remarcă Georg Jellinek într-o lucrare publicată în 1895⁵, punctul de pornire al acestor declarații l-a reprezentat „The Virginia Bill of Rights” din 12 iunie 1776. Examinând circumstanțele adoptării, concepția teoretică și efectele practice ale declarațiilor americane și franceză, Klaus Stern expune și teze și argumente ale dispute declanșate – cu un secol în urmă – între Jellinek și sociologul francez Emile Boutmy în privința valorii simbolice, a importanței și a aspectelor de interdependentă între aceste declarații, pentru a se ralia în final opiniei istoricului german al dreptului, Martin Kriele: „americanii au avut ‘doar’ drepturi fundamentale; Franța însă a dăruit lumii drepturile omului” (p. 11). În continuare, autorul expune apariția și dezvoltarea ideii de drepturi ale omului în Germania. Etapele acestui proces includ monumentele legislative de la cumpăna

³ Adoptată în 1947 – primul an de funcționare a Curții –, decizia este citată de autor la pp. 7-8 (după uzanța germană în materie de citare a jurisprudenței, se menționează doar volumul – în acest caz întâiul – și pagina culegerii de decizii, nu și anul).

⁴ La pp. 8 și urm. Sunt menționați: Hugo Donellus, Althusius, Grotius, Pufendorf, Thomasius și Christian Wolf. Autorul nu citează direct din original, mulțumindu-se să facă trimitere la literatura secundară.

⁵ Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1895 München, Duncker & Humblot, ediția a 3-a 1919 (prima ediție: 1895).

veacurilor XVIII și XIX (codificările generale ale Prusiei și Austriei din 1794 și, respectiv, 1811), primele constituții ale secolului XIX, proclamațiile Adunării Naționale de la Frankfurt (1848/1849), Constituția Prusiei din 1850, Constituția Confederației Nord-Germane din 1867, cea bismarkiană „Reich”-ului (acestea înregistrând un recul sub aspectul drepturilor fundamentale) și Constituția adoptată la 11 august 1918, la Weimar. Partea a doua a acestei din urmă reglementări (art. 109-165) era consacrată „drepturilor și obligațiilor germanilor”. Sub aspect juridic, susține autorul, „această parte constituia un complex de drepturi subiective, garanții obiective, principii, directive și programe pentru o viață socială viitoare, încă în curs de structurare” (p. 19). Juriștii proeminenți de la sfârșitul anilor '20 (Carl Schmitt, Gerhard Anschütz, Albert Hensel și Richard Thoma) au argumentat necesitatea întăririi acestei componente a constituției germane, însă, în practică, legiuitorul federal („der Reichsgesetzgeber”) a fost prea puțin legat de dispozițiile respective, dat fiind faptul că textul legii fundamentale oferea numeroase „breșe” (rezerve ale unei reglementări ulterioare prin lege a „Reich”-ului), care-i acordau un considerabil spațiu de mișcare pentru a configura după propria-i apreciere conținutul drepturilor fundamentale.

Expunerea fundamentalui istoric al consacrării drepturilor omului facilitează autorului examinarea unui alt aspect, expus în continuare: interdependența dintre drepturile fundamentale și statul constituțional (pp. 20-25). Conexiunea strânsă între partea „organizatorică” a legii fundamentale și cea consacrată drepturilor omului, cu alte cuvinte evidențierea caracterului unitar al constituției, a fost confirmă de istorie și este pe deplin valabilă și astăzi. Această ideea este importantă sub aspect practic; dată fiind formularea adeseori lapidară a dispozițiilor consacrand drepturi ale omului, interpretarea și aplicarea lor este deseori expusă pericolului unei ideologizări excesive sau al influenței judecăților de valoare și aprecierilor subiective, pe când raportarea la dispozițiile părții „organizatorice” constituie un element de reper obiectiv și stabil. O scurtă expunere critică a concepțiilor privind drepturile fundamentale în alte state decât cele occidentale (țările comuniste și țările lumii a treia, pp. 25-32) face trecerea la ultima subsecțiune, consacrată interdependenței dintre drepturile omului și drepturile fundamentale. Clarificând aspectele de ordin terminologic referitoare la cele două noțiuni, autorul subliniază caracterul natural, înnăscut și perpetuu al drepturilor omului – temeiul lor fiind aşadar „suprapozitiv” – în raport cu caracterul pozitiv, concret, determinat și efectiv al drepturilor fundamentale. Cele din urmă, consacrate în constituțiile statelor, semnifică deci validarea și

impunerea ideii de drepturi ale omului, fapt asigurat prin instituirea unității între această idee și noțiunea de constituție. Pozitivarea drepturilor omului nu trebuie însă să ducă la concluzia eronată că respectivele drepturi vor fi din acest moment supuse tratamentului rezervat legilor statului. Astfel, în cazul în care „catalogul drepturilor fundamentale rămâne în urma standardelor privitoare la drepturile omului, această atitudine omisivă a constituwantului nu are efecte asupra lor. Drepturile omului ‘reînvie’ și constituie, din acest motiv, un minim în domeniul consacratării juridice a drepturile fundamentale” (p. 35). Domeniul drepturilor omului și cel al drepturilor fundamentale sunt private de autor ca două cercuri distințe care se suprapun (cel puțin) în parte; domeniul din urmă este în general mai întins, dar pot exista și drepturi ale omului ce nu au dobândit caracterul de drepturi fundamentale. Raportul dintre cele două domenii nu are o bază axiologică și poate fi redus, schematic, la raportul dintre temeiurile validității acestora: drept suprapozitiv față de drept pozitiv. Prin urmare, este fals a considera drepturile omului ca superioare drepturilor fundamentale; drepturile omului cărora le lipsește caracterul de drepturi fundamentale nu au efectivitate. Prezentarea instrumentelor internaționale, universale și regional-europene în care sunt consacrate drepturile omului încheie această secțiune (pp. 35-43).

Consacrată, după cum am mai precizat, ideii și elementelor unui sistem al drepturilor fundamentale, secțiunea următoare (§ 109, pp. 45-100) pornește de la constatarea lipsei de unitate și a contradicțiilor în terminologia din literatură privitoare la temeiurile drepturilor fundamentale. Sunt utilizate frecvent noțiuni precum cele de „teorie”, „dogmatică”, „funcții” sau „transformare” a drepturilor fundamentale. Autorul preferă conceptul de „sistem al drepturilor fundamentale”, termen care, în opinia sa, răspunde exigentei „cuprinderii sub aspect dogmatic a abordărilor conceptuale existente prin intermediul unui număr restrâns de puncte de vedere cu caracter fondator, acceptate în mod unitar” (pp. 46-47). Încercările de abordare sistematică din timpul Republicii de la Weimar (ilustrate prin contribuții ale lui Carl Schmitt și Richard Thoma), concepțiile dezbatute în cadrul „Consiliului Parlamentar” (organism care a elaborat în 1949 Legea Fundamentală a Republicii Federale Germania), jurisprudența în materie a Curții Constituționale Federale (Bundesverfassungsgericht) din anii '50 precum și modificările survenite ulterior sunt expuse succint. Atenția autorului se îndreaptă apoi spre evoluția teoriilor asupra drepturilor fundamentale, menționând contribuția în acest sens a profesorului Ernst Wolfgang Böckenförde (pp. 58-60). În concepția acestui constitutionalist freiburghez, teoriile în materie pot fi clasate în următoarele categorii: teoria liberală (a statului burghez de

drept), teoria instituțională, teoria axiologică, teoria democratic-funcțională și teoria statului social. Autorul subliniază însă că acest spectru doctrinar larg nu epuizează prezentarea concepțiilor în domeniul respectiv. În opinia sa, s-ar fi cuvenit menționată și concepția care poziionează drepturile fundamentale ca obligații de protecție (Schutzwürdigkeiten) în caz de periclitare prin acțiunea sau omisiunea statului a unor bunuri sau valori protejate de aceste drepturi (Grundrechtsgüter). Această teorie a funcției protectoare se regăsește și în unele decizii ale Curții Constituționale Federale. Pe de altă parte, Klaus Stern atrage atenția asupra riscurilor unor construcții teoretice prea elaborate în privința drepturilor fundamentale, care să ofere o imagine coerentă de ansamblu asupra acestora: încărcarea conținutului lor normativ cu o „teleologie străină” sau cu idei preconcepute (p. 61). Manifestând prin urmare o necesară precauție în tratarea sistematicii drepturilor fundamentale, autorul își limitează demersul la examinarea „elementelor constitutive de sistem (systembildende Elemente) ale drepturilor fundamentale” (pp. 67 și urm.). În acest context, el decelează nivelul juridic obiectiv și cel subiectiv al drepturilor fundamentale (distincție operată pentru prima oară cu decenii în urmă de Konrad Hesse), apoi examinează aceste drepturi prin prisma categoriilor stabilite cu un secol în urmă de Georg Jellinek (*status negativus*, *status positivus* și *status activus*)⁶. Acestor categorii, autorul le adaugă categoria drepturilor fundamentale procesuale (pp. 70 și urm., la p. 74). În privința subiecților obligați prin instituirea drepturilor, autorul are în vedere în primul rând statul, atât în ipostază de legiuitor, cât și ca putere executivă (administrație) sau în calitate de autoritate judecătoarească (pp. 83-91). Scurte considerații privind domeniul de acțiune și titularii drepturilor fundamentale, precum și dreptul general la libertate (allgemeines Freiheitsrecht) încheie această secțiune, caracterizată prin densitate a textului și erudiție.

Secțiunea următoare (§ 110, pp. 101-142) este redactată de Martin Kriele, profesor la Universitatea din Köln, și examinează „Drepturile fundamentale și spațiul de desfășurare al statului democratic (demokratischer Gestaltungsspielraum)”. Sunt analizate raportul delicat între validitatea drepturilor fundamentale și spațiul de manevră ce trebuie să revină unui legiuitor democratic, discreția decizională a executivului în relație cu instanțele judecătoarești, precum și raportul dintre acestea din urmă și Curtea Constituțională Federală. În esență, este vorba și aici de raporturi de putere.

⁶ Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1919 (reimpresiune anastatică a ediției din 1905), pp. 81-193.

După ce trece în revistă unele abordări doctrinare în materie (conceptul de „judicial self-restraint”, teoria clasică a interpretării, aşa-numitele „neutral principles” și „preferred freedoms”), autorul încearcă să răspundă la întrebarea: cât de nepartizană poate fi interpretarea drepturilor fundamentale? (pp. 112 și urm.). În final, demersul lui Kriele se concentrează asupra problematicii interpretării conținutului, întinderii și a limitelor drepturilor fundamentale.

Partea a II-a a lucrării este intitulată „Efectele juridice ale drepturilor fundamentale” și începe cu o consistentă secțiune (§ 111, pp. 143-242) consacrată „Dreptului fundamental ca drept defensiv (Abwehrrecht) și ca obligație statală de protecție”, redactată de unul din editorii volumului, Josef Isensee. Autorul evidențiază funcționarea antinomică a celor două instituții: dreptul defensiv este orientat împotriva ingerințelor statului în sfera libertății individului, pe când obligația statală de protecție vizează pericolele din partea unor particulari (atacuri contra vieții sau sănătății persoanei ori a bunurilor acesteia), a căror respingere implică restrângeri ale libertății individuale. Obligația de protecție instituie un *status positivus*; statul trebuie să garanteze integritatea valorilor sociale relevante pentru particulari, și prin aceasta siguranța relațiilor private. Astfel, puterea de stat nu este îngrădită ca în cazul drepturilor defensive (Abwehrrechte), ci promovată, pe plan legislativ, executiv și judecătoresc (p. 146). Isensee subliniază că apărarea contra ingerințelor din partea particularilor are un caracter ambivalent, fiind favorabilă celui protejat, însă oneroasă pentru autorul ingerinței. Astfel, în triunghiul stat-autor-victimă, acesteia din urmă îi revine – sub aspectul drepturilor fundamentale – un *status positivus*, iar autorului ingerinței un *status negativus*, un drept defensiv opozabil statului. Raportul dintre particulari (autorul perturbării și victimă) este mai puțin relevant sub aspectul instituției drepturilor fundamentale; statul se limitează la al reglementa indirect și în mod negativ, prin interdicția de a aduce atingere vieții, sănătății, libertății, patrimoniului sau altor valori sociale (p. 147). Drepturile defensive sunt configurate mai simplu decât obligația de protecție. Aici există un raport dual, între stat și individ. Statul apare însă în dublă ipostază, ca autor a-l ingerinței și ca garant al libertății individului, contra unor asemenea ingerințe. Această sciziune a rolurilor se repercuzează în sistemul separației puterilor în stat, fiind soluționată în contextul acesteia. La baza schemei bilaterale a drepturilor defensive stă principiul distributiv al statului de drept, formulat cu decenii în urmă de Carl Schmitt⁷: libertatea individului este în principiu

⁷ Carl Schmitt, *Verfassungstlehre*, Duncker & Humblot, Berlin und Leipzig, 1928, p. 126.

nelimitată, pe când abilitarea statului de a efectua ingerințe în această sferă este în principiu limitată. Pe de o parte, avem libertatea individului, originară, cuprinzătoare și care nu necesită justificări, iar pe de altă parte puterea de stat, legată și limitată prin drept, necesitând justificare (p. 149).

Cele două instituții se deosebesc și sub aspectul consacrației în dreptul pozitiv. Drepturile defensive sunt expres prevăzute în legea fundamentală, pe când consacrația obligației de protecție este foarte problematică. Practica Curții Constituționale Federale a descoperit însă relevanța acestei obligații pentru instituția drepturilor fundamentale, găsind în acest sens o aprobare aproape unanimă în literatura de specialitate (p. 154). Autorul schizează apoi evoluția istorică a obligației de protecție. Consacrarea unui drept la siguranță o întâlnim în declarațiile americane de drepturi, în proiectul de declarație a drepturilor omului elaborat de abatele Siéyès, în Declarația franceză a Drepturilor Omului și Cetățeanului (art. 2), precum și în declarațiile de drepturi cuprinse în Constituțiile revoluționare franceze din 1793 și 1795. Catalogele de drepturi fundamentale ale secolului XIX au preluat însă doar drepturile defensive, omitând dispozițiile referitoare la siguranța persoanei. Pentru concepția liberală a epocii, pericolul venea din partea puterii statului, iar ulterior, odată cu emergența problematicii sociale, atenția se îndreaptă către aspectele de ordin social ale siguranței și nu asupra pericolului încălcării drepturilor. Chestiunea siguranței dispare în constituțiile secolelor XIX și XX; ea va fi cantonată în domeniul dreptului ordinar, în special civil, penal sau polițienesc. Siguranța individului devine din nou o temă de drept constituțional în ultimul sfert al secolului trecut. Renașterea s-a manifestat mai ales în doctrină și practica judiciară. „Revoluția culturală” a anului 1968 a supus instituțiile clasice ale statului de drept unei puternice presiuni din punct de vedere al legitimării; autoritatea statului trebuia justificată pornind de la instituția drepturilor fundamentale. Măsurile energice pe plan procesual penal luate în vederea combaterii terorismului (fenomen care a afectat grav Germania anilor '70) și care afectau exercitarea drepturilor defensive ale celor acuzați de implicare în acțiuni teroiste trebuia argumentate prin garantarea altor „valori protejate constituțional” decât cele supuse ingerinței statului în cursul procedurilor judiciare. Aceste valori erau principiul statalității de drept (*Rechtsstaatlichkeit*) și obligația statului de a proteja siguranța cetățenilor săi precum și încrederea lor în capacitatea de funcționare a instituțiilor statale (p. 161). Prin prisma acestor reconsiderări, autorul argumentează existența a trei niveluri teleologice ale statului constituțional: siguranța fizică a cetățeanului, libertatea față de

ingerințele statului și siguranța socială. În continuare sunt examinate în detaliu structura și funcțiile dreptului defensiv (pp. 163-181), fundamentarea obligației de protecție (pp. 163-188) precum și structura și funcția acesteia (pp. 188-240).

Profesorul Dietrich Murswieck de la Universitatea „Albert-Ludwig” din Freiburg redactează secțiunea următoare, consacrată drepturilor fundamentale ca drepturi sociale sau participative (*Teilhaberechte*)⁸ (pp. 243-290). Autorul evidențiază structura normativă diferită a drepturilor participative față de cea a libertăților (drepturi defensive). Libertatea este „principial nelimitată” (Carl Schmitt), sfârșind acolo unde legiuitorul (din exterior) îi stipulează în mod expres granițele, pe când dreptul la prestații pozitive poate fi conferit doar în condițiile în care conținutul și cuprinsul său sunt definite prin acțiunea statului. Drepturile participative (în sens larg) sunt clasificate de autor în drepturi de *status activus* (drepturi cetățenești active: participarea la formarea voinei politice în stat sau accesul la funcții și demnități publice) și drepturi ținând de *status positivus*. Acestea din urmă se subîmpart, urmând distincția operată de Josef Isensee, în două categorii: *status positivus libertatis* (drept la protecție, participare la anumite proceduri) și *status positivus socialis* (drepturi participative în sens restrâns). Examinând diversele concepții privitoare la drepturile sociale originare (concepția libertății „reale”, a mandatului constituțional obiectiv, a garanției minimale și a premiselor juridice), autorul se arată favorabil în special penultimei abordări (pp. 278-288, la p.287).

În continuare, este examinată asistența statului prin proceduri, organizare și finanțare, la exercitarea drepturilor fundamentale, în cuprinsul unei succinte secțiuni (§ 113, pp. 291-319), redactată de profesorul Erhard Denninger de la Universitatea „Johann-Wolfgang Goethe” din Frankfurt. Cadrul acestei problematici poate fi ilustrat prin opoziția tezelor „libertatea față de stat” și „libertate prin stat” (pp. 292-294). Autorul este preocupat de evidențierea criteriilor de drept constituțional ale reglementărilor procedurale și organizatorice în vederea configurării protecției și promovării drepturilor fundamentale, precum și a consecințelor care decurg din opțiunea pentru anumite criterii, iar în final analizează asistența financiară a statului pentru exercitarea drepturilor fundamentale.

⁸ Termenul de „teilhaben” (etimologic: „a avea parte”) desemnează participarea, calitatea de asociat. În doctrina dreptului public german, „Teilhaberechte” sunt drepturi sociale, drepturile în baza căror individul poate pretinde o anumită prestație pozitivă de partea statului. Elementul participativ vizează aceste prestații; titularul unui asemenea drept ia parte – ca beneficiar – la distribuirea unor bunuri sau servicii. Drepturile din această categorie sunt prin urmare subsumabile în primul rând lui *status positivus*, iar, în accepținea largă a termenului și lui *status activus*.

Profesorul Hasso Hofmann de la Universitatea „Alexander von Humboldt” din Berlin este autorul următoarei secțiuni (§ 114, pp. 321-351), consacrată raportului dintre drepturile și obligațiile fundamentale. Expunerii evoluției istorice a consacrării constituționale a obligațiilor fundamentale îi urmează prezentarea reglementării actuale din legea fundamentală germană și o analiză a raportului dintre drepturile și obligațiile fundamentale.

Problematica dificilă a „Premiselor drepturilor fundamentale și a expectativelor constituționale în exercitarea drepturilor fundamentale” (§115, pp. 353-484) este prezentată de Josef Isensee. Autorul subliniază că, deși drepturile fundamentale le este proprie o validitate juridică supremă (höchste Geltungsqualität), beneficiind de supremația constituțională, acestea nu-și garantează propria validitate. Înfăptuirea intenției lor normative este decisă de realitatea vieții politice, depinzând de o normalitate raportată la ele. Factorii care concurează la această normalitate sunt diversi: structura și anvergura puterii de stat, climatul spiritual al societății, stilul de viață, repartizarea bunurilor și valorilor relevante pentru viață (Lebensgüter), nivelul economic și de civilizație, creativitatea culturală și convențiile sociale, particularitățile psihologice și etosul populației. Potențele care influențează validitatea și fizionomia normelor privind drepturile fundamentale constituie premise ale drepturilor fundamentale (pp. 355-356).

Conceptul de „expectative constituționale” (Verfassungserwartungen) vizează nu posibilitatea exercitării drepturilor fundamentale, ci exercitarea efectivă a acestora. Conceptul poate fi definit ca modelul de exercitare conformă binelui comun a unei libertăți fundamentale, dorit de constituție, dar nesanctionat printr-o regulă de drept (p. 436). În cadrul dogmaticii drepturilor fundamentale, expectativa constituțională se situează la antipod față de conceptul de tel al statului. Drepturile fundamentale posedă o dimensiune pe planul binelui comun depășind sfera intereselor private ale titularilor lor; în această măsură, ele conțin un titlu de competență în vederea realizării binelui comun. Deși „expectativele constituționale” nu implică o obligație juridică („așteptarea” și obligația excludând-se reciproc), ele nu se situează total în afara dreptului constituțional: un exemplu în acest sens îl reprezintă dispoziția din art. 14, alin. 2 al Legii Fundamentale germane, care prevede că „Proprietatea obligă. Utilizarea ei trebuie să servească în același timp binelui general” (p. 437). Obligativitatea socială a proprietății (Sozialpflichtigkeit des Eigentums) constituie de altfel prototipul unei expectative constituționale (p. 439). În continuare, autorul operează delimitarea conceptului față de alte noțiuni conexe: limitele drepturilor fundamentale, abuzul în exercitarea drepturilor

fundamentale, obligațiile fundamentale, precum și expectativele constituționale în alte domenii decât cel al drepturilor fundamentale (pp. 451-454). În încheierea acestei dense și consistente secțiuni, autorul schițează o teorie a expectativei constituționale, creionată prin teme precum: dilema libertății fundamentale (efectul public al exercitării individuale a drepturilor fundamentale, de către o persoană acționând din sfera privată a intereselor sale, protejată față de ingerințele statului, care este totuși răspunzător de realizarea interesului public), conținutul expectativei constituționale, virtute sau interes: garantarea în mod independent față de drepturile fundamentale a expectativelor constituționale și, în fine, răspunderea statului (pp. 464-483).

Capitolul al III-lea al volumului (*Die Subjekte der Freiheitsrechte = Subiecții libertăților fundamentale*, §§ 116-120, pp. 485-737) cuprinde cinci secțiuni: titularii drepturilor fundamentale, adresanții drepturilor fundamentale, aplicarea drepturilor fundamentale în privința persoanelor juridice, cetățenia germană ca premişă și obiect al drepturilor fundamentale și statutul străinilor sub aspectul drepturilor fundamentale.

Profesorul Wolfgang Rüfner de la „Institutul de Drept Ecleziastic (=Staatskirchenrecht) al Diocezelor Germane” (cu sediul în Bonn) este autor al secțiunii 116, privind titularii drepturilor fundamentale (pp. 485-524). Sunt examinate problemele teoretice și practice ale calității persoanelor fizice de titulari ai drepturilor fundamentale (aspecte generale, începutul, sfârșitul și evoluția capacitații juridice în domeniul drepturilor fundamentale), ale persoanelor juridice, inclusiv ale persoanelor juridice de drept public și ale persoanelor juridice de drept privat dependente față de stat, precum și ale entităților având capacitate juridică parțială.

Secțiunea următoare, consacrată adresanților drepturilor fundamentale (§117, pp. 525-562), are același autor. Evident, principala entitate legată prin normele constituționale privitoare la drepturile fundamentale este statul. În acest sens, autorul vorbește de o legare fără lacune (*lückenlose Grundrechtsbindung*) a puterii de stat, întemeiată pe dispozițiile art. 1, alin. 3 din legea fundamentală germană („Următoarele drepturi fundamentale leagă legislativul, puterea executivă și justiția, ca drept direct aplicabil”; p. 526). În acest context, este examinată problema aplicării dispozițiilor referitoare la drepturile fundamentale în privința unor autorități negermane (în speță, Comunitățile europene, vizate de deciziile Curții Constituționale Federale în cazurile „Solange (=atât timp cât) I” și „Solange II”), autorul subliniind că nici deciziile respective și nici deciziile privind alte organizații internaționale nu au postulat o legare formală a acestora față de drepturile fundamentale consacrate în constituția germană. Normele

constituționale în materie leagă însă sub anumite aspecte persoanele juridice dependente de stat precum și biserică, având totodată efecte și în sfera dreptului privat. Aceste efecte au fost analizate în doctrina germană începând din anii '50, vorbindu-se în acest sens de un „efect terțiar” (Drittewirkung) al drepturilor fundamentale. Drepturile fundamentale leagă legislativul și justiția, nu însă și persoanele particulare; față de acestea, dispozițiile legilor civile sau penale sunt ori trebuie să fie suficiente. Întrucât judecările axiologice din dreptul constituțional și cel civil sunt în principiu identice, eventualele incongruențe apar îndeosebi pe plan procesual; aici „efectul terțiar” al drepturilor fundamentale capătă relevanță practică. Astfel, contra oricărei decizii în ultimă instanță în jurisdicția civilă, este posibilă în principiu sesizarea Curții Constituționale Federale, care va examina decizia sub aspectul unei eventuale încălcări a unui drept fundamental. Instanța constituțională trebuie să manifeste însă o anumită reținere în exercitarea acestei atribuții, evitând arogarea calității de instanță civilă supraordonată; decizia atacată nu este reexaminată în întregul său, în discuție fiind doar faptul dacă se bazează pe o concepție principală greșită asupra anvergurii și efectelor drepturilor fundamentale incidente speței sau dacă un asemenea drept este încălcat. De regulă, legiuitorului și instanțelor civile le este lăsat un spațiu de manevră considerabil (pp. 558-559).

Secțiunea 118 (pp. 563-615) este consacrată aplicării drepturilor fundamentale asupra persoanelor juridice și este redactată de profesorul Josef Isensee. Subiectul include probleme precum: transpunerea drepturilor fundamentale individuale asupra persoanelor juridice, persoana juridică în calitate de subiect al drepturilor fundamentale, responsabilitatea statului în privința premiselor consacrate în dreptul comun ale drepturilor fundamentale, rezerva apartenenței la stat, aplicabilitatea libertăților fundamentale în funcție de condițiile esențiale ale persoanei juridice, statutul persoanei juridice pe planul drepturilor fundamentale în raport cu cel al persoanei fizice, precum și ambivalența puterii sociale în sfera drepturilor fundamentale.

„Cetățenia germană ca premişă și obiect al drepturilor fundamentale” constituie tema următoarei secțiuni (§ 119, pp. 617-662), elaborată de profesorul Hans von Mangoldt, de la Universitatea „Eberhard-Karl” din Tübingen. Scurte considerații istorice referitoare la distincția dintre drepturile omului și cele ale cetățeanului în istoria constituțională a țării preced o analiză mai amplă privind problematica specific germană a existenței unor grupe de populație etnic germane, în privința căror Republica Federală și-a asumat, prin instrumente internaționale și prin reglementări interne, anumite responsabilități. Circumstanțele istorice particolare în care a apărut acest stat (formarea în zona

de ocupație sovietică a Germaniei a unei entități statale distințe, existența unui număr de circa 10 milioane de refugiați din teritoriile estice, intrate în componența altor state, menținerea unor populații germane – prin limbă, tradiții și cultură – în Europa de Est) a determinat configurarea de către legislatorul constituuant a unui concept de „german” structurat „pe două linii” (zweigleisig). Alături de cetățenia germană, calitatea de „german” – având relevanță pe planul drepturilor fundamentale – este recunoscută și celor refugiați sau alungați din teritoriile germane ori stabiliți ulterior în Germania, dacă aparțin unei comunități etnice germane. Aceștia pot dobândi cetățenia, în urma stabilirii domiciliului pe teritoriul statului german. Ca obiect al drepturilor fundamentale, cetățenia germană prezintă relevanță – în opinia autorului – sub aspectul protecției contra pierderii sau retragerii, al reintegrării celor cărora le-a fost retrasă cetățenia în timpul național-socialismului sau al problemei unui existenței drept fundamental la încetățenie.

Statutul străinilor sub aspectul drepturilor fundamentale (§ 120, pp. 663-737) este examinat de profesorul Helmut Quaritsch, de la Școala Superioară de Științe Administrative din Speyer. Normele incidente se găsesc în Legea Fundamentală, în constituțiile landurilor, în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, precum și în Pactele ONU ale drepturilor omului. Protecția vizează atât persoanele fizice cât și persoanele juridice; această fapt implică analiza unor probleme precum cea a naționalității unei asociații sau a influenței naționalității membrilor unei asociații asupra naționalității acesteia. Autorul mai evidențiază circumstanțele spațiale, temporale și personale ale validității drepturilor fundamentale față de străini (pp. 699-707), distincția dintre drepturile fundamentale „apărținând oricui” (Jedermann-Grundrechte) și cele rezervate germanilor (pp. 708-719), precum și problema drepturilor aplicabile în privința unui străin în situația în care în domeniul respectiv anumite drepturi fundamentale sunt rezervate germanilor (pp. 719-737).

Capitolul IV (Conținutul și limitele libertăților fundamentale = *Inhalt und Schranken der Freiheitsrechte*) cuprinde trei secțiuni (§§ 121-123, pp. 739-836), primele două redactate profesorul Peter Lerche (Universitatea „Ludwig-Maximilian” din München), iar ultima de profesorul Wolfgang Loschelder (Universitatea din Postdam).

Prima secțiune a capitolului tratează trei concepte având o semnificație centrală pentru dogmatică germană a drepturilor omului: cel de „domeniu protejat” de drepturile fundamentale (grundrechtlicher Schutzbereich), cel de „reliefare” a drepturilor fundamentale (Grundrechtsprägung) și cel de ingerință în domeniul drepturilor fundamentale (Grundrechtseingriff). Problematica

examinată include teme precum: concepția centrală și contextul său – dezvoltarea, formarea și delimitarea drepturilor fundamentale, condițiile și condiționările domeniului protejat ori „aprecierea” drepturilor fundamentale (Grundrechtsbemessung).

Același autor examinează în secțiunea următoare (§ 122, pp. 775-804) conceptul de limite ale drepturilor fundamentale (Grundrechtsschranken). Orice delimitare a materiei unei libertăți individuale are ca presupoziție motivarea acesteia prin luarea în considerare a valorilor protejate (Schutzwerte) aflate în coliziune, care trebuie să fie totodată recunoscute în aceeași măsură – pe plan juridic. În consecință, fiecare asemenea delimitare trebuie orientată în sensul unui compromis rezonabil (sinnvoller Ausgleich) al valorilor protejate și relevante în planul dreptului constituțional, aflate în coliziune (p. 777). Sunt abordate probleme ca: sensul și limitele unui compromis adecvat; garanția conservării conținutului esențial al dreptului (Wesensgehaltsgarantie); limitări admisibile la un nivel mai general; situații speciale (statut special, abuzul de drept, renunțarea la drept) și concurența limitelor (elementele de conținut ale coliziunii și soluționarea coliziunii).

„Drepturile fundamentale în cazul unui statut special” (Grundrechte im Sonderstatus) constituie tema ultimei secțiuni din acest capitol (§ 123, pp. 805-836). Punctul de plecare în această analiză îl constituie situația existenței unor raporturi mai strânse dintre stat și cetățean (cazul detinuților, militarilor, elevilor sau al funcționarilor publici), în contextul extinderii ariei drepturilor fundamentale în procesul de dezvoltare a statului de drept, precum și al efectului drepturilor fundamentale și în interiorul sferei statale (staatlicher Innenbereich). Relevante din această perspectivă sunt chestiuni precum legitatea structurilor obiective (Sachgesetzlichkeit) ale încadrării cetățeanului în sfera statală, precum și raportul dintre „distanță față de stat” (Staatsdistanz)⁹ și încadrarea în stat (Staatseingliederung). Sunt examineate în continuare: preluarea legităților structurilor obiective în legea fundamentală precum și efectelor drepturilor fundamentale în cazul unor legături speciale.

Ultimul capitol al lucrării este consacrat egalității ca drept fundamental (grundrechtliche Gleichheit), fiind structurat în patru secțiuni (§§ 124-127, pp. 837-1148).

⁹ Termenul de „distanță față de stat” (Staatsdistanz) implică ținerea la distanță și reducerea la minimum a mijloacelor statale de dirijare heteronomă a conduitelui individual, ca un corolar al „principiului distributiv al statului de drept” (formulat de Carl Schmitt; vezi *infra*, la textul aferent notei 7).

Prima secțiune este realizată de profesorul Paul Kirchhof, unul din editorii tratatului, și are ca temă „Principiul general al egalității” (§ 124, pp. 837-972). Abordarea subiectului este făcută pe un plan general, interdisciplinar; autorul își situează demersul într-o perspectivă filozofică, analizând mai întâi comparația ca proces al cunoașterii și al valorizării juridice. Urmează o analiză a principiului egalității ca aserțiune determinată cultural, precum și a egalității în contextul constituției de ansamblu (Gesamtverfassung) (pp. 905-923). În ultima și cea mai consistentă dintre subsecțiuni, Paul Kirchhof prezintă unele aspecte de conținut ale principiului: egalitatea statului (Statusgleicheit), planul obiectiv al dreptății (Sachgerechtigkeit), consecvența logică (Folgerichtigkeit), cerința obiectivității (Objektivitätsgebot), precum și efectele și limitele acestui principiu (principiul egalității ca sursă a cunoașterii juridice, consecințele încălcării egalității, titularii acestui drept fundamental și limitele acestei garanții).

Același autor a redactat secțiunea următoare (§ 125, pp. 973-1016), tratând „Egalitatea în ordinea funcțională [a statului]” (Gleichheit in der Funktionenordnung). Legarea în mod exhaustiv a statului – mai exact a puterilor în stat – față de exigențele acestui principiu nu implică un conținut nediferențiat al egalității în raport cu toate funcțiile statale. Profesorul heidelberghez examinează în acest context perspectiva comparativă (pp. 998-1001), egalitatea conform legii (egalitatea în baza legii, egalitatea raportată la legea neconstituțională și egalitatea raportată la actele ilegale ale administrației: pp. 1001-1011) precum și instrumentele auxiliare în aplicarea principiului egalității (pp. 1011-1015).

Ultimele două secțiuni ale acestui capitol, încheind totodată și acest cuprinsător volum, sunt elaborate de Michael Sachs, profesor la Universitatea din Köln. Sunt tratate garanțiile speciale ale egalității (besondere Gleichheitsgarantien: § 126, pp. 1017-1083), precum și efectele principiului general al egalității asupra unor subsisteme ale ordinii juridice (Die Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitsatzes auf die Teilechtsordnungen: § 127, pp. 1085-1148). Relevante pentru subiectul primei secțiuni sunt dispozițiile art. 3, alin. 2 din Legea Fundamentală (egalitatea în drepturi a femeii cu bărbatul), alin. 2 al aceluiași articol (interdicția discriminării în funcție de sex, descendență, rasă, origine sau loc de origine, credință ori concepții religioase sau politice) precum și ale art. 33, alin. 1 din același act normativ (aceleași drepturi și obligații pentru fiecare german, în oricare din landurile federației), dispoziții supuse unei analize și interpretări minuțioase în cuprinsul penultimei secțiuni (§ 126, pp. 1035-1064). Secțiunea finală abordează anumite efecte concrete ale principiului egalității în privința unor domenii precum: procesul politic, dreptul

contribuțiilor (dreptul fiscal, legislația privind taxele, contribuțiile la asigurările sociale, de ajutor social și cele speciale), domeniul specific german al „confruntării cu trecutul” (*Vergangenheitsbewältigung*), implicând reglementarea reparațiilor și a despăgubirilor de război, a situației celor alungați din teritoriile natale precum și a repartizării sarcinilor decurgând de aici, dreptul procesual, dreptul penal și execuțional penal, dreptul funcției publice, dreptul administrativ, dreptul privat și dreptul muncii.

Accesul cititorului la informația din volum este facilitată de un bogat aparat științific, cuprinzând un registru al actelor normative citate (legi constituționale, legi federale și ale landurilor, reglementări europene) (pp. 1149-1187) și un index tematic minuțios, redactat de Dr. Cornelia Pachlke-Gärtner (pp. 1189-1316). Totuși, consultarea volumului nu este tocmai un demers facil. Conceperea sa – ca de altfel a tuturor manualelor, cursurilor, tratatelor și monografiilor germane – a avut în vedere cititorul acestei țări, având acces lejer și neîngrădit la o bibliotecă universitară generos dotată, putând consulta în mod curent culegerile de acte normative, dezbateri parlamentare și decizii judecătorești, lucrările cu caracter general, colecțiile de reviste de specialitate ori luxurianta literatură monografică în domeniu. Prin urmare, citatele și trimiterile – abundente – sunt prescurtate și reduse la un spațiu tipografic minim, ceea ce conferă textului un aspect dens și concentrat. Însă pentru cine își poate permite luxul de a consulta volumul, concomitent cu textele la care se face frecvent trimitere, câștigul este inestimabil: o profundă și amplă perspectivă asupra evoluției și a stadiului actual al doctrinei de drept public din una din cele mai interesante literaturi juridice ale Europei.

Marius Balan

**TIPARUL EXECUTAT LA
IMPRIMERIA EDITURII UNIVERSITĂȚII
„ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAȘI**

700511 Iași, Păcurari 9, tel./fax 0232 314947

Format: 70×100/16

Coli tip: 12,25

Apărut: 2004

Comanda: 332

