

ANALELE ȘTIINȚIFICE
ALE
UNIVERSITĂȚII “ALEXANDRU IOAN CUZA”
DIN IAȘI
(SERIE NOUĂ)

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM LX

Nr. II - 2014

EDITURA UNIVERSITĂȚII “ALEXANDRU IOAN CUZA”
IAȘI

COLEGIUL DE REDACȚIE

Redactor-șef	Profesor dr. Tudorel TOADER
Director științific	Conferențiar dr. Carmen Tamara UNGUREANU
Comitet de redacție	Lector dr. Marius Nicolae BALAN Lector dr. Ioana Maria COSTEA
Secretar tehnic de redacție	Mariana PETCU
Dezvoltare pagină Web	Ciprian ICHIM

ISSN 1221-8464

CUPRINS

SEPTIMIU PANAINTE , Considerații privind întinderea obligației de restituire a plăților compensatorii în cazul anulării deciziei de concediere	5
SERGIU BOCA , Evoluția concepției despre nulitatea actului juridic civil	17
MARIA IOANA MICHINICI, MIHAI DUNEA , Reflectarea standardelor C.E.D.O. în dreptul penal material român - considerații privind un caz particular: evoluția reglementării pedepsei accesorii în Codul Penal de la 1968 și în Codul Penal din 2009 (II)	35
ANCUȚA-ELENA FRANȚ , Drepturile bărbaților incidente în materia avortului. O analiză sintetică	55
ARSENE TCHAGNA TAKWI , L'internationalisation du droit constitutionnel en Afrique: quelques exemples d'Afrique subsaharienne francophone	65
MARIUS BALAN , Reprezentarea, interpretarea constituției și dreptul constituțional nescris – considerații asupra conflictului dintre președintele Traian Băsescu și premierul Victor Ponta	85
IOANA MARIA COSTEA , Considerații privind controlul financiar preventiv (I)	95
COMENTARIU DE JURISPRUDENȚĂ	125

TABLE OF CONTENTS

SEPTIMIU PANAINTE: Considerations relating the extent of restitution compensation payments in case of dismissal decision's annulment	5
SERGIU BOCA: Evolution of the concept of legal act's nullity	17
MARIA IOANA MICHINICI, MIHAI DUNEA: Reflecting ECHR standards in romanian criminal law - considerations upon a particular case: the evolutionary pattern of the additional (accessory) punishment (from the Criminal Code of 1968 to the Criminal Code of 2009) [II]	35
ANCUȚA-ELENA FRANȚ: Men`s rights concerning the abortion issue. A summary analysis	55
ARSENE TCHAGNA TAKWI: L'Internationalisation du droit constitutionnel en Afrique: quelques exemples d'Afrique subsaharienne francophone	65
MARIUS BALAN, Representation, constitutional interpretation and unwritten constitutional law – some brief remarks on the dispute between president Traian Băsescu and prime minister Victor Viorel Ponta	85
IOANA MARIA COSTEA: Considerations regarding preventive financial control (II)	95
LUIZA-CRISTINA GAVRILESCU: Jurisprudence commentary	125

**CONSIDERAȚII PRIVIND ÎNTINDEREA OBLIGAȚIEI DE
RESTITUIRE A PLĂȚILOR COMPENSATORII ÎN CAZUL
ANULĂRII DECIZIEI DE CONCEDIERE**

**CONSIDERATIONS RELATING THE EXTENT OF
RESTITUTION COMPENSATION PAYMENTS IN CASE OF
DISMISSAL DECISION'S ANNULMENT**

SEPTIMIU PANAINTE¹

Rezumat: Studiul se axează pe întinderea obligației de restituire a plăților compensatorii în cazul anulării deciziei de concediere. Ca natură juridică, în pofida reglementării speciale, obligația de restituire nu constituie o consecință a angajării răspunderii patrimoniale a salariaților, ci este determinată de o plată nedatorată. În cazul anulării deciziei de concediere este înlăturată cauza juridică a plăților compensatorii. Actualizarea sumei cu indicele de inflație și dobânzile civile legale au natură juridică diferită și, prin urmare, se pot cumula. Pe acest fond, salariatul va trebui să restituie suma netă încasată, actualizată cu indicele de inflație, datorând și dobânda legală. Actualizarea cu indicele de inflație și dobânda legală nu se vor datora de la data formulării cererii reconvenționale, ci de la data soluției definitive de anulare a deciziei de concediere (data exigibilității) și până la data restituirii integrale.

Cuvinte cheie: decizie de concediere, plăți compensatorii, obligație de restituire, actualizare cu indicele de inflație, dobândă legală.

Abstract: The study aims to reveal some considerations regarding the extent of the obligation to repay the compensation payments in the situation of annulment of the dismissal decision. Despite the special labour regulation, the restitution obligation is not a consequence of the employee's liability, but is caused by an undue payment. If dismissal decision is cancelled, the reason of compensation payments is eliminated. Updating with the inflation rate and the amount of legal interests have different legal nature and, therefore, both of them may be added. Thus, the employee will have to repay the net amount received updated with the inflation rate and the interest rate.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: septimiupanainte@yahoo.com

These will be calculated considering the date of the Court's decision of annulling dismissal (the date of chargeability) and until full refund.

Keywords: dismissal decision, compensation payments, undue payment, inflation rate, interest rate.

1. Aspecte introductive

1.1. Obligația de restituire a plăților compensatorii în cazul anulării deciziei de concediere prezintă interes în condițiile în care pe rolul instanțelor s-au aflat diferite cauze care au primit soluții distincte.

1.2. Obligația de restituire de către salariat a sumelor primite și nedatorate este reglementată de art. 256 alin. (1) din Codul muncii, în cuprinsul titlului XI privind răspunderea juridică, capitolul III - răspunderea patrimonială.

Observăm că răspunderea patrimonială a salariatului este angajată „în temeiul normelor și principiilor răspunderii civile contractuale”. Făcând apel la textul art. 1350 din noul Cod Civil² constatăm că răspunderea contractuală este un corolar al principiului forței obligatorii a contractului. Această formă de răspundere are un conținut moral bazându-se pe ideea de reparare, în condițiile legii, a prejudiciului determinat de neexecutarea culpabilă a obligațiilor contractuale.

Prin urmare, aparent, ne aflăm în prezența unei situații de angajare a răspunderii juridice a salariatului, obiectivată în forma răspunderii civile contractuale³. Acest fapt ar presupune îndeplinirea condițiilor general acceptate în această materie, dar aceste condiții nu sunt îndeplinite în cazul în care se pune problema restituirii de către salariat a plăților primite și nedatorate: plata este făcută de către angajator în mod eronat, iar salariatul nu este în culpă.

² Art. 1350 noul Cod civil, care este dedicat în mod expres răspunderii contractuale, subliniază particularismul acestei forme de răspundere în cadrul răspunderii civile și pentru a o distinge de răspunderea civilă generală (delictuală).

³ Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că în cadrul răspunderii contractuale, contractul este singurul care dovedește preexistența obligației, față de culpa debitorului de a nu o fi executat, astfel că obiectul probei în cadrul acestei răspunderi constă în stabilirea culpei contractuale și a întinderii prejudiciului (Decizia nr. 965 din 24 februarie 2012 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect acțiune în evacuare și daune interese, disponibilă la: <http://www.iccj.ro/cautare.php?id=67043>).

Caracterul deficitar al reglementării a fost sesizat în doctrină⁴ arătându-se că aceasta este o instituție distinctă de răspunderea patrimonială, obligației de restituire fiindu-i aplicabile normele și principiile Codului civil, că nu se poate vorbi de vinovăția salariatului obligat la restituire, motiv pentru care această obligație se întemeiază pe plata nedatorată, îmbogățirea fără justă cauză. Deși salariatul (*accipiens*) este de bună credință, acesta este obligat la restituire.

S-a mai subliniat că se poate vorbi de o sumă nedatorată doar în cazul lipsei oricărui temei legal sau convențional al încasării acestei sume⁵.

Cu toate acestea, sub aspectul procedurii de recuperare a sumelor plătite nedatorat se consideră că sunt aplicabile dispozițiile Codului muncii și nu ale dreptului comun în materie⁶.

1.3. În acest context este util să observăm, în sinteză, și Decizia Curții Constituționale nr. 122 din 16 februarie 2012 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 256 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii⁷.

Astfel, în motivarea excepției de neconstituționalitate autorul acesteia a arătat că textul de lege criticat nu definește sintagma „sumă nedatorată”, nu prevede modul în care se face restituirea sumei nedatorate și în care se va executa obligația salariatului de restituire, nu prevede ce cazuri de excepție pot interveni pentru excluderea de la obligația de restituire și nu specifică cine stabilește caracterul nedatorat al unei sume de bani. De asemenea, nu stabilește dacă dispozițiile textului de lege supus controlului de constituționalitate se aplică salariatului care a obținut sume compensatorii ca urmare a concedierii colective, concediere ce a fost ulterior constatată de instanța de judecată ca fiind nelegală. În acest sens, a arătat că sumele plătite de angajator foștilor salariați în baza art. 65 și 68 din Codul muncii ca urmare a reorganizării societății angajatoare și concedierii colective sunt considerate plăți nedatorate, deși la data când aceste sume au fost acordate

⁴ Pentru detalii a se vedea I.T. Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2007, p. 502; A. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii: legislație, doctrină, jurisprudență*, Ed. a VII-a, revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 868.

⁵ A. Țiclea, *op. cit.*, p. 869.

⁶ I.T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 502; A. Țiclea, *op. cit.*, p. 868.

⁷ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 294 din 4 mai 2012. Excepția a fost respinsă ca neîntemeiată.

salariaților erau legale, iar numai ulterior, prin hotărârea instanței de judecată, s-a constatat nelegalitatea concedierii.

Curtea de Apel București și-a exprimat punctul de vedere în sensul că excepția de neconstituționalitate este inadmisibilă, întrucât autorul excepției solicită, în realitate, completarea textului de lege criticat.

În considerente, Curtea Constituțională a arătat că textul de lege criticat a mai constituit obiect al controlului de constituționalitate în raport cu aceleași texte din Constituție și argumente asemănătoare. S-a făcut trimitere la Decizia nr. 274 din 24 februarie 2011⁸, decizie în care Curtea a reținut că “textul de lege criticat nu dă o definiție exactă a noțiunii de «sumă nedatorată» și nici nu detaliază condițiile în care se naște obligația de restituire. El vine să acopere însă, prin excluderea tuturor celorlalte situații prevăzute de lege care antrenează răspunderea patrimonială a salariatului, cazurile când, fără a fi reținută vinovăția acestuia, este obligat la restituirea unor sume încasate de la angajator, întrucât acestea nu i se cuveneau, neexistând o justă cauză”.

De asemenea, în decizia citată de Curte se mai preciza că „în cazul în care între salariat și angajator nu există un acord cu privire la restituirea sumelor nedatorate, obligația de restituire nu va putea fi stabilită decât pe cale judecătorească, la instanța competentă să soluționeze conflictul de drepturi respectiv, potrivit dispozițiilor art. 281 și următoarele⁹ din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii”.

Relevantă ni se pare și poziția Curții raportat la caracterul legal al sumelor încasate în contextul concedierii colective ulterior anulate de către instanța de judecată, invocat de autorul excepției: acesta este un aspect care ține de “interpretarea și aplicarea legii, de competența instanței de judecată, iar nu a celei de contencios constituțional”.

Prin urmare și Curtea Constituțională a precizat natura juridică a obligației de restituire reglementată de textul criticat - art. 256 alin. (1) din Codul muncii, în sensul că, în pofida modului de reglementare, nu se suprapune cu răspunderea patrimonială. Pentru rațiuni de protecție a salariaților, spre deosebire de reglementarea anterioară, obligația de restituire trebuie stabilită pe cale jurisdicțională (deducem că prin analogie cu situația

⁸ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 355 din 23 mai 2011.

⁹ Devenite art. 266 și următoarele, în urma republicării Codului muncii în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 345 din 18 mai 2011.

Considerații privind întinderea obligației de restituire a plăților compensatorii 9
daunelor provocate de salariat). Curtea mai menționează procedura specială de executare silită a daunelor provocate de salariați prin rețineri din salariu, fără însă a statua expres că și aceasta se aplică sumelor nedatorate, respectiv obligației de restituire a plăților compensatorii.

În sfârșit, Curtea Constituțională nu s-a pronunțat cu privire la natura juridică a plăților compensatorii ce se impune a fi restituite ca urmare a anulării măsurii concedierii sau cu privire la incidența textului atacat în cauza în care a fost invocată excepția de neconstituționalitate.

1.4. Pe acest fond, în lipsa unei definiții proprii de către Codul muncii a noțiunii de sumă nedatorată și în lumina precizărilor relevate mai sus, constatăm că art. 256 alin. (1) din Codul muncii impune apelul la dreptul comun în materie, instituția plății nedatorate reglementată de Codul civil în art. 1341 - 1344. Aceste dispoziții ale Codului civil sunt aplicabile fiind îndeplinită și exigența instituită prin art. 278 alin. (1) teza a doua din Codul muncii de a nu contraveni specificului raporturilor de muncă.

2. Soluții jurisprudențiale

Cu privire la problema întinderii obligației de restituire a plăților compensatorii, constatăm că în practica judiciară s-au pronunțat soluții diferite.

2.1. Astfel, într-o cauză¹⁰ având ca obiect, printre altele, anularea deciziei de concediere emisă în temeiul art. 65 Codul muncii, intimata a formulat cerere reconvențională prin care a solicitat „obligarea petentului la restituirea sumei de 11.140 lei indexată cu rata inflației precum și dobânda aferentă acestei sume, motivat de faptul că ar fi o plată nedatorată. Intimata a arătat că odată cu disponibilizarea petentului acestuia i s-a plătit și contravaloarea a 10 salarii brute corespunzătoare clasei 19D din grila de salarizare, respectiv suma de 11.140 lei reprezentând plăți compensatorii ca urmare a contractului colectiv de muncă de la nivelul societății intimate. S-a arătat că în cazul reintegrării contestatorului, acesta nu ar mai fi îndreptățit la suma primită cu titlu de plăți compensatorii, deoarece aceasta a fost dată tocmai ca ajutor al concedierii, ori concedierea nemaexistând nici suma de bani încasată nu s-ar mai justifica”.

¹⁰ Curtea de Apel Bacău, secția civilă, cauze minore, familie, conflicte de muncă, asigurări sociale, decizia nr. 1544/11.12.2009, disponibilă la: <http://www.avocatura.com/speta-24419-civil-contestatie-decizie-de-concediere.html>.

Tribunalul a respins ca nefondate contestația și cererea reconvențională, iar împotriva sentinței a declarat recurs contestatorul.

Analizând recursul în limitele criticilor invocate de recurent și pe baza probelor administrate la cele două instanțe, Curtea a constatat că recursul este fondat și a reținut, cu privire la problema analizată, următoarele:

„Disponând anularea deciziei de concediere, plățile compensatorii făcute de către intimată în baza acestei decizii vor reprezenta executarea unei obligații lipsite de cauză. Prin urmare Curtea va dispune și admiterea cererii reconvenționale, obligând astfel contestatorul să restituie intimei sumele de bani primite de la aceasta cu titlu de compensație bănească pentru concediere, acestea reprezentând o plată nedatorată conform art. 1092 Cod civil (*vechi – n.n.*). Aceste sume vor fi actualizate cu indicii de inflație pentru a se acoperi și devalorizarea monetară care nu este imputabilă intimei. Curtea constată că la aceste sume nu se pot însă calcula și dobânzile legale ca în cazul dreptului comun, deoarece legea specială, art. 78 alin. 1 din Codul muncii prevede că despăgubirile civile pot fi doar indexate și/sau reactualizate. Acest articol de lege deși se referă în mod explicit doar la despăgubirile pe care angajatorul le plătește angajatului în cazul anulării deciziei de concediere el își găsește aplicabilitatea pentru identitate de rațiune și pentru echitate și în cazul restituirii compensațiilor prevăzute de art. 67 din Codul muncii de către angajați către angajatori. Cu atât mai mult cu cât inițiativa concedierii ilegale nu le aparține și nici nu le poate fi imputată lor”.

Pe cale de consecință, a fost admis recursul și modificată în tot sentința recurată în sensul că a fost admisă în parte acțiunea formulată de contestatorul-pârât și anulată decizia de concediere emisă de intimata-reclamantă. Totodată, s-a admis în parte cererea reconvențională și a fost obligat contestatorul-pârât să restituie intimei-reclamante suma de 11.140 lei actualizată cu rata inflației începând cu data formulării cererii reconvenționale, recte 22.08.2008 și până la data restituirii efective a acestei sume de bani. A fost respinsă ca nefondată cererea intimei-reclamante de obligare a contestatorului-pârât și la plata dobânzii legale aferente sumei de bani de restituit.

2.2. Într-o altă cauză¹¹, având ca obiect, printre altele, tot anularea unei decizii de concediere emisă în temeiul art. 65 Codul muncii, intimata a

¹¹ Curtea de Apel Iași, secția litigii de muncă și asigurări sociale, decizia nr. 822/03.07.2009, disponibilă la: http://portal.just.ro/45/SitePages/jurisprudenta.aspx?id_inst=45.

Considerații privind întinderea obligației de restituire a plăților compensatorii 11
formulat cerere reconvențională prin care a solicitat ca, în cazul în care se admite acțiunea contestatoarei, să se dispună obligarea acesteia la restituirea sumei de 11.380 lei, indexată cu rata inflației, precum și dobânda aferentă acestei sume, de la data formulării cererii reconvenționale.

În motivarea acestei cereri, intimata a arătat că „la data încetării contractului individual de muncă al reclamantei aceasta beneficiat de o compensație bănească reprezentând contravaloarea 10 salarii brute corespunzătoare clasei 21 din grila de salarizare, respectiv o sumă de 11.380 lei”.

Intimata a mai învederat faptul că „decizia de concediere fost contestată de către reclamantă prin acțiunea principală, solicitându-se instanței anularea acestei decizii și repunerea părților în situația anterioară concedierii. Or, repunerea în situația anterioară concedierii, ca urmare anulării deciziei de concediere, presupune nu doar reintegrarea salariații și plata către aceasta drepturilor bănești pe perioada cât și-a produs efectele decizia de concediere, ci și restituirea de către reclamantă compensațiilor bănești primite cu ocazia luării acestei măsuri de către societate”.

În acest context, intimata a mai apreciat că „dacă instanța va constata nulitatea deciziei de concediere, atunci plățile compensatorii făcute de către societate în baza acestei decizii vor reprezenta executarea unei obligații lipsite de cauză”.

La rândul său, contestatoarea a arătat că este de acord ca, în cazul în care instanța va constata nulitatea deciziei de concediere și va dispune reintegrarea, să restituie suma primită.

Tribunalul a respins contestația și cererea reconvențională.

Împotriva hotărârii pronunțată în fond a declarat recurs contesta-toarea, considerând-o nelegală și netemeinică. Curtea a admis recursul, a modificat în tot sentința recurată și a admis contestația dispunând, printre altele, anularea deciziei de concediere.

Cu privire la cererea reconvențională, instanța a reținut următoarele: „Repunerea în situația anterioară presupune și restituirea de către contestatoarea a sumei de 11.380 lei primită de la "On M Distribuție ", cu titlu de compensații bănești la care era îndreptățită ca efect al concedierii. Această sumă va fi actualizată cu rata inflației începând cu data formulării cererii reconvenționale (20 august 2008) și până la restituirea integrală. Va fi respinsă cerere de obligare a contestatoarei la plata dobânzilor. Aceasta deoarece nu s-a probat că unitatea bancară, la care a fost virată suma, acordă

beneficiarilor dobândă la cardul de salarii, fiind de notorietate faptul că doar o parte din operatorii bancari oferă astfel de beneficii”.

2.3. Într-un alt caz¹² privind contestarea unei decizii de concediere intimata a formulat întâmpinare și cerere reconvențională, prin aceasta din urmă solicitând obligarea contestatoarei, în cazul admiterii acțiunii formulate de aceasta, la restituirea sumei de 19.064 lei reprezentând echivalentul a 15 salarii compensatorii precum și suma de 1.421 lei reprezentând indemnizația pentru 13 zile de concediu de odihnă, împreună cu dobânda legală aferentă, calculată de la data încasării și până la data restituirii integrale.

Tribunalul a apreciat măsura concedierii ca fiind nelegală, a admis contestația, a anulat decizia de concediere, a dispus reintegrarea și plata de despăgubiri.

Cu privire la solicitările formulate prin cererea reconvențională, instanța a menționat că, din moment ce a fost anulată decizia de concediere, încasarea de către contestatoare a salariilor compensatorii și a indemnizației pentru concediul de odihnă neefectuat „a rămas fără fundament juridic”. Pe cale de consecință, instanța a obligat contestatoarea „să restituie intimetei suma de 19.064 lei, la care se adăuga, potrivit art. 1535 Codul civil, dobânda legală, calculată potrivit dispozițiilor O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar¹³, însă nu de la data încasării sumei de către salariat, cum se solicită în cererea reconvențională, ci de la data pronunțării prezentei hotărâri, dată la care datoria poate fi considerată scadentă și până la data plății efective”.

3. Întinderea obligației de restituire a plăților compensatorii în cazul anulării deciziei de concediere

Soluțiile neunitare evidențiate obligă la o analiză sistematizată și clară a principalelor aspecte care privesc întinderea obligației de restituire a sumelor primite cu titlu de plăți compensatorii.

¹² Tribunalul Bacău, secția civilă, hotărârea nr. 2108/25.09.2012, disponibilă la: <http://portal.just.ro/110/Lists/Jurisprudenta/DispForm.aspx?ID=615>.

¹³ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 607 din 29 august 2011.

3.1. Una dintre soluțiile prezentate mai sus¹⁴ are o relevanță specială deoarece, implicit, instanța a înțeles să înlătore de la aplicare, în privința dobânzii, dreptul comun în materie.

În primul rând, considerăm că este discutabilă interpretarea literală efectuată de instanță a dispozițiilor art. 78 alin. (1) din Codul muncii, în sensul limitării despăgubirilor cuvenite salariaților prin excluderea dobânzii legale (deoarece această interpretare încalcă principiul protecției slariaților).

În al doilea rând, criticabilă este și „aplicabilitatea pentru identitate de rațiune” a dispozițiilor art. 78 alin. (1) din Codul muncii (privind despăgubirile cuvenite salariatului) în cazul obligației de restituire a plăților compensatorii (datorate de salariat). După cum am arătat¹⁵, este vorba de instituții juridice diferite. În plus, chiar pe fondul aceleiași instituții juridice – răspunderea patrimonială, legiuitorul, pentru anumite rațiuni, a tratat diferit întinderea despăgubirilor după cum acestea sunt cuvenite angajatorului (doar daune materiale, conform art. 254 alin. (1) din Codul muncii) sau salariatului (daune materiale și morale, conform art. 253 alin. (1) din Codul muncii). Și argumentul „pentru echitate” este destul de greu de susținut în condițiile în care părțile la raporturile de muncă nu se află, în general, pe poziții egale, iar normele protective pentru salariat ar putea, uneori, să apară inechitabile în viziunea angajatorului.

Totodată, culpa angajatorului privitoare la concedierea nelegală și/sau netemeinică este sancționată prin plata de despăgubiri, în condițiile legii, și nu ar avea de ce să mai fie sancționată și prin exonerarea salariatului de la plata dobânzii aferente plăților compensatorii.

De asemenea, apreciem că procedeul analogiei este subsecvent și poate fi aplicat numai în condițiile în care aplicarea dreptului comun în materie este înlăturată de specificul raporturilor juridice de muncă. Într-adevăr, principiul protecției salariaților exprimă, alături de alte principii, specificul raporturilor juridice de muncă. Însă instanța nu a justificat în nici un fel de ce protecția salariaților trebuie realizată, în cazul analizat, doar în modalitatea exonerării de la plata dobânzilor aferente sumei încasate nedatorat și nu prin stabilirea riguroasă a momentului de la care aceste s-ar datora, raportat și la poziția subiectivă a părților.

¹⁴ *Supra*, pct. 2.1.

¹⁵ *Supra*, pct. 1.2.

În ceea ce ne privește, considerăm că dispozițiile Codului civil, ca drept comun în materie, nu contravin specificului raporturilor de muncă și sunt aplicabile conform art. 278 alin. (1) din Codul muncii. Pe cale de consecință, le vom avea în vedere în cele ce urmează raportat la toate componentele obligației de restituire: plata compensatorie, actualizarea acesteia cu indicele de inflație și dobânda aferentă.

3.2. În ceea ce privește întinderea sumei datorate cu titlu de principal, art. 1635 Cod civil stabilește regula de principiu, respectiv: ”restituirea prestațiilor are loc ori de câte ori cineva este ținut, în virtutea legii, să înapoieze bunurile primite (...) în temeiul unui act juridic desființat ulterior cu efect retroactiv”.

În același timp, dispozițiile art. 1639 și urm. din Codul civil disting între mai multe ipoteze, reglementând situația restituirii în natură, a restituirii prin echivalent, a restituirii în caz de pieire/înstrăinare a bunului, pierrea fortuită sau pierderea parțială și situația cheltuielilor. Regula generală este aceea că restituirea prestațiilor se face în natură, „prin înapoierea bunului primit” (art. 1639 Cod civil). Această regulă lămurește întinderea sumei cu titlu de debit, în condițiile în care bunul este, prin natura lui, fungibil și nu sunt aplicabile ipotezele de restituire în alte modalități.

Așadar, în materia restituirii sumelor achitate cu titlu de plăți compensatorii, un angajator nu poate pretinde și un contestator nu poate fi obligat decât la plata sumei efectiv primite, suma netă. Contribuțiile obligatorii plătite de angajator nu determină raporturi juridice directe cu salariatul, și, în consecință, acesta nu poate fi obligat la restituirea acestora în favoarea angajatorului.

3.3. Cu privire la accesoriile sumei plătite, menționăm că actualizarea creanței cu indicele de inflație urmărește menținerea valorii reale a obligației monetare la data efectuării plății, acordându-se cu titlu compensatoriu, iar dobânda legală acoperă beneficiul nerealizat, ambele fiind circumscrise finalității reparării integrale a prejudiciului decurgând din neîndeplinirea obligației de restituire la scadența a sumei datorate.

Înalta Curte de Casație și Justiție¹⁶ a hotărât că, întrucât natura juridică a dobânzii legale este diferită de natura juridică a actualizării

¹⁶ A se vedea Decizia nr. 4426 din 11 decembrie 2013 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect acțiune în despăgubiri, disponibilă la: <http://www.iccj.ro/cautare.php?id=102145>.

Considerații privind întinderea obligației de restituire a plăților compensatorii 15

obligației cu rata inflației, prima reprezentând o sancțiune (daune moratorii pentru neexecutarea obligației de plată), iar a doua reprezentând valoarea reală a obligației bănești la data efectuării plății (daune compensatorii), este admisibil cumulul acestora, neputându-se vorbi despre o dublă reparație, ceea ce ar reprezenta o îmbogățire fără justă cauză a creditorului. Prin urmare, este nu numai posibil, dar și legal cumulul actualizării sumei executate cu dobânda legală, deoarece numai prin această modalitate se asigură respectarea principiului reparații integrale a prejudiciului consacrat de art. 1084 Cod Civil vechi (art. 1531 din noul Cod civil).

3.4. Cu referire la data de la care este ținut debitorul salariat la plata accesoriilor, soluția este indisolubil legată de stabilirea scadenței obligației de restituire și de poziția subiectivă a părților.

În lipsa unui text special în materia dreptului muncii observăm că, de principiu, dreptul comun condiționează dreptul creditorului la fructe civile de punerea în întârziere a debitorului. În ipoteza analizată, o cerere de acordare a fructelor civile de la momentul încasării ar fi lipsită de temei, debitorul contestator fiind de bună –credință (încasând suma cu titlu) și dobândind fructele bunului, în temeiul art. 948 din Codul civil.

În ceea ce privește dobânda, fruct civil potrivit art. 548 alin. (4) din Codul civil, dispozițiile art. 1645 statuează expres că „dacă a fost de bună credință cel obligat la restituire dobândește fructele produse de bunul supus restituirii și suportă cheltuielile angajate cu producerea lor.”

Aparent, despăgubirile civile, sub forma actualizării, respectiv a dobânzii civile, ar fi datorate de la data formulării cererii reconvenționale, deoarece această cerere valorează punere în întârziere, în sensul art. 1522 din Codul civil, și constituie cauza pierderii bunei credințe, în sensul art. 948 alin. (4) din Codul civil.

În realitate, art. 1535 alin. (1) Cod civil este aplicabil și explicit în sensul determinării datei de la care curg dobânzile pentru obligațiile bănești: „creditorul are dreptul la daune moratorii, de la scadență până în momentul plății”. Prin urmare, spre deosebire de reglementarea anterioară, în materie civilă operează principiul curgerii de drept a dobânzilor.

Și în ceea ce privește actualizarea sumei cu rata inflației, art. 1643 alin. (2) din Codul civil stabilește, cu titlu de principiu, că „atunci când cauza restituirii este imputabilă creditorului, bunul ce face obiectul restituirii trebuie înapoiat în starea în care se găsește la momentul introducerii acțiunii fără despăgubiri, afară de cazul când această stare este cauzată din culpa

debitorului”. Or, în ipoteza analizată, cauza restituirii - anularea deciziei de concediere - este imputabilă angajatorului creditor.

Prin urmare, contestatorul nu poate fi obligat la plata actualizării și a dobânzilor sumei de restituit decât de la momentul în care obligația de restituire devine exigibilă, respectiv de la momentul soluției definitive care anulează decizia de concediere emisă de angajator¹⁷. Până la acest moment subzistă titlul juridic valid al deținerii și folosinței sumei plătite de angajator.

4. Concluzii

Trebuie să avem în vedere natura juridică diferită și, pe cale de consecință, posibilitatea cumulării celor două forme de reparație: actualizarea sumei (acordată pentru acoperirea prejudiciului decurgând din devalorizarea monetară) și dobânzile civile (acordate pentru acoperirea prejudiciului decurgând din lipsa de folosință a sumei).

Atât actualizarea sumei, cât și dobânzile civile se vor cuveni angajatorului doar de la data soluției definitive de anulare a deciziei de concediere, moment care determină exigibilitatea obligației de restituire a sumelor compensatorii primite.

Prin urmare, o cerere reconvențională este admisibilă în sensul obligării contestatorului la plata în favoarea intimatului a sumei nete încasate cu titlu de plăți compensatorii, sumă ce urmează a fi actualizată cu indicele de inflație și dobânda legală, de la data rămânerii definitive prin neapelare a hotărârii pronunțată în fond ori de la data pronunțării deciziei de către instanța de control și până la data restituirii integrale.

¹⁷ Art. 274 din Codul muncii instituie caracterul executoriu al hotărârilor nedefinitive, pronunțate în fond, pe considerente care țin de protecția salariaților. Însă, cum din păcate textul nu distinge, și dispoziția privind restituirea sumelor compensatorii, efect al admiterii cererii reconvenționale, este executorie.

**EVOLUȚIA CONCEPȚIEI DESPRE NULITATEA ACTULUI
JURIDIC CIVIL**

**EVOLUTION OF THE CONCEPT OF CIVIL ACT'S LEGAL
NULLITY**

SERGIU BOCA¹

Rezumat: Cunoașterea și înțelegerea adecvată a instituției nulității actului juridic civil în stadiul actual al legislației, doctrinei și practicii judiciare presupune, în mod necesar, efectuarea unei incursiuni în evoluția concepțiilor și reprezentărilor doctrinare, care, la diferite perioade istorice, încercau să explice esența și natura juridică a nulității. În perimetrul acestui studiu, vom încerca să facem o prezentare sumativă a fizionomiei nulității în contextul diferitelor teorii elaborate pe parcursul îndelungatei evoluții doctrinare a acestei importante instituții de drept civil.

Cuvinte-cheie: nulitate, act juridic civil, sancțiune, inexistență

Abstract: Adequate cognition and understanding of the institution of civil juridical act nullity in the present state of the legislation, doctrine and judiciary practices obligatory requires the performance of an insight into the evolution of doctrinal concepts and representations which at different historical stages attempted to explain the essence and the juridical nature of nullity. In the framework of this study we will try to make a summative presentation of the nullity physiognomy in the context of various theories formulated throughout the consequent doctrinal evolution of this important institution of civil law.

Key-words: nullity, civil juridical act, sanction, non-existence

1. Introducere

În decursul timpului, concepția despre nulitatea actului juridic civil a parcurs o îndelungată evoluție doctrinară. De altfel, teoria nulității a fost întotdeauna destul de complicată.

¹ Lector dr., Facultatea de Drept și Științe Sociale, Universitatea de Stat „Alec Russo” din Bălți, Republica Moldova.

Concepția despre nulitate în dreptul roman. Nu putem realiza un studiu asupra evoluției concepțiilor despre nulitate fără a face o incursiune în rădăcinile acestei instituții, așa cum s-au conturat ele în dreptul roman, pentru a putea înțelege și premisele dezvoltării ulterioare a nulității.

Dreptul roman servește ca punct de plecare al oricărui studiu istoric și aceasta pentru că originea multor instituții juridice se află aici. Văzând transformările acestor instituții cu traversarea secolelor, putem să înțelegem mai bine trăsăturile lor de astăzi și le putem configura evoluția în viitor. Pentru teoria nulității, dreptul roman este piatra de temelie, deși elementele sale nu s-au constituit într-un corp distinct de reguli.²

La fel ca și alte instituții ale dreptului civil contemporan, nulitatea își are originea în regulile și instituțiile dreptului roman. Spre deosebire, însă, de complexitatea problematicii pe care nulitatea o ridică astăzi și spre deosebire de soluțiile, extrem de diverse și nuanțate, pe care le prevede legislația, le preconizează doctrina ori la care practica judiciară, exercitându-și rolul ei creator, s-a oprit, în lipsa unor prevederi legale exprese, fizionomia nulității din vechiul drept roman era simplă și rigidă.

În dreptul roman primitiv, caracterizat de un profund formalism manifestat la nivelul tuturor instituțiilor, un act nul era considerat că nu există, ca și cum nu ar fi fost făcut niciodată – *nullum est negotium, nihil actum est*, eficacitatea actului fiind intrinsec legată de respectarea întocmai a formelor prescrise acestuia. Cu alte cuvinte, încălcarea legii sau nerespectarea vreunei condiții obligatorii pentru formarea actului determina nulitatea, care se producea *de plin drept*, fără a fi necesară pronunțarea acesteia în justiție, actul fiind considerat nul *ab initio*³.

Dreptul roman primitiv aprecia indisolubil eficacitatea contractului prin prisma respectării unor forme prescrise. Practic, dacă formalitățile nu erau respectate, din punct de vedere juridic contractul nu lua ființă și nu putea produce vreun efect, *per a contrario*, atunci când formele prescrise erau executate întocmai, actul era considerat inatacabil⁴.

De asemenea, în dreptul roman nu se făcea distincție între nulitate și inexistență, iar în cadrul nulității nu se făcea deosebire între ceea ce numim

² G. Florescu, *Nulitatea actului juridic civil*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 55.

³ Vl. Hanga, *Drept privat roman. Tratat*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 34.

⁴ G. Răducan, *Nulitatea actului juridic civil*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 5.

astăzi nulitate absolută și nulitate relativă, căci, de fapt, în dreptul roman conceptul de nulitate se rezuma în esență la ceea ce în dreptul modern constituie nulitatea absolută⁵.

Formalismul avea o structură extrem de rigidă, redusă uneori la înșiruirea câtorva cuvinte, complicate, deseori, cu un întreg cortegiu instrumental, îngreunată alteori, prin rituri ceremoniale, terminată prin pronunțarea formulei: *iti lingua nuncupassis ita jus esto*.

Atât timp cât actul juridic nu putea lua naștere decât prin înșiruirea de cuvinte, gesturi simbolice și palpabile, nu putem vorbi de noțiunea de nulitate, deoarece sancțiunea civilă este încă departe de a fi separată de cea penală și aceasta va dura atât timp cât interpretarea va rămâne la puterea pontifilor. Faptul că efectele raportului juridic rezultă din pronunțarea formulei mai sus enunțate, precum și din prezența martorilor conduce la concluzia că nulitatea nu putea să apară decât odată cu conceperea materială a actului juridic, adică cu apariția actului scris.⁶

În dreptul roman clasic, formalismul antic a devenit o piedică insurmontabilă în dezvoltarea relațiilor comerciale și un obstacol în dezvoltarea pieței economice, care a devenit din ce în ce mai complicată pe măsura lărgirii imperiului roman.

Treptat, a fost abandonat caracterul profund formalist al vechiului drept, prin promovarea principiului echității. Apare interesul pentru consimțământ, pentru manifestarea de voință a părților, cu importante consecințe și în privința teoriei nulităților. Astfel, pentru prima dată, actul juridic solemn este declarat nul dacă lipsește acordul de voință, în pofida faptului că se încheiase cu respectarea regulilor prevăzute de *jus civile*.

Spre sfârșitul Republicii, pe aspectul creșterii demografice și a dezvoltării vieții economice, care presupunea simplificarea modului de încheiere a actelor juridice, la care să aibă acces și străinii, ordinea juridică romană instituie un nou organ, *pretorul*, care avea ca principală activitate organizarea judecării proceselor private.

Deși pretorii, din punct de vedere formal, nu puteau crea drept (*pretor jus facere non potest*), în realitate, aceștia au influențat crearea unor

⁵ I. Reghini, *Nulitatea actului juridic. Teză de doctorat*. Cluj-Napoca Universitatea „Babeș-Bolyai”, 1983, p. 20.

⁶ M. Rudăreanu, *Nulitatea actului juridic civil*, Ed. Fundației ”România de Măine”, București, 2004, p. 13.

instituții juridice noi, precum și evoluția dreptului civil în general, tocmai prin utilizarea unor mijloace procedurale adaptate situațiilor cu care se confruntau (astfel luând naștere *dreptul pretorian*). Practic, se poate afirma că orientarea spre ceea ce avea să devină în dreptul modern instituția nulității relative se naște prin inovațiile dreptului pretorian⁷.

Pretorul, pentru a înconjura prescripțiile legii și a lipsi de efect un act care după dreptul civil era valabil, și a face astfel să triumfe echitatea asupra rigidității textului, a acordat așa-numita *restitutio in integrum*, în anumite cazuri, împotriva actelor care pricinuiau o pagubă nedreaptă autorului lor; astfel erau actele făcute sub imperiul violenței sau de către un minor de 25 de ani. În virtutea acestei *restitutio in integrum*, actul nu mai putea produce efecte și situația revenea la starea în care era înainte de crearea actului. Pretorul nu putea, bineînțeles, să pronunțe direct nulitatea, fiindcă actul era valabil după legea civilă, însă restituirea *in integrum* echivala cu anularea, căci actul era rescindat și acela, în favoarea căruia era pronunțată, obținea restituirea a ceea ce dăduse.

Astfel apare, alături de nulitatea civilă, o nulitate pretoriană. Nulitatea pretoriană diferă de cea civilă prin faptul că ea nu avea loc de plin drept și nu putea fi pronunțată decât de magistrat, în urma unei acțiuni în justiție; până la acordarea restituirii *in integrum*, actul este valabil și produce efecte valabile, așa încât în definitiv actul este anulabil fără a fi nul: el este valabil până la restituire, însă este amenințat de o posibilă anulare.⁸

Diferența dintre cele două nulități în dreptul roman se află în două puncte:

a) nulitatea civilă își avea originea în lege, pe când nulitatea pretoriană era în afară de lege și chiar în contra legii, fiind creația pretorului;

b) nulitatea civilă opera de plin drept și nu era nevoie să fie pronunțată de justiție, pe când nulitatea pretoriană era acordată de pretor și trebuia pronunțată în urma unei acțiuni în justiție⁹.

În această dualitate istorică a nulităților se află originea teoriei moderne a diferitelor grade de nulitate. Multă vreme însă doctrina n-a reușit

⁷ G. Răducan, *op.cit.*, p. 7.

⁸ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român. Vol. I*, Editura ALL, București, 1998, p. 114.

⁹ I. Muntean, *Nulitatea actului juridic civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 69.

să formuleze o teorie generală; constituirea unei teorii de ansamblu a fost opera doctrinei moderne.

Dreptul roman clasic a rămas tributar spiritului autoritar și sancțiunii tradiționale: nulitatea absolută, fie că este vorba de absența formei impuse de lege, de absența consimțământului, de cauza imorală sau de incapacitatea părților. Contractul și obligația erau nule dacă nu exista consimțământul sau dacă consimțământul era dat prin eroare. Sancțiunea în aceste cazuri era nulitatea absolută.

După opinia lui Ulpian, din punct de vedere al sancțiunii, dreptul roman a cunoscut trei categorii de legi: *leges perfectae*, sancționate cu nulitatea, *leges minus quam perfectae*, sancționate cu o pedeapsă pecuniară, și *leges imperfectae*, pentru care nu era prevăzută o sancțiune.

Prin urmare, doar în materia legilor perfecte nulitatea era fixată de instituțiile juridice și era general acceptată, aceste legi având un caracter prohibitiv.

În dreptul roman clasic nulitatea era imprescriptibilă – *quod ab initio vitiosus est non potest tractu temporis convallescere* – și nu putea fi confirmată de lege, judecător sau pretor, ci doar de părți, conform principiului *obligationes quae non propriis viribus consistunt, neque officio iudicis, neque praetoris imperio, neque legis potestate confirmantur*.¹⁰

În consecință, dacă în vechiul drept roman nulitatea actului coincidea, se suprapunea totalmente cu inexistența sa - *nullum est negotium, nihil actum est* -, ceea ce echivala cu faptul că nulitatea se producea de plin drept, fără a fi necesară intervenția justiției, în epoca dreptului pretorian nulitatea nu se mai produce de drept, ci este necesară pronunțarea sa de către magistrat, ca rezultat al unei acțiuni în justiție. Mai mult, până la admiterea acțiunii și acordarea *restitutio in integrum*, actul juridic era considerat valabil și își producea efectele specifice¹¹.

2. Concepția clasică despre nulitate

Inițial, concepția clasică asupra nulității, care se afla încă sub influența dreptului roman, era sintetizată în regula *quod nullum est, nullum*

¹⁰ M. Rudăreanu, *op.cit.*, p. 14.

¹¹ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op.cit.*, p. 114.

producit efectum, potrivit căreia nulitatea era considerată, în principiu, totală și iremediabilă.

La sfârșitul secolului al XIX-lea și începutul celui următor asistăm la afirmarea teoriei „actului-organism”¹², de origine germană, în care nulitatea este comparată cu boala organismului uman.

Concepția organicistă asupra nulității asimilează ideal operațiunea juridică cu un organism animal viu, iar sancțiunea cu o boală a acestuia și, prin urmare, actul juridic nevalabil este asemeni unui organism care poate să se nască mort, sau bolnav fiind se poate vindeca sau poate pieri. Acest organism este compus din organe esențiale, așa cum sunt condițiile de existență pentru un act juridic și din organe neesențiale, așa cum sunt condițiile de validitate. Conform acestei concepții, nulitatea constituie o stare organică a actului juridic¹³.

Dacă actul juridic este analizat ca un *actorganism*, nulitatea este o calitate juridică a actului. Nulitatea este îndreptată nu împotriva efectelor actului juridic, ci împotriva actului juridic ca atare. Actul nul se prezintă ca un organism imperfect, astfel că nulitatea, având menirea de a duce la înlăturarea lui, face imposibilă menținerea uneia sau alteia dintre clauzele actului¹⁴.

Teoria clasică a nulității este fundamentată în întregime pe compararea actului juridic cu un organism susceptibil de a se naște, a se îmbolnăvi, de a muri sau de a se însănătoși. În absența unei condiții de validitate sau în prezența unui viciu de consimțământ, actul va fi bolnav sau infirm, „suspendat” între viață și moarte, cu alte cuvinte, anulabil.

În această concepție, gravitatea viciului de care actul este atins, determină starea sa. Nulitatea apare astfel ca o stare intrinsecă a actului. Dacă viciul de care este atins actul este grav, nulitatea absolută va putea fi invocată de orice persoană interesată, iar actul nu va fi susceptibil de confirmare. Într-o simetrie perfectă, dacă viciul este mai puțin grav, nulitatea

¹² Tr. Ionașcu, E. Barasch, *La conception de la nullité des actes juridiques dans le droit socialiste roumain, avec une étude de la conception qui se fait de la nullité des actes juridiques dans le droit civil français contemporain*, Ed. Academiei, București, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1978, p. 17.

¹³ I. Reghini, *op.cit.*, p. 24.

¹⁴ I. Muntean, *op.cit.*, p. 70.

sa va fi relativă și nu va putea fi invocată decât de persoana protejată, iar actul va fi susceptibil de confirmare.¹⁵

Comparându-se actul juridic cu un organism uman, adepții acestei teorii susțin că actul juridic valid este corespondentul unui organism perfect sănătos, în timp ce actul juridic lovit de nulitate relativă este echivalentul unui organism atins de o boală curabilă, actul juridic lovit de nulitate absolută este echivalentul unui organism atins de o boală incurabilă, care atrage moartea, în timp ce actul inexistent este precum un organism ce nu a putut să prindă viață¹⁶.

Metafora *actului-organism* este revelatoare pentru concepția clasică a nulității, conform căreia aceasta se impune prin forța lucrurilor, reprezintă o consecință logică și evidentă a viciului actului, iar rolul judecătorului se limitează la constatarea nulității preexistente.

Conform acestei concepții, nulitatea constituie o stare organică a actului juridic. Dacă actul juridic este analizat ca un *act-organism*, nulitatea este o *calitate juridică a actului*.

Consecința care se deduce din concepția organicistă este următoarea: nulitatea lovește actul juridic în întregul său, deci acesta nu este susceptibil de a produce vreun efect juridic. Cu alte cuvinte, în această concepție, nulitatea actului juridic este întotdeauna *totală și iremediabilă*. Regula exprimată în adagiul *quod nullum est, nullum producit efectum* se aplică până în ultima consecință, adică cu intensitate maximă¹⁷.

Esențial pentru nulitatea actului juridic – sub aspectul concepției sau sub aspectul efectelor – este sancționarea cu intensitate maximă, ca o extindere sau ca o performanță a efectului distructiv al nulității.

3. Teoria inexistenței actului juridic.

Concepția clasică a nulității ca stare a actului s-a dezvoltat cu introducerea noțiunii de inexistență. Teoria inexistenței actului juridic a apărut în completarea teoriei clasice a nulității actului juridic, iar ulterior a fost preluată de o parte a doctrinei moderne.

¹⁵ G. Florescu, *op.cit.*, p. 59-60.

¹⁶ G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura ALL Beck, București, 2002, p. 223.

¹⁷ A. Pop, Gh. Beleiu, *Drept civil. Teoria generală a dreptului civil*, Universitatea din București, 1980, p. 352.

Punctul de pornire a acestei teorii se situează în secolul al XIX-lea, când profesorul Zachariae de la Facultatea de Drept din Heidelberg a schițat, pentru prima dată, teoria inexistenței în materia căsătoriei pentru a explica de ce unele vicii, deși nu constituie cauze de nulitate legală a căsătoriei, o împiedică totuși să producă efecte juridice. Acest concept a fost creat pentru a răspunde unor nevoi practice, deoarece în dreptul francez nulitatea căsătoriei nu putea fi cerută decât în cazurile în care legea o prevedea în mod expres. Pentru a ocoli regula *en matière de mariage, pas de nullité sans texte* doctrina a urmat teoria inexistenței, potrivit căreia căsătoria, în aceste cazuri, nu este nulă, ci inexistentă și ca urmare, pentru a fi lipsită de efecte juridice nu mai este nevoie de un text expres în acest sens.¹⁸

Potrivit acestei teorii, actul juridic căruia îi lipsește un element esențial pentru a lua ființă – cum ar fi consimțământul, obiectul, cauza – este mai mult decât nul, este inexistent.

Cele trei cazuri pentru soluționarea cărora s-a născut această teorie sunt: lipsa consimțământului, identitatea de sex și necelebrarea căsătoriei de către funcționarul de stat competent.

De la instituția căsătoriei, teoria inexistenței a fost extinsă de doctrinarii francezi și la alte acte juridice, afirmându-se că un act ar fi inexistent dacă i-ar lipsi un element indispensabil formării sale – lipsa totală a voinței juridice, lipsa formei *ad validitatem*, inexistența lucrului sau prețului în cazul unei vânzări etc. – încât este imposibil pentru o judecată logică și rațională să conceapă actul ca existând fără acel element. Nu există decât o aparență materială de act, dar actul nu poate avea nici o existență juridică, fie chiar numai aparentă sau provizorie¹⁹. Altfel spus, în timp ce nulitatea trebuia pronunțată de o instanță, constatându-se încălcarea unor norme, pronunțarea inexistenței în justiție era inutilă, aceasta fiind considerată distincția principală dintre nulitate și inexistență de către adepții acestei teorii.

Susținătorii teoriei inexistenței în dreptul modern francez au distins trei grade de ineficacitate a actului juridic:

a) actul este nul când este afectat de nulitate absolută sau de plin drept, când violează o dispoziție a legii sancționată cu nulitatea;

¹⁸ G. Florescu, *op.cit.*, p. 39.

¹⁹ I. Muntean, *op.cit.*, p. 82.

b) actul este anulabil sau nul de o nulitate relativă când ineficacitatea provine dintr-o manifestare imperfectă de voință, adică din cauza unui viciu de consimțământ sau o incapacitate;

c) actul este inexistent, când este lipsit de un element esențial, indispensabil pentru formarea sa.

Astfel, aceștia au apreciat ca insuficientă împărțirea nulităților în absolute și relative, întrucât aceasta nu ar acoperi toate situațiile practice.

În doctrină s-a arătat²⁰ că trăsăturile caracteristice ale inexistenței sunt următoarele:

a) actul inexistent nu poate produce nici un efect juridic, întrucât acesta are doar o existență materială;

b) actul inexistent nu poate fi asanat oricât timp ar fi trecut de la încheierea sa; el nu poate fi confirmat, refăcut sau remediat;

c) oricine are interes poate invoca inexistența actului, întrucât acesta nu este opozabil nimănui, nefiind necesară intervenția justiției pentru constatarea inexistenței.

Adepții acestei teorii susțineau că inexistența, ca și nulitatea, este o sancțiune de drept civil. De asemenea, rezultă că ambele sancțiuni (inexistența și nulitatea) sunt cauze de invaliditate a actului juridic. Asemănările dintre cele două instituții se opresc însă aici.

Astfel, s-a reținut²¹ că între nulitate și inexistență există următoarele deosebiri:

- nulitatea presupune un act juridic imperfect încheiat care determină invaliditatea sa, inexistența presupune un act care nu există ca realitate juridică și are doar o existență „fizică”, materială;

- actul lovit de nulitate va produce efectele specifice până la declararea sa ca atare, actul inexistent este lipsit de orice efecte juridice chiar de la încheierea sa;

- actul juridic nul este susceptibil uneori de refacere sau remediere, în timp ce actul inexistent nu poate fi supus unor asemenea operațiuni;

- efectele nulității constau în desființarea actului declarat nul de organul jurisdicțional, efectele inexistenței actului operează de drept, fără a

²⁰ D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil român. Vol. I.*, Atelierele Grafice Socec, București, 1926, p. 80.

²¹ O. Ungureanu, *Nulitățile procedurale civile*, Ed. ALL Beck, București, 1998, p. 29.

fi necesară nici o procedură; organul jurisdicțional în fața căruia se invocă acte inexistente va face abstracție de ele, ca și cum nu s-ar fi încheiat.

În fond, se susține că în cazul actelor calificate ca inexistente, nu este vorba despre nulitate, fiindcă nu poate fi anulat un act care nu există. Actul nul este acela care reunește toate elementele existenței sale, dar încălcând anumite prevederi ale legilor, el este anulat de către instanță. Spre deosebire, actul inexistent, fiindcă nu întrunește elementele de fapt pe care le presupune natura sau obiectul său, nu poate avea eficiență și nu presupune, deci, declararea judecătorească a inexistenței (și ineficienței) sale. Doar în situația în care cineva ar încerca să se prevaleze de un act inexistent în fața justiției, judecătorul este chemat să constate din oficiu inexistența acestuia.²²

Opiniile formulate în doctrină referitor la teoria actelor inexistente nu au fost unitare, noțiunea de inexistență având atât adepți, cât și opozanți.

În sistemul dreptului românesc această teorie a fost inițial susținută, adepții ei afirmând că nulitatea este o sancțiune care intervine pentru încălcarea voinței legiuitorului, iar inexistența formează mai mult o stare naturală decât una de drept, rezultând din nesocotirea legilor naturale. Mai târziu, această teorie a fost criticată²³, adversarii ei susținând că este o teorie falsă, întrucât implică reglementare pe planul dreptului a neantului și inutilă, din moment ce operează pentru aceleași cauze și are același regim juridic ca și nulitatea absolută.

Adversarii teoriei inexistenței actului juridic pornesc de la teza că un act juridic există atât timp cât nu este desființat de o instanță judecătorească și că, în realitate, ar fi vorba despre o complicare inutilă a materiei nulităților. Un act juridic, încheiat în disprețul condițiilor prevăzute de lege pentru validitatea sa, există, fiind producător de efecte juridice chiar dacă este lovit de nulitate absolută și este lipsit de orice valoare juridică. El face credința ca un titlu aparent valabil, în temeiul principiului că unui titlu juridic i se datorează încredere. Aparența de existență valabilă pe care o creează trebuie să fie distrusă de către instanța judecătorească, singura în măsură să îl declare ineficient și să desființeze eventualele lui efecte²⁴.

²² E. Poenaru, *Drept civil. Teoria generală. Persoanele*, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 208.

²³ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op.cit.*, p. 121.

²⁴ I. Muntean, *op.cit.*, p. 88.

Astfel, s-a susținut²⁵ că înainte de toate trebuie observat că însăși denumirea de act inexistent reprezintă o contradicție logică. Într-adevăr, pentru a se putea vorbi de un act, acesta trebuie să aibă o minimă existență, susceptibilă de a vătăma un drept, cel puțin prin aparența creată; în acest caz însă nu poate fi vorba de un act „inexistent”. Iar dacă nu există nici măcar o aparență de act, nimeni nu poate fi vătămat și dreptul nu are a se preocupa de o atare situație.

Într-o altă opinie²⁶, s-a argumentat că teoria inexistenței este falsă din punct de vedere teoretic, întrucât la originea sa a urmărit înlăturarea inconvenientelor rezultate dintr-o regulă care, în realitate, nu există, iar, în al doilea rând, datorită împrejurării că nu se poate vorbi de inexistența actului juridic cât timp acesta creează o aparență în circuitul civil, având o existență exterioară și, mai mult, bucurându-se de o prezumție de validitate (desigur, până la anularea sa).

S-a mai arătat²⁷, de asemenea, că această teorie este inutilă, pentru că, în ipoteza inexistenței, trebuie ca instanța să verifice cauza ineficacității actului, or, regimul juridic al inexistenței este tocmai regimul juridic al nulității absolute, nefiind cazul a suprapune două instituții. Potrivit aceluiași autor, lipsa unui element esențial al actului juridic (consimțământ, obiect, cauză, forma *ad validitatem* etc.) este sancționată în sistemul dreptului românesc cu nulitatea absolută, fiind inutilă și utilizarea paralelă a conceptului de inexistență.

De altfel, nici în dreptul românesc și nici în cel moldovenesc, nu avem nici un suport legal pentru aplicarea teoriei actelor inexistente, atât Codul civil român²⁸, cât și Codul civil al Republicii Moldova²⁹, regăsindu-se

²⁵ D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 301.

²⁶ G. Boroi, *op.cit.*, p. 228.

²⁷ G. Răducan, *op.cit.*, p. 14.

²⁸ Codul civil al României nr. 287 din 17.07.2009, publicat în Monitorul Oficial nr. 505 din 15.07.2011.

²⁹ Codul civil al Republicii Moldova nr. 1107-XV din 06.06.2002, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 82-86 din 22.06.2002.

în concepția bipartită, distingând exclusiv între nulitate absolută și nulitate relativă³⁰.

În consecință, doctrina³¹ a statuat că teoria actelor juridice inexistente nu poate fi primită pentru următoarele motive:

- ea este falsă, întrucât implică posibilitatea reglementării de către drept a neantului;
- ea este inutilă, întrucât regimul juridic al inexistenței este tocmai regimul juridic al nulității absolute; prin urmare, rezultatele de atins prin această teorie se realizează în cadrul categoriei nulității absolute;
- ea, derivând din concepția despre nulitatea – „organism”, „stare organică”, este contrară însăși concepției dreptului civil asupra nulității actului juridic. Într-adevăr, ea admite că un act juridic este inexistent atunci când îi lipsește un element constitutiv, conceput ca un organ esențial pentru viața sa, înseamnă în realitate a împărtăși concepția care socotește că actul juridic este un organism, iar nulitatea – un fenomen morbid al acestui organism.

În concluzie, atât doctrina, cât și jurisprudența sunt aproape unanime în a considera că aceleași cauze, care, în opinia adepților teoriei actelor inexistente, atrăgeau inexistența, în prezent sunt cauze de nulitate absolută.

În general, teoriei clasice a nulității i s-au adus următoarele critici³²:

- a) se fundamentează pe două concepte juridice fără valoare obiectivă:
 - cea de act-organism, ceea ce aduce în ordinea juridică noțiuni ca cele de viață, moarte, boală, însănătoșire;
 - distincția dintre condițiile de existență și cele de validitate ale actului, distincție care nu se întemeiază pe o separare tranșantă a noțiunilor, fiind artificială;
- b) teoria clasică nu se întemeiază nici pe texte de lege, nici pe precedente istorice. Fără îndoială, teoria nulității are origine istorică, dar autorii vechiului drept au împărțit cazurile de nulitate în două subdiviziuni, care le înglobau pe toate;

³⁰ Astfel, Codul civil român consacră nulitatea absolută în art. 1247, iar cea relativă – în art. 1248; Codul civil al Republicii Moldova reglementează nulitatea absolută în art. 217, iar cea relativă – în art. 218.

³¹ A. Pop, Gh. Beleiu, *op.cit.*, p. 360.

³² G. Florescu, *op.cit.*, p. 61.

c) i s-a mai reproșat acestei teorii că nu răspunde nevoilor practicii și nu ține cont de dreptul pozitiv.

4. Concepția modernă despre nulitate. Teoria nulității privită ca sancțiune

După abandonarea concepției clasice a nulității – stare a actului, după criticile severe al căror obiect l-a constituit, la începutul sec. al XX-lea s-a conturat o nouă teorie asupra nulităților, și anume teoria modernă sau teoria sancțiunii. Astfel, nulitatea este prezentată ca o sancțiune juridică, rezultatul voinței legiuitorului, și nu prin natura lucrurilor, ca în teoria clasică, fiind destinată să asigure respectul legilor.

Metaforica teorie clasice a nulității a fost înlocuită în epoca modernă cu un sistem ce respectă interesul general și necesitățile practice.

De la începutul criticii teoriei clasice, autorii admit ideea că nulitatea nu este o stare a actului. Astfel, consecințele deduse de adepții concepției actului-organism nu sunt, uneori, nici logice, nici exact reflectate în dreptul pozitiv, fiind totuși paradoxal a face din inexistență, înțeleasă ca o stare naturală a actului, fundamentul soluțiilor în dreptul pozitiv³³.

Un aport esențial în fundamentarea teoriei nulității-sancțiune l-a avut R. Japiot³⁴, care consideră că nulitatea este o sancțiune care trebuie să se adapteze la scopul regulii a cărei respectare ea tinde să o asigure și la mediul în care ea practic intervine. Nulitatea nu mai este o măsură îndreptată împotriva actului juridic ca atare, ci este o măsură care tinde ca anumite efecte să nu se producă. Astfel, se suprimă efectele care ar contrazice dispoziția legală la încheierea actului, scopul dispoziției legale, dar sunt menținute celelalte efecte, care sunt în concordanță cu scopul dispoziției legale³⁵.

S-a trecut astfel la concepția nulității parțiale și remediabile care proporționalizează efectele nulității în raport cu finalitatea legii și care, pe cale de consecință, înlătură doar efectele contrare legii, celelalte efecte fiind menținute.

³³ M. Rudăreanu, *op.cit.*, p. 19.

³⁴ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*. These Dijon, 1909.

³⁵ I. Muntean, *op.cit.*, p. 75.

În consecință, după abandonul doctrinar al concepției naturale și descriptive a nulității – stare a actului, ca urmare a criticilor decisive al căror obiect l-a făcut, s-a conturat teoria nulității ca sancțiune juridică.

În această nouă concepție, nulitatea nu mai constă într-o stare a actului, ci într-un drept de critică îndreptat contra efectelor actului, care sancționează încălcarea unor reguli prevăzute de lege. Concepția modernă încearcă să explice nulitatea prin recursul la scopul sancțiunii, și anume păstrarea ordinii juridice deranjate de un act juridic, care prin formare a sfidat această ordine, și nu pleacă de la eventualele analogii dintre act și organism ca în cazul concepției organiciste.

Nulitatea este prezentată ca o sancțiune, născută din voința legiuitorului și nu din natura lucrurilor, ca în teoria clasică, și este destinată să asigure respectul legii. Ea suprimă efectele care ar contrazice dispoziția legală la încheierea actului – scopul dispoziției legale –, dar lasă neatinse celelalte efecte, care tocmai pentru că nu sunt în neconcordanță cu scopul dispoziției legale, nu se vede pentru ce ar fi, totuși, înlăturate și ele³⁶.

Rolul judecătorului nu mai constă, după cum susțineau adepții teoriei clasice, în a constata nulitatea – stare a actului, ci în a pronunța o nulitate – sancțiune, ca urmare a încălcării legii la momentul încheierii actului juridic.

Prin opoziție cu definiția dată de teoria clasică, conform teoriei moderne, nulitatea constă într-o sancțiune juridică pronunțată de judecător, ca o manifestare a reacției ordinii juridice la încălcarea unei reguli de formare a actului, distinctă de starea acestui act³⁷.

Noua concepție a nulității ca sancțiune juridică propune o viziune procesuală. Astfel, nulitatea, chiar și de plin drept, nu va însemna nimic dacă nu va fi invocată în fața instanței de judecată. În consecință, intervenția judecătorului pentru constatarea nulității va fi întotdeauna necesară, în virtutea principiului că nimeni nu-și poate face dreptate singur³⁸.

Funcțiunea nulității este de a se opune unor efecte în contradicție cu scopul dispoziției legale încălcate și, prin urmare, numai întrucât atare efecte există. Nulității totale i se substituie, în principiu, nulitatea parțială. În locul

³⁶ Tr. Ionașcu, E. Barasch, *Tratat de drept civil. Vol. I. Partea generală*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1967, p. 319.

³⁷ M. Rudăreanu, *op.cit.*, p. 20.

³⁸ G. Florescu, *op.cit.*, p. 63.

nulității iremediabile apare o nulitate care, în principiu, face posibilă validitatea actului juridic³⁹.

În doctrină s-a arătat⁴⁰ că teoria nulității-sanctiune se fundamentează pe criteriul interesului. Astfel:

a) dreptul de a critica actul este deschis persoanelor protejate de regula care a fost încălcată la încheierea actului. Dacă regula este edictată pentru protejarea unui interes privat, singurele persoane care au calitatea de a introduce acțiunea în nulitate sunt cele în interesul cărora regula a fost edictată. Din contră, dacă norma încălcată apără un interes public, calitatea de a introduce acțiunea o va avea oricine poate justifica un interes;

b) o altă consecință a teoriei moderne este aceea că nulitatea va putea fi confirmată chiar dacă este vorba despre nulitatea de ordine publică, deoarece fiind un drept de critică, acest drept se regăsește în patrimoniul titularului său, care poate și să renunțe la el;

c) prescripția dreptului la acțiune nu înseamnă confirmarea tacită a actului, deoarece scopul prescripției nu este acela de a consolida situații de fapt contrare dreptului.

Aici trebuie subliniată o importantă diferență față de teoria clasică. În sistemul clasic prescripția este o confirmare tacită a actului. În teoria modernă prescripția se referă la o reglementare obiectivă, care nu ia în considerare voința subiectelor de drept și consolidează, cu trecerea timpului, situații de fapt, contrare nulității, conforme validității actului.

În concepția modernă asupra nulității aceasta nu mai este privită ca o stare organică a actului juridic, ci ca o sancțiune ce se materializează într-un drept al anumitor persoane de a ataca efectele actului juridic ce contravin scopului legii.

În doctrină s-a menționat⁴¹ că acest drept la acțiune a ridicat trei probleme importante, și anume: cum se exercită dreptul de a ataca actul; care sunt subiectele acestui drept; cum și când se stinge acest drept.

a) După analizarea acestor probleme, adepții teoriei moderne au ajuns la concluzia că dreptul de a ataca actul juridic trebuie exercitat pe calea unei acțiuni în justiție ori de câte ori există o aparență de act juridic.

³⁹ Tr. Ionașcu, E. Barasch, *op.cit.*, p. 319.

⁴⁰ G. Florescu, *op.cit.*, p. 63-64.

⁴¹ I. Muntean, *op.cit.*, p. 76-77.

b) Plecând de la distincția dintre normele juridice care ocrotesc un interes general și cele care ocrotesc un interes personal s-a evidențiat utilitatea menținerii distincției fundamentale dintre nulitățile absolute și nulitățile relative. Nulitățile absolute intervin în cazul încălcării unei norme de interes general, actul putând fi atacat de orice persoană interesată, iar nulitățile relative intervin în cazul încălcării unei norme de interes personal și pot fi invocate de persoanele protejate prin acea normă⁴².

c) Dreptul de a ataca actul juridic poate fi stins fie prin renunțare voluntară, fie prin prescripție. Renunțarea la dreptul de a ataca actul se realizează prin confirmarea lui, deci nulitatea este un drept pe care titularul îl poate valorifica sau poate renunța la el. Stingerea dreptului de a ataca actul juridic prin prescrierea sa este explicată prin necesitatea securității circuitului civil⁴³.

În consecință, elementele esențiale ale acestei concepții pot fi exprimate în următoarele idei:

- nulitatea actului juridic este o sancțiune care privește efectele actului juridic, iar nu actul ca atare, în întregul său;
- regula o constituie nulitatea parțială, excepția fiind nulitatea totală; în principiu, nulitatea este remediabilă, numai prin excepție fiind iremediabilă.

Ca o expresie a constantelor dreptului, concepția nulității-sanctiune s-a conservat până astăzi.

5. Concepția dreptului civil al Republicii Moldova asupra nulității actului juridic

În stadiul actual al legislației civile moldovenești, instituția nulității actului juridic beneficiază de o reglementare legală distinctă. Astfel, sediul materiei nulității actului juridic se regăsește în Codul civil al Republicii Moldova, Cartea I „Dispoziții generale”, Titlul III „Actul juridic și reprezentarea”, Capitolul III „Nulitatea actului juridic civil”, art. 216-233.

Deși reglementează nulitatea într-un capitol separat, legislația civilă a Republicii Moldova nu cunoaște o definiție a nulității actului juridic, din care cauză misiunea definirii ei și-a asumat-o literatura de specialitate. Vom

⁴² I. Reghini, *op.cit.*, p. 28.

⁴³ I. Muntean, *op.cit.*, p. 77.

trece în revistă câteva dintre definițiile oferite de doctrina moldovenească în vederea reliefării elementelor lor esențiale și conturării concepției dreptului civil moldovenesc asupra nulității actului juridic.

Astfel, unii autori⁴⁴ au definit nulitatea drept o sancțiune civilă care desființează actul juridic în cazul în care acesta a fost încheiat cu nerespectarea condițiilor de validitate cerute de lege.

Într-o altă opinie⁴⁵, nulitatea este sancțiunea care se aplică în cazul în care la încheierea actului juridic civil nu se respectă condițiile de valabilitate. Nulitatea, mai adaugă același autor, este mijlocul prevăzut de lege pentru a asigura respectarea condițiilor de valabilitate a actului juridic. În măsura în care un act juridic concret nu respectă aceste condiții, el este lipsit de efectele sale prin intermediul nulității, conchide autorul.

Într-un alt efort de definire a nulității, s-a subliniat că nulitatea, ca sancțiune civilă, nu se îndreaptă împotriva actului juridic ca atare, ci împotriva efectelor potrivnice legii, produse pe fundalul viciat al actului, urmărind să asigure realizarea scopului avut în vedere de legiuitor prin instituirea condiției de validitate nesocotite⁴⁶. Același autor consideră de o ireproșabilă acuratețe definiția dată nulității potrivit căreia această sancțiune suprimă, în măsura stabilită prin hotărâre judecătorească, efectele actului juridic potrivnice scopului urmărit de dispozițiile legale referitoare la condițiile sale de validitate.

Trebuie apreciat în acest context și aportul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova la clarificarea sensului conceptului nulității actului juridic. Astfel, Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție „Cu privire la aplicarea de către instanțele de judecată a legislației ce reglementează nulitatea actului juridic civil” statuează: „Prin nulitate a actului juridic se va înțelege sancțiunea ce intervine în cazul în care, la

⁴⁴ S. Baieș, N. Roșca, *Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*. Ed. Cartier, Chișinău, 2004, p. 194.

⁴⁵ Comentariul Codului civil al Republicii Moldova. Vol. I. / Coordonatori M. Buruiană, O. Efrim, N. Eșanu, Tipografia centrală, Chișinău, 2006, p. 429.

⁴⁶ E. Florian, V. Pînzari, *Căsătoria în legislația României și a Republicii Moldova*, Ed. Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 99.

încheierea actului juridic civil, nu au fost respectate dispozițiile legale referitoare la condițiile de validitate a actului juridic, desființându-l”⁴⁷.

Chiar dacă doctrina dreptului civil moldovenesc este una aflată încă în proces de afirmare, neînregistrând deocamdată în palmaresul său abordări științifice de anvergură în materia nulității actului juridic civil, totuși din analiza manierei de reglementare și a opiniilor doctrinare enunțate putem lesne conchide faptul că dreptul civil al Republicii Moldova a consacrat concepția nulității privită ca sancțiune.

⁴⁷ Hotărârea Plenumului Curții Supreme de Justiție „Cu privire la aplicarea de către instanțele de judecată a legislației ce reglementează nulitatea actului juridic civil” nr.1 din 07.07.2008. În Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, nr. 4-5, 2009, p. 4.

**REFLECTAREA STANDARDELOR C.E.D.O. ÎN DREPTUL PENAL
MATERIAL ROMÂN - CONSIDERAȚII PRIVIND UN CAZ
PARTICULAR: EVOLUȚIA REGLEMENTĂRII PEDEPSEI
ACCESORII ÎN CODUL PENAL DE LA 1968 ȘI ÎN CODUL PENAL
DIN 2009 (II) ***

**REFLECTING ECHR STANDARDS IN ROMANIAN CRIMINAL
LAW - CONSIDERATIONS UPON A PARTICULAR CASE: THE
EVOLUTIONARY PATTERN OF THE ADDITIONAL
(ACCESSORY) PUNISHMENT (FROM THE CRIMINAL CODE OF
1968 TO THE CRIMINAL CODE OF 2009) [II]**

**MARIA IOANA MICHINICI ¹
MIHAI DUNEA ²**

Rezumat: Prezentul articol constituie continuarea unui material a cărei primă parte a fost publicată în nr. 1/2014 al Analelor Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, seria Științe Juridice [*„Reflectarea standardelor C.E.D.O. în dreptul penal material român - considerații privind un caz particular: evoluția reglementării pedepsei accesorii în Codul penal de la 1968 și în Codul penal din 2009 (partea a II-a)”*]. Articolul urmărește, cu preponderență, un scop didactic, fiind în principal destinat

* Prezentul articol reprezintă forma revăzută, dezvoltată și actualizată (până la nivelul anului 2014, inclusiv) a unui material care a fost inițial elaborat și prezentat în cadrul susținerilor ocazionate de desfășurarea Conferinței Internaționale „Drept internațional și drept european” (secțiunea „Drept penal”), organizată de Facultatea de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, în perioada 25-28 octombrie 2012. Fiind ulterior revizuit, articolul a fost înaintat spre publicare ținându-se cont de următorul stadiu de reglementare a legislației penale române: Codul penal anterior, de la 1968; noul Cod penal (Legea nr. 286/2009), modificat prin legea sa de punere în aplicare (Legea nr. 187/2012). Totodată, au fost inserate referiri la unele opinii exprimate în literatura juridică în perioada 2012-2014, cu privire la pedeapsa accesorie, (și) în lumina modificărilor aduse noului Cod penal (inclusiv sub acest aspect) prin legea de punere în aplicare a acestuia.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: mimichinici@yahoo.com.

² Asistent univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: mihai.dunea@uaic.ro

familiarizării studenților cu instituția pedepsei accesorii, surprinsă din perspectiva evolutiv-istorică a prefacerilor care i-au marcat reglementarea în dreptul penal român, de la viziunea originară a fostului legiuitor (stadiul legislativ corespunzător Codului penal anterior, de la 1968), până la forma configurării sale actuale (stadiul legislativ corespunzător aplicării noului Cod penal, din 2009), sub semnul presiunilor exercitate de standardele C.E.D.O. configurate în materie. Alături de această dimensiune, articolul cuprinde și o analiză critică a modificărilor aduse reglementării pedepsei accesorii în cadrul noului Cod penal, în perioada de *vacatio legis*, prin dispozițiile legii sale de punere în aplicare (Legea nr. 187/2012). În final, pe baza acestor aprecieri, se propune o modalitate de interpretare a textului care reglementează pedeapsa accesorie, ce tinde a se distanța de interpretarea sa strict gramaticală și se formulează o propunere *de lege ferenda* referitoare la reformularea dispoziției legale, astfel încât să fie exprimat mai clar conținutul său normativ, potrivit interpretării avansate. În prima parte a articolului s-a urmărit, cu preponderență, expunerea reglementării pedepsei accesorii în fostul Cod penal român și principalele decizii C.E.D.O. care au determinat, la acest nivel, modificarea modalității normative inițiale sub care se configura aceasta; a doua parte (cea de față) se axează pe surprinderea critică a raportului dintre standardele C.E.D.O. în materie și reglementarea pedepsei accesorii în cuprinsul Codului penal român intrat în vigoare pe 1 februarie 2014.

Cuvinte cheie: pedeapsă accesorie, drept penal român, C.E.D.O., Cod penal anterior (1968), noul Cod penal (2009), evoluția reglementării, regim de aplicare, controverse.

Abstract: This article represents the second part of a scientific material whose first part was published in the previous number (no. 1/2014) of the Annals of "Alexandru Ioan Cuza" University, of Iași (Romania), Juridical Sciences series ["Reflecting the ECHR in Romanian criminal law - considerations regarding a particular case: regulatory developments accessory penalty in the Criminal Code in 1968 and Penal Code of 2009 (Part I)"]. The article aims mainly a didactic purpose, being primarily intended to familiarize students with the institution of the additional (accessory) punishment, regarded from an evolutionary and historical perspective. It presents the transformations of the additional (accessory) punishment in the Romanian criminal law, from the original vision of the former legislator (legislation corresponding to the previous criminal Code, since 1968), to its current form (corresponding to the new criminal Code, of 2009), under the pressure exercised by the E.C.H.R.'s standards. Aside from this dimension, the article includes a critical analysis of the changes brought, in the period of *vacatio legis*, to the additional (accessory) punishment, as regulated in the new Romanian Criminal Code, by the provisions of its enforcement law (Law no. 187/2012). Finally, based on these considerations, the

authors propose a way of interpreting the text governing this criminal sanction, which tends to distance itself from the strict grammatical interpretation and they advance a proposal of reformulating the text, so that it would express more clearly its normative content, according to the interpretation argued previously by them. In the first part of the article, the authors mainly sought to expose the regulation of the additional (accessory) punishment in the former Romanian Criminal Code and to indicate the main ECHR's decisions which led to its change; in the second part of the article (the present one) the focus is set on surprising (in a critical manner) the relationship between the ECHR's standards and the regulation of the additional (accessory) punishment in the Romanian Criminal Code which entered into force on the 1st of February 2014.

Key words: additional (accessory) punishment, Romanian criminal law, E.C.H.R., previous criminal Code (1968), new Criminal code (2009), statutory (regulatory) development, enforcement regime, controversy.

Raportat la *stadiul legislativ marcat de noul Cod penal*, trebuie să observăm că materia pedepsei accesorii reprezintă unul din acele puncte ale reglementării în care *au operat deja modificări față de concepția ilustrată la data publicării* (modificări aduse prin Legea nr. 187/2012).

Pe lângă lărgirea sferei drepturilor al căror exercițiu este apt de interdicere, cu titlu de pedeapsă accesorie (reflexie a extinderii corespunzătoare a palierului de incidență al pedepsei complementare a interdicerii exercitării unor drepturi), încă din *Expunerea de motive a proiectului noului cod*, se anunța o scindare a reglementării pedepsei accesorii, în funcție de pedeapsa principală privativă de libertate pe care urma aceasta să o însoțească pe caz concret (anume, după caz: închisoarea sau detențiunea pe viață).³ Astfel, în timp ce alături de detențiunea pe viață era concepută o pedeapsă accesorie incidentă de drept, pe lângă pedeapsa închisorii urma să funcționeze o pedeapsă accesorie cu regim de operare divizat (asemănător stadiului în care ajunsese să se prezinte pedeapsa accesorie și în perioada finală de incidență a Codului penal anterior, ca urmare a modificărilor legislative și a dezvoltărilor jurisprudenței obligatorii pentru instanțe, provenind de la Î.C.C.J.), anume: o *pedeapsă accesorie*

³ Sub acest aspect nu sunt de semnalat modificări ale viziunii inițiale a legiuitorului.

obligatorie, respectiv una *facultativă* (expres denumite astfel chiar în Expunerea de motive ante-indicată).⁴

În timp ce conținutul pedepsei accesorii incidente *ope legis* era conceput ca fiind mai cuprinzător atunci când pedeapsa principală stabilită o constituia detențiunea pe viață, sfera pedepsei accesorii obligatorii alăturată pedepsei principale a închisorii urma să cuprindă doar interzicerea exercitării drepturilor de a fi ales în autoritățile publice sau în orice alte funcții publice, ori de a ocupa o funcție care implică exercițiul autorității de stat. Rațiunea pentru care se menținea îngrădirea acestor drepturi prin efectul legii își găsea explicație prin „vădita incompatibilitate dintre starea de persoană condamnată aflată în executarea unei pedepse privative de libertate și exigențele cerute pentru reprezentarea sau slujirea interesului public. Acest temei nu mai este la fel de convingător în cazul dreptului de a alege, drepturilor părintești ori a dreptului de a fi tutore sau curator, fapt pentru care acestea au fost excluse din conținutul pedepsei accesorii obligatorii rămânând instanței posibilitatea de a interzice exercitarea acestora ca pedeapsă accesorie facultativă. Un argument în plus a reprezentat și practica Curții Europene a Drepturilor Omului (...)”.⁵

⁴ Pentru acuratețe și înlesnirea efortului de cercetare al cititorilor, redăm aici concepția înscrisă în art. 65 alin. 1 și 2 C. pen. nou, la data publicării: „(1) *Pedeapsa accesorie constă în interzicerea exercitării drepturilor prevăzute în art. 66 alin. (1) lit. a), lit. b) și lit. d)-n), a căror exercitare a fost interzisă de instanță ca pedeapsă complementară. (2) În cazul pedepsei detențiunii pe viață, pedeapsa accesorie constă în interzicerea de drept a exercitării următoarelor drepturi: a) dreptul de a fi ales în autoritățile publice sau în orice alte funcții publice; b) dreptul de a ocupa o funcție care implică exercițiul autorității de stat; c) dreptul străinului de a se afla pe teritoriul României; d) dreptul de a alege; e) drepturile părintești; f) dreptul de a fi tutore sau curator”.*

⁵ Extras din Expunerea de motive la proiectul noului Cod penal, pct. 2.20. Întreaga prezentare în acest document a viziunii inițiale a noului legiuitor penal asupra pedepsei accesorii este cuprinsă între pct. 2.18 și 2.21. Este de remarcat că, prin coroborarea acestui pasaj ilustrativ pentru viziunea originară – în materie – care a stat la baza elaborării noului Cod penal, cu forma inițială de redactare a normei cuprinse în art. 65 alin. 1 din cod (existentă la acea dată), reiese în mod clar că textul urma să fie aplicat și interpretat printr-o lectură scindată în două etape, fiecare corespunzătoare unui regim diferit de incidență al pedepsei accesorii alăturată unei pedepse principale cu închisoarea. Astfel, în textul în cauză, delimitarea acestor două regimuri era dată de conjuncția *și*; exercițiul drepturilor indicate anterior acesteia – dreptul de a fi ales și de a exercita funcții implicând autoritatea etatică – urma să fie interzis de drept (regimul obligatoriu), partea finală a normei, cuprinsă după ultima virgulă (anume, precizarea: *a căror exercitare a fost interzisă de instanță ca pedeapsă complementară*) nefiind incidentă cu privire la interzicerea exercițiului acestor două drepturi;

Apreciem că în acest stadiu, reglementarea pedepsei accesorii în dreptul intern era pe deplin compatibilă cu standardele impuse prin jurisprudența C.E.D.O., cel puțin sub aspectul pedepsei accesorii care însoțea o pedeapsă principală privativă de libertate pe durată determinată.⁶ Aceasta deoarece, deși subzista o componentă obligatorie de funcționare a pedepsei accesorii, conținutul acesteia, dat de interdicția exercițiului drepturilor de a fi ales în autorități sau funcții publice și de a exercita funcții implicând autoritatea de stat, era într-o atât de evidentă și naturală incompatibilitate cu statutul de persoană condamnată la o pedeapsă privativă de libertate și cu contextul efectiv, concret, în care urma (în mod normal) să fie situată aceasta pe parcursul executării respectivei pedepse, încât este mai mult decât rezonabil să se presupună că nicio obiecție nu ar mai fi putut să fie formulată, în acest sens, nici măcar de către Curte. Astfel, un raționament simplu ne indică faptul că dacă exercițiul acestor două categorii de drepturi nu este automat interzis (ca pedeapsă accesorie), prin simpla condamnare la pedeapsa închisorii, ci doar condiționat de interzicerea cu titlu de pedeapsă complementară, există posibilitatea obiectivă ca instanța să nu pronunțe o asemenea interdicție, cu un astfel de titlu (în cazul regimului facultativ de aplicare a acestei pedepse complementare), de unde reiese că, în abstract, respectivul condamnat menține activ, pe durata executării pedepsei principale privative de libertate, exercițiul drepturilor în cauză. Or, flagranța imposibilității obiective ca o persoană condamnată la privare de libertate să dețină, chiar și teoretic, în abstract, exercițiul ipotetic al acestor două

doar ce urma conjuncției *și* – referirea la interzicerea exercițiului drepturilor prevăzute în art. 66 alin. 1 lit. d)-n) – urma să se supună restricției exprese cuprinsă după această ultimă virgulă a textului, dând conținut pedepsei accesorii facultative care însoțea pedeapsa principală a închisorii, astfel încât doar dacă exercițiul acelor drepturi (iar nu și al primelor două) ar fi fost interzis cu titlu de pedeapsă complementară, urma să fie interzis și ca pedeapsă accesorie, în caz contrar lăsând să funcționeze doar pedeapsa accesorie obligatorie configurată după cum am indicat anterior.

⁶ Este adevărat că unele obiecții s-ar mai fi putut exprima față de regimul (operant de drept) al pedepsei accesorii aplicată pe lângă detențiunea pe viață, deoarece alături de exercițiul dreptului de a fi ales în autorități / funcții publice, respectiv al celui de a exercita funcții implicând autoritatea de stat, în acel caz urma a fi automat interzis și exercițiul altor categorii de drepturi, inclusiv dintre cele cu privire la a căror interzicere *ope legis* se pronunțase deja în sens negativ Curtea europeană, anume: dreptul de a alege, drepturile părintești și dreptul de a fi tutore sau curator, cărora li se adăuga și dreptul străinului de a se afla pe teritoriul țării.

categorii de drepturi, se impune de la sine cu o atât de mare și de impact evidentă, încât nu vedem în ce măsură dispoziția inițială a textului art. 65 alin. 1 C. pen. ar fi putut intra în conflict cu palierul convențional de referință. Din acest punct de vedere, era de salutat inclusiv îndreptarea, prin textul normativ, a excesului de zel, semnalat anterior, în legătură cu soluția dată problemei prin decizia pronunțată în recurs în interesul legii de instanța supremă, în perioada finală de aplicare a fostului cod (decizia nr. 74/2007).

Depășind, însă, acest stadiu al reglementării, *ulterior promulgării noului cod* (sub forma Legii nr. 286/2009), *dar anterior intrării sale în vigoare* (așadar în perioada de *vacatio legis*), *textul art. 65* – sediul reglementării pedepsei accesorii – *a suferit modificări*, aduse *prin* chiar actul normativ destinat punerii în aplicare a noului cod, *Legea nr. 187/2012*.⁷ Având în vedere noua configurație sub care se prezintă, astfel, sediul normativ al pedepsei accesorii, precum și stadiile anterioare ale reglementării în materie, continuăm să *apreciem* – la o primă vedere, în disidență aparentă față de litera actuală a dispozițiilor cuprinse în art. 65 C. pen. în vigoare – *că rămâne discutabilă chestiunea configurației pedepsei accesorii sub aspectul interdicției drepturilor de a fi ales în autoritățile publice sau în orice alte funcții publice și a dreptului de a ocupa o funcție care implică exercițiul autorității de stat* (prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. a și b C. pen., la care face referire art. 65).

Referitor la *configurația pedepsei accesorii atunci când pedeapsa principală privativă de libertate care s-a pronunțat este închisoarea*. Astfel, dacă ar fi să abordăm prevederea cuprinsă în art. 65 alin. 1 C. pen., în actuala sa formulare, în absența luării în considerare a evoluției reglementării pedepsei accesorii și a filtrării implicațiilor atrase de funcționarea acesteia (așadar separat de o prismă de analiză logico-rațională), admitem că *interpretarea strict gramaticală* a textului ar acredita mai degrabă ideea potrivit căreia, în actuala reglementare, legiuitorul a conceput pedeapsa accesorie care însoțește închisoarea, potrivit unui regim unic, care ar putea fi caracterizat (cu oarecare rezerve) drept un regim facultativ. Formal, într-un

⁷ Tot în vederea înlesnirii activității de consultare a prezentului material vom reproduce și acest stadiu (prezent) al reglementării materiei: „(1) *Pedeapsa accesorie constă în interzicerea exercitării drepturilor prevăzute la art. 66 alin. (1) lit. a), b) și d)-o), a căror exercitare a fost interzisă de instanță ca pedeapsă complementară. (2) În cazul detențiunii pe viață, pedeapsa accesorie constă în interzicerea de către instanță a exercitării drepturilor prevăzute la art. 66 alin. (1) lit. a)-o) sau a unora dintre acestea*”.

registru strict sintactic de referință, precizarea limitativă finală a textului analizat (art. 65 alin. 1 C. pen.), situată după ultima virgulă din cuprinsul acestuia – anume, stipularea: *a căror exercitare a fost interzisă de instanță ca pedeapsă complementară* – ar fi incidentă în raport de tot ce îi precedă în formularea textului, anume atât față de ideea interzicerii exercițiului drepturilor prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. d)-o), cât și față de aceea a drepturilor prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. a) și b) C. pen. Într-o asemenea interpretare (limitată doar la un singular criteriu de interpretare a normelor juridice), ar reieși că pedeapsa accesorie alăturată închisorii nu mai constă în interzicerea obligatorie automată, de drept, a exercițiului niciunui drept (dintre cele expres indicate de lege); numai în măsura în care exercițiul vreunui dintre aceste drepturi a fost interzis de instanță cu titlu de pedeapsă complementară, ar urma ca exercițiul său să fie implicit interzis și cu titlu de pedeapsă accesorie.

De aici calificarea pedepsei accesorii drept sancțiune penală cu regim facultativ de aplicare, deși este de observat că, până și în această modalitate de interpretare, caracterizarea regimului acestei pedepse drept integral *facultativ* nu este întru totul la adăpost de critică, căci interzicerea exercițiului unui drept ca pedeapsă complementară atrage *automat*, implicit, interzicerea sa și ca pedeapsă accesorie. *Facultatea* instanței de a stabili existența și conținutul pedepsei accesorii *nu este*, așadar, nici în această viziune, *completă și direct incidentă*, în mod plenar și netrunchiat, ci *subsecventă și dependentă* de decizia luată în privința existenței și conținutului pedepsei complementare a interzicerii exercitării unor drepturi (în măsura și cazurile în care o asemenea decizie este lăsată la latitudinea instanței⁸). Or, o calificare a pedepsei accesorii ca fiind propriu-zis

⁸ Nu este de neglijat împrejurarea că, deși regimul facultativ al pedepsei complementare a interzicerii exercitării unor drepturi tinde să constituie regula, această sancțiune penală cunoaște și un regim obligatoriu, în care decizia judecătorului cu privire la existența (incidenta) pedepsei complementare în cauză este suprimată (art. 67 alin. 2 C. pen.). În plus, unele norme de incriminare conțin în dispoziția sancționatorie indicații stricte cu privire la conținutul (minim) al pedepsei complementare (obligatorii) a interzicerii exercițiului unor drepturi, aplicabile în ipoteza săvârșirii lor, ceea ce limitează suplimentar autonomia decizională a instanței, nu doar în privința existenței, ci și a conținutului concret al pedepsei complementare în cauză, incidentă în respectiva speță dată (spre ex., un astfel de caz este întâlnit la norma de incriminare a întreruperii cursului sarcinii – art. 201 alin. 4 C. pen. – la aceea a luării de mită – art. 289 alin. 1 C. pen. – sau la aceea a delapidării – art. 295 alin. 1 C.

facultativă ar presupune ca instanța să aibă putere de decizie direct asupra acestei sancțiuni, iar nu mijlocit de decizia sa în privința altei pedepse secundare. Credem că este vorba, mai corect spus, despre un *regim mixt*, în care elemente ale regimului obligatoriu (legal) se îmbină cu elemente ale regimului facultativ (judiciar): faptul că exercițiul anumitor drepturi, odată interzis cu titlu de pedeapsă complementară – în ipoteza în care pedeapsa principală este închisoarea – este automat interzis și cu titlu de pedeapsă accesorie, derivă direct din lege, fiind sustras puterii de apreciere a judecătorului, menținându-se astfel o componentă de regim automat, operant de drept, în cazul pedepsei accesorii; faptul că instanța are – de regulă – puterea de decizie asupra aplicării și stabilirii conținutului pedepsei complementare, care se va reflecta, implicit, asupra pedepsei accesorii (în aceeași ipoteză referitor la pedeapsa principală), ilustrează o dimensiune de regim facultativ pedepsei accesorii.

Abordând dispoziția legală cuprinsă la art. 65 alin. 1 C. pen. *de pe o poziție interpretativă mai nuanțată*, care să ia în considerare nu doar metoda interpretării gramaticale, ci și pe aceea a interpretării logico-raționale, respectiv, pe aceea a interpretării istorice (și chiar teleologice), ne permitem să avansăm opinia că, *inclusiv în stadiul actual* al dreptului pozitiv, *instituția pedepsei accesorii pare a-și menține un regim dual, având atât o componentă obligatorie, cât și una facultativă* (sau, mai precis, *mixtă*). Într-adevăr, dacă este să analizăm care dintre elementele formulării inițiale din art. 65 alin. 1 C. pen. au fost modificate prin legea de punere în aplicare a codului (comparând cele două înfățișări ale textului), observăm că aspectele de noutate constau în lărgirea sferei drepturilor al căror exercițiu este pasibil de interzicere cu titlu de pedeapsă accesorie – fiind adăugat enumerării dreptul prevăzut la art. 66 alin. 1 lit. o) C. pen. – și la câteva minore (chiar insignifiante, ne-am permite să afirmăm) ajustări de stil și terminologie.⁹ Primul aspect al modificărilor semnalate nu prezintă nici un fel de legătură cu problema existenței unui singur regim sau a două regimuri sub care se prezintă pedeapsa accesorie. Al doilea aspect al modificărilor imprimă o

pen. – ori a abuzului în serviciu – art. 297 C. pen. – sau a folosirii abuzive a funcției în scop sexual – art. 299 C. pen. – precum și a conflictului de interese – art. 301 alin. 1 C. pen. – etc.).

⁹ Astfel: în loc de „drepturilor prevăzute în art.”, s-a preferat formularea „drepturilor prevăzute la art.”; iar în loc de enumerarea „art. 66 alin. 1 lit. a), lit. b) și lit. d)-(...)”, s-a preferat formularea „art. 66 alin. 1 lit. a), b) și d)-(...)”, suprimându-se repetarea prescurtării *lit.* înainte de indicativul *b*, respectiv *d*-(...).

grupare mai strânsă a textului și conduce, astfel, într-o anumită măsură, la o formulare care, în ansamblu, tinde a exprima o mai scăzută aptitudine de interpretare în sensul exprimării dorinței legiuitorului de a concepe bivalent regimul pedepsei accesorii (dorință inițială care rezultă fără tăgadă din coroborarea primei forme a textului cu precizările din expunerea de motive, după cum am indicat anterior¹⁰). Însă, analizând punctual modificările intervenite, apreciem plauzibilă afirmația că logica și puterea evidenței nu îndrituiesc situarea pe o poziție care ar conduce la susținerea că restilizări sintactice, pur formale, (totodată atât de subtile, dar și purtătoare ale unei semnificații atât de neutre, precum suprimarea unei prescurtări - care poate să fi avut loc, foarte probabil, deoarece părea repetitivă și împovărătoare asupra textului), ar putea exprima în mod real, clar și coerent, fără urmă de dubiu, mesajul unei atât de radicale schimbări de optică a legiuitorului penal, pe cât ar fi aceea care ar însoți trecerea de la o pedeapsă accesorie structurată pe două regimuri de aplicare, la una concepută în considerarea unui regim unic.

În plus, după cum am mai subliniat deja, interpretarea logico-rațională se opune profund conceperii unui sistem normativ funcțional în care pedeapsa accesorie ar fi astfel concepută încât ar lăsa deschisă condamnaților la pedepse privative de libertate, posibilitatea (chiar și preponderent teoretică, abstractă)¹¹ exercitării active a dreptului de a fi aleși în autorități / funcții publice, ori a aceluia de a exercita funcții implicând autoritatea de stat, pe durata dintre rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare și momentul executării sau considerării ca executată a pedepsei principale. O astfel de viziune apreciem că nu ar face decât să încurajeze, oricum, de cele mai multe ori, pe judecători, să instituie un veritabil regim

¹⁰ A se vedea supra, notele de subsol nr. 4 și 5.

¹¹ Încercăm astfel să răsturnăm anticipat orice posibilă argumentare care ar tinde să maximizeze speculativ împrejurarea că, deși formal facultativă, inclusiv sub aspectul interzicerii exercițiului acestor două categorii de drepturi, pedeapsa accesorie va funcționa măcar în acest conținut minim în toate cazurile emergente, ca urmare a faptului că întotdeauna instanțele vor pronunța cel puțin interzicerea exercitării drepturilor prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. a) și b) C. pen., cu titlu de pedeapsă complementară, ori de câte ori pedeapsa principală incidentă ar fi închisoarea (în ipotezele aplicării facultative a acestei pedepse complementare). În afară de imposibilitatea stabilirii unei garanții generale în acest sens, este de observat că o atare practică ar fi nu doar improbabil de impus, cât și blamabilă, deoarece ar contraveni, pe conținut, ideii care ar fi formal afirmată ca decurgând dintr-o asemenea interpretare a normei.

automat *de facto* al sancțiunii în cauză, având drept conținut minimal interzicerea drepturilor amintite, prin dispunerea interzicerii acestora cu titlu de pedeapsă complementară, chiar și în acele ipoteze factice în care nu ar considera, cu temei, că o asemenea sancțiune se impune cu acest titlu, numai pentru a se asigura că nu se ajunge în situația absurdă în care s-ar putea pretinde exercitarea respectivelor drepturi chiar și pe parcursul executării pedepsei principale privative de libertate.¹² Practic, refuzul de a accepta existența unui regim obligatoriu al pedepsei accesorii, ca decurgând din interpretarea validă a textului legal, ar putea conduce în anumite cazuri la o veritabilă agravare a situației persoanelor condamnate la pedepse cu închisoarea, ceea ce considerăm că se opune inclusiv interpretării teleologice a normei de la art. 65 alin. 1 C. pen.

O interpretare a art. 65 alin. 1 C. pen. în sensul că reglementează o pedeapsă accesorie cu regim unic, exclusiv facultativ (sau mixt), ar putea fi, într-o oarecare măsură, acreditată, numai în măsura în care dispoziții legale extra-penale ar prelua expres și automat rolul de piedici normative terțe în calea unor posibile pretenții, pe care le-ar putea eventual ridica unii condamnați privați de libertate, la recunoașterea exercițiului activ al celor două categorii de drepturi la care facem aici referire, pe perioada dintre condamnarea lor definitivă și executarea / considerarea ca executată a pedepsei principale. Aceasta s-ar putea realiza, de exemplu, sub forma stabilirii unei incompatibilități între statutul de condamnat la pedeapsă privativă de libertate și statutul de candidat electoral la autorități sau la funcții publice (ineligibilitate), ori acela de persoană care poate exercita, în general, o funcție implicând autoritatea de stat, indiferent de identitatea particulară a acestei funcții.¹³ Aceasta deoarece s-ar putea considera drept inutilă o

¹² Deși este improbabilă expectativa emergenței unor astfel de cazuri concrete, ea nu este nici de exclus cu totul, ca imposibilă. A presupune că, dacă ar exista o posibilitate în acest sens (ceea ce este, logic, de neconceput), unele persoane și-ar putea manifesta dorința de a-și exercita, în mod real, drepturile indicate de art. 66 alin. 1 lit. a) și b) C. pen. (chiar în conjunctura particulară în care s-ar găsi, în calitate de persoane condamnate la pedepse privative de libertate), nu considerăm că reprezintă, nici pe departe, o ipoteză atât de absurdă, pe cât se înfățișează interpretarea potrivit căreia asemenea persoane ar mai putea încă deține deschisă, chiar și numai în abstract, calea posibilității de a-și exercita propriu-zis respectivele drepturi, într-o împrejurare precum aceea a executării unei pedepse privative de libertate.

¹³ Un asemenea sistem disjunct de interdicție ar fi eficient, dacă ar fi să ne raportăm exclusiv la un cadru intern de referință și de legitimare normativă. Suntem, totuși, de părere că, în considerarea standardelor conturate de interpretarea autonomă a conceptului de *materie*

exprimare sub formă de pedeapsă accesorie a interdicției de exercitare a respectivelor drepturi, din moment ce aceasta ar funcționa deja, exprimată sub formă de incompatibilitate impusă de legislația specială, extra-penală, proprie anumitor domenii de activitate.

Însă, după știința noastră (și în limitele ei) asemenea prevederi¹⁴ fie nu există (cazul legislației electorale speciale, în ceea ce privește dreptul de a

penală, impus în jurisprudența C.E.D.O., o atare soluționare ar constitui o încercare incorectă de calificare formală drept extra-penală a unei consecințe de tip sancționator derivând din sfera penală de acțiune etatică, ceea ce ar putea crea probleme de calificare între palierul reprezentat de sistemul intern de drept al României și acela pe care îl constituie cadrul convențional de referință.

¹⁴ În cadrul normativ special, reprezentat de legislația electorală în vigoare, nu am putut identifica prevederi exprese care să împiedice o persoană să dobândească statutul de candidat în vederea alegerii într-o autoritate sau funcție publică, prin simplul fapt al condamnării definitive a acesteia, chiar și la o pedeapsă privativă de libertate. Dispozițiile care instituie incompatibilități, în acest sens, fie nu prevăd nimic specific sub aspectul care ne interesează aici [precum art. 28 din Legea nr. 370/2004, republicată, pentru alegerea Președintelui României, care trimite la art. 37 din Constituție, unde se indică doar că „au dreptul de a fi aleși cetățenii cu drept de vot (...)”, persoane cu cetățenie română și cu domiciliul în România, dacă nu fac parte din categoriile de persoane cărora le este interzisă asocierea în partide politice – unde nu sunt incluși expres cei condamnați – și dacă au atins o anumită limită de vârstă], fie specifică expres doar imposibilitatea unei persoane de a dobândi statutul de candidat, în măsura în care *prin* hotărâre judecătorească definitivă aceasta a fost *condamnată la* pierderea drepturilor electorale, formulare care tinde să transmită ideea că, dacă prin respectiva hotărâre instanța nu a dispus direct și expres asupra unei asemenea interdicții, atunci aceasta nu ar deriva implicit din legea extra-penală electorală, ca simplu corolar automat al statutului de condamnat la o pedeapsă privativă de libertate [în acest sens, a se vedea: art. 5 alin. 2 lit. b), coroborat cu alin. 1 lit. b), din Legea nr. 67/2004, republicată, pentru alegerea autorităților administrației publice locale; art. 5 alin. 7, coroborat cu alin. 6, din Legea nr. 33/2007, republicată, privind organizarea și desfășurarea alegerilor pentru Parlamentul European – a se vedea și art. 14 alin. 1 lit. c) din același act normativ; art. 3 alin. 5 din Legea nr. 35/2008, pentru alegerea Camerei Deputaților și a Senatului și pentru modificarea și completarea unor legi]. Așadar, dacă ar fi să admitem interpretarea textului art. 65 alin. 1 C. pen. acreditată de metoda (strict) gramaticală (anume, că pedeapsa accesorie ar avea doar un regim facultativ – sau mixt – de aplicare), ar reieși că acelor condamnați la pedeapsa închisorii, cărora instanța nu le-a interzis *anume* exercițiul niciunui drept, cu titlu de pedeapsă complementară, nu le este interzis nici ca pedeapsă accesorie exercițiul niciunui drept din cele prevăzute la art. 66 alin. 1 C. pen., deci nici măcar exercițiului dreptului de a fi ales în autorități / funcții publice, sau de a îndeplini funcții implicând exercițiul autorității de stat. Nefiind interzis exercițiul acestor drepturi, într-o atare ipoteză, reiese că acei condamnați ar avea libertatea teoretică de a și le exercita, în pofida statutului lor și a privării lor de

candida în vederea alegerii în autorități / funcții publice), fie – dacă există – sunt disparate, trunchiate și (mai mult ca probabil) lipsite de caracter exhaustiv și de o formulare cu tentă generalizatoare (dacă ne raportăm la problema dreptului de a ocupa funcții care implică exercițiul autorității de stat). Cu alte cuvinte, dimensiunea normativă care ar putea susține (într-o oarecare măsură) interpretarea potrivit căreia pedeapsa accesorie are, *de lege lata*, un regim unic, anume cel facultativ (mixt), am putut constata că este fie inexistentă, fie configurată ca un cadru legal scindat, trunchiat și – ca atare – apreciat de noi ca neperformant, lipsit de caracter cert și previzibil / predictibil.

Pe de altă parte, există anumite dispoziții legale speciale care instituie o perfect rațională incompatibilitate între statutul, *deja dobândit*, de persoană care exercită o demnitate sau funcție electivă publică, respectiv o funcție care implică exercițiul autorității de stat – pe de o parte – și statutul de persoană condamnată, în special la o pedeapsă privativă de libertate – pe de altă parte – reglementând încetarea sau demiterea (deci pierderea) de drept a exercițiului demnității / funcției respective, la momentul rămânerii definitive a hotărârii de condamnare.¹⁵ Or, credem că este complet temeinică

libertate, ceea ce reprezintă o consecință profund inacceptabilă (dar logică, în rigoarea raționamentului întreprins pe baza unei asemenea premise / interpretări a textului legal).

¹⁵ A se vedea, spre exemplu: art. 96 alin. 4 teza finală din Constituție, referitor la considerarea ca demis de drept a Președintelui României, la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare (pentru comiterea infracțiunii de înaltă trădare); art. 9 alin. 2 lit. f) și art. 15 alin. 2 lit. e) din Legea nr. 393/2004, privind Statutul aleșilor locali; art. 69 alin. 1 lit. i) din Legea nr. 360/2002, privind Statutul polițistului – potrivit art. 2 din acest act normativ, poliștii sunt investiți cu exercițiul autorității publice în exercițiul funcției lor; art. 65 alin. 1 lit. f) din Legea nr. 303/2004, republicată, privind statutul magistraților. Totuși, astfel de prevederi nu se regăsesc, într-o formă care implică automat pierderea demnității / funcției publice ocupate, prin simplul efect al rămânerii definitive a unei hotărâri de condamnare (chiar și numai la o pedeapsă privativă de libertate), în toate sursele normative speciale în care ar fi de așteptat prezența lor. Astfel, de exemplu, art. 7 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 96/2006, republicată, privind Statutul deputaților și al senatorilor, prevede (doar): „Calitatea de deputat sau de senator încetează: (...) în caz de pierdere a drepturilor electorale, de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești prin care se dispune pierderea acestor drepturi” (s.n.). Așadar, dacă hotărârea nu dispune expres asupra pierderii „drepturilor electorale”, calitatea de parlamentar nu încetează de drept. Prin urmare, respectivul demnitar ar urma să cumuleze statutul de deputat sau senator, cu acela de deținut în penitenciar în executarea unei pedepse privative de libertate, dacă instanța nu a interzis expres exercițiul acestor drepturi. Este oare acesta un lucru posibil și admisibil? Logica raționamentului ne indică un răspuns afirmativ,

și justificată calificarea ca (cel puțin) illogic a unui sistem legal în care lipsa unei interdicții anticipate de accesare la o demnitate / funcție, a unei persoane, în considerarea statutului juridico-social (de condamnat la pedeapsă privativă de libertate) al acesteia, ar fi împletită cu o normă, incidentă doar ulterior dobândirii respectivei poziții, de interdicție imediată a exercițiului acesteia și de pierdere a statutului astfel dobândit. Mult mai firească, rațională și funcțională, credem că ar fi întregirea unei astfel de dispoziții legale, precum cea din urmă, cu o alta, care să excludă expres și explicit, de la bun început, posibilitatea unui condamnat definitiv la o pedeapsă privativă de libertate, de a-și exercita, pe durata dintre rămânerea definitivă a hotărârii instanței și data executării sau considerării ca executată a pedepsei principale, dreptul de a fi ales în autorități sau funcții publice, ori de a exercita funcții implicând autoritatea de stat. Într-o astfel de lumină, interpretarea textului art. 65 alin. 1 C. pen. în conformitate cu viziunea inițială a noului legiuitor penal, descrisă și în Expunerea de motive a codului (chiar după modificările puțin însemnate și echivoce – pe conținut – aduse textului prin legea de punere în aplicare a codului), capătă o conotație și o aptitudine de aplicare rațională, echilibrată și firească, în sensul că reglementarea pedepsei accesorii conduce la configurarea acesteia în două forme, corespunzătoare regimului obligatoriu, respectiv – în eventuala completare a acestuia – regimului facultativ (mixt). Chiar dacă această viziune interpretativă este mai puțin observabilă la prima vedere, în raport de o abordare inițială a textului prin prisma unei interpretări preponderent gramaticale, apreciem totuși că ea este singura care prezintă avantajul de a preîntâmpina rezultate absolut inacceptabile, la care ar conduce nemijlocit viziunea interpretativă care ar conchide că pedeapsa accesorie, astfel cum este ea reglementată *de lege lata*, prezintă doar un singur regim de aplicare, cel așa-zis facultativ (mixt).

Totodată, interpretarea pe care o propunem – anume: receptarea textului art. 65 alin. 1 C. pen. ca scindată de conjuncția *și*, astfel încât limitarea legată de necesitatea pronunțării interdicției exercițiului unor drepturi, cu titlu de pedeapsă complementară, pentru ca acestea să fie interzise și cu titlu de pedeapsă accesorie, să nu fie considerată ca operantă

logica generală, firescul lucrurilor și bunul-simț elementar ne sugerează, însă, caracterul terifiant și inacceptabil al unui asemenea scenariu!

decât în raport de drepturile prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. d-o C. pen., iar nu și față de acelea indicate la lit. a) și b) – nu credem că poate fi apreciată ca intrând în conflict cu standardele impuse prin jurisprudența C.E.D.O. Aceasta deoarece – după cum am mai punctat și în cele ce preced – incompatibilitatea firească, naturală, dintre exercițiul acelor drepturi și statutul de persoană condamnată la o pedeapsă privativă de libertate, urmează a se impune cu puterea evidenței oricărui analist rezonabil, astfel încât nici măcar Curtea nu ar putea (în mod echitabil și echilibrat) critica și condamna o asemenea prevedere normativă (astfel interpretată), ca reprezentând o încălcare a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. În plus, reluăm argumentul potrivit căruia inclusiv dispozițiile Codului de bune practici în materie electorală (elaborat de Comisia de la Venetia), permit ca restricțiile referitoare la privarea unor cetățeni de dreptul de a fi ales să fie mai puțin sever limitate decât cele corespunzătoare privind dreptul de a vota al acestora.

În ceea ce privește *interpretarea art. 65 alin. 2 C. pen.*, referitor la *configurația pedepsei accesorii atunci când pedeapsa principală privativă de libertate care s-a pronunțat este detențiunea pe viață*, semnalăm de asemenea o *controversă* (cel puțin la nivel teoretic). În opinia noastră, interpretarea corespunzătoare – inclusiv *de lege lata* – este aceea potrivit căreia aceasta are un regim obligatoriu de dispunere și aplicare (nefiind posibilă absența sa atunci când sancțiunea penală principală este detențiunea pe viață)¹⁶, fiind însă lăsată la latitudinea instanței decizia referitoare la conținutul său concret (numărul și identitatea exactă a drepturilor al căror exercițiu va fi interzis, desigur, în limitele sferei drepturilor menționate la art. 66 alin. 1 C. pen.). Astfel, din formularea textului legal (art. 65 alin. 2 C. pen.)¹⁷ – „În cazul detențiunii pe viață, pedeapsa accesorie constă în

¹⁶ În sens contrar, a se vedea: M. Udriou, V. Constantinescu, *Noul Cod penal. Codul penal anterior. Prezentare comparativă. Observații. Ghid de aplicare. Legea penală mai favorabilă*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 84.

¹⁷ În forma sa inițială, prezentă la publicarea noului Cod penal, art. 65 alin. 2 prevedea: „În cazul pedepsei detențiunii pe viață, pedeapsa accesorie constă în interzicerea de drept a exercitării următoarelor drepturi: a) dreptul de a fi ales în autoritățile publice sau în orice alte funcții publice; b) dreptul de a ocupa o funcție care implică exercițiul autorității de stat; c) dreptul străinului de a se afla pe teritoriul României; d) dreptul de a alege; e) drepturile părintești; f) dreptul de a fi tutore sau curator”. Această configurație a textului a fost modificată prin art. 245 pct. 4 din Legea nr. 187/2012, de punere în aplicare a noului Cod penal, ajungându-se la forma actuală de referință (indicată anterior). Cu toate că s-a renunțat,

interzicerea de către instanță a exercitării drepturilor prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. a)-o) sau a unora dintre acestea” – desprindem caracterul imperativ al normei (în acest caz pedeapsa accesorie *constă* în interzicerea unor drepturi, iar nu „poate consta în”, doar formularea din urmă – neutilizată însă de lege – fiind aptă să acrediteze aprecierea unui regim integral facultativ al pedepsei accesorii), precum și indicarea alternativă strictă (deci, limitativă) a opțiunilor instanței în privința conținutului acestei pedepse: fie interzicerea exercitării *tuturor* drepturilor prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. a)-o), fie doar interzicerea *unora* dintre acestea. Or, opinăm că interpretarea textului legal referitor la „interzicerea *unora* dintre acestea” [s.n.] în sensul că ar fi posibilă ne-interzicerea niciunui (transformând ideea textului într-o lipsită de sens „*interzicere a ... niciunui*”), este în mod evident forțată și conduce la o ipoteză de ne-aplicare a acestuia. Interzicerea *unora* semnifică, desigur, lipsa obligației interzicerii tuturor, în bloc, dar nicidecum nu permite ideea absenței complete a interdicției; cel puțin exercițiul a minim două¹⁸ dintre drepturile prevăzute de art. 66 alin. 1 C. pen. trebuie interzis pentru a se putea aprecia întrunită cerința legii, ca măcar unele dintre ele (așadar mai mult de unul, căci se utilizează pluralul, iar contextul este de așa natură încât regula lipsei de relevanță a formei singulare sau plurale de exprimare a legiuitorului nu își poate găsi aici aplicare) să nu se poată exercita de persoana condamnată la detențiune pe viață, între momentul rămânerii definitive a hotărârii și data considerării ca executată a acestei pedepse principale. Teoretic, identitatea acestor minim două drepturi al căror exercițiu trebuie să fie interzis de instanță ca pedeapsă accesorie, când aceasta însoțește o pedeapsă principală cu detențiunea pe viață, rămâne la aprecierea motivată a instanței, însă suntem de părere că logica împiedică în orice situație posibilă acceptarea ideii – chiar și pur teoretice – că un

în mod evident, la precizarea expresă a caracterului *de drept* a pedepsei accesorii care însoțește detențiunea pe viață, credem că acest aspect este mai degrabă unul formal, menit să voaleze prin exprimare caracterul menținut, în continuare, obligatoriu, al acesteia, căci tonul legiuitorului a rămas imperativ și în noua redactare, discreditând – după cum indicăm și în text – opțiunea de interpretare care susține caracterul (integral) facultativ al pedepsei accesorii, inclusiv în ipoteza aceasta (în care sancțiunea principală stabilită este detențiunea pe viață).

¹⁸ În același sens, a se vedea – C-tin. Mitrache, C. Mitrache: *Drept penal român. Partea generală*, editura Universul Juridic, București, 2014, p. 252.

condamnat la detențiune pe viață ar putea deține exercițiul dreptului de a fi ales în funcții sau autorități publice, ori pe acela de a exercita, până la executarea sau considerarea ca executată a pedepsei sale principale, funcții care implică autoritatea de stat. În mod evident, toate cele expuse anterior, cu privire la incompatibilitatea firească dintre posibilitatea liberului exercițiu (chiar teoretic) al acestor drepturi și statutul de condamnat la pedeapsa închisorii, sunt incidente *a fortiori* atunci când pedeapsa principală pronunțată este detențiunea pe viață.

De aici convingerea noastră că, în orice ipoteză de condamnare definitivă la o pedeapsă principală constând în detențiune pe viață, cel puțin exercițiul acestor două drepturi nu are cum să nu fie interzis condamnatului (dând un minim *conținut obligatoriu* pedepsei accesorii, la rândul ei obligatorii, în această ipoteză), urmând ca instanța să poată indica și exercițiul altor drepturi dintre cele prevăzute la art. 66 alin. 1 C. pen. ca fiind interzis, cu același titlu (configurându-se astfel *conținutul facultativ* al pedepsei accesorii, pedeapsă a cărei incidență, cel puțin la stadiul minim ante-indicat, este însă obligatorie, în caz de condamnare la detențiune pe viață).

*

Propunere de *lege ferenda*. Orice text legal fiind unul perfectibil, începem prin a semnală caracterul neperformant al tehnicii legislative care creează o atât de radicală și importantă deosebire, pe fond, între interpretarea unui text normativ în litera acestuia – pe de o parte – respectiv în spiritul său – pe de altă parte. În mod ideal, diversele modele de interpretare a unui text de lege, în vederea stabilirii cât mai exacte a voinței legiuitorului, ar trebui să se coroboreze, să conveargă armonios spre o concluzie comun susținută, iar nu să intre într-un conflict care să atragă rezultate atât de diferite precum sunt acelea pe care constatăm că le dezvăluie literatura de specialitate¹⁹ în

¹⁹ Dacă este să menționăm doar unele dintre principalele puncte de vedere exprimate în doctrină, semnalăm: opinii care apreciază înscrierea prin lege a unui regim exclusiv facultativ de aplicare a pedepsei accesorii, indiferent dacă pedeapsa principală privativă de libertate ar fi închisoarea sau detențiunea pe viață (de pildă, a se vedea: *Material de analiză redactat de Grupul de lucru constituit la nivelul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție prin Ordin al procurorului general pentru asigurarea unui instrument de lucru în cadrul Ministerului Public în scopul interpretării și aplicării unitare a dispozițiilor noilor coduri, penal și de procedură penală*, document disponibil on-line, la adresa de internet - <http://www.mpublic.ro/ncp.pdf> - p. 72; M. Udriou, V. Constantinescu: *op.cit.*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 84; S. Rădulețu, în: T. Toader (coordonator), M.I. Michinici, R.

privința art. 65 C. pen., după cum se urmează calea interpretării sale strict gramaticale, ori, dimpotrivă, aceea a interpretării conjugate: istorice, logico-raționale, respectiv teleologice. Ecartul dintre conceperea pedepsei accesorii ca fiind incidentă potrivit unui regim singular, sau, din contra, conform unuia dual de aplicare, este suficient de mare pentru a avea aptitudinea să conducă la consecințe negative, de nedorit, respectiv: bulversarea destinatarilor legii și a instituțiilor chemate să o aplice, în acest din urmă caz lăsând, astfel, loc unei practici neunitare; scăderea prestigiului legiuitorului și a încrederii mediului de specialitate – dar și în general, a încrederii publice – în capacitatea (legitim solicitată) acestuia de a identifica formulele optime de reglementare într-o ramură de drept atât de importantă și de impact, precum este aceea a dreptului penal. Aceste consecințe sunt exacerbate de împrejurarea că ne aflăm în prezența unei noi codificări în materie, care a fost (vrem să credem) îndelung chibzuită și care a beneficiat de o întinsă perioadă de *vacatio legis*, astfel încât era de așteptat, în mod rezonabil, ca implementarea sa să fie cât mai performantă, iar soluțiile legislative să fie cât mai corespunzătoare și mai adaptate la stadiul teoretic pe care îl înregistrează știința dreptului, cât și la realitățile obiective contemporane (preîntâmpinând, astfel, o potențială practică neunitară care, în măsura configurării sale, ar ajunge, poate, să fie din nou curmată prin intermediul unei decizii jurisprudențiale obligatorii).

Răducanu, A. Crișu-Ciocintă, S. Rădulețu, M. Dunea: *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 146); opinii care concep dispunerea pedepsei accesorii drept facultativă atunci când pedeapsa principală este închisoarea, respectiv concep o dispunere obligatorie a pedepsei accesorii atunci când pedeapsa principală este detențiunea pe viață (L. Lefterache: *Drept penal. Partea generală. Note de curs*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 143, 144); există și autori care disting între un regim facultativ și unul obligatoriu de dispunere a pedepsei accesorii, după cum pedeapsa închisorii este însoțită de o pedeapsă complementară a interzicerii exercitării unor drepturi care funcționează după un regim obligatoriu ori facultativ de aplicare, precizând regimul obligatoriu al pedepsei accesorii în raport de pedeapsa principală a detențiunii pe viață (C-tin. Mitrache, C. Mitrache: *op.cit.*, Ed. Universul Juridic, București, p. 251, 252); observăm și puncte de vedere dificil de încadrat într-una din categoriile astfel distinse, prin aceea că, într-una și aceeași sursă, sunt exprimate, succesiv, opinii diferite, chiar contradictorii / ireconciliabile (spre exemplu, a se vedea: C. Voicu, A.S. Uzlău, R. Moroșanu, C. Ghigheci: *Noul Cod penal. Ghid de aplicare pentru practicieni. Presentare comparativă NCP – CP anterior. Analiza instituțiilor noi. Legea penală mai favorabilă. Recursuri în interesul legii*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 109, 110); ș.a.

Drept urmare, plecând de la această configurație deficitară pe care considerăm că a ajuns să o atingă reglementarea formală a pedepsei accesorii în noua codificare penală din România, *propunem o modificare legislativă care să reformuleze explicit, clar și previzibil*, scindarea acesteia într-un regim obligatoriu și într-unul facultativ de aplicare. Indiferent de împrejurarea că pedeapsa principală dispusă ar fi închisoarea sau detențiunea pe viață, *regimul obligatoriu* al pedepsei accesorii susținem că trebuie să conștie în interzicerea automată a exercițiului drepturilor prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. a) și b) C. pen., începând de la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare și până la executarea sau considerarea ca executată a pedepsei principale privative de libertate, indiferent dacă acestea au fost sau nu interzise și cu titlu de pedeapsă complementară. Avansând această opinie, apreciem că nu s-ar contraveni standardelor C.E.D.O., dată fiind incompatibilitatea naturală evidentă dintre liberul exercițiu al acestor categorii de drepturi și statutul de persoană condamnată la pedeapsă principală privativă de libertate.

Sub aspectul celui de-al doilea regim al pedepsei accesorii, considerăm că urmează a se face distincție între ipoteza unei pedepse principale cu închisoarea și aceea a unei pedepse principale cu detențiunea pe viață, datorită viziunii de principiu (pe care o considerăm, de asemenea, criticabilă) a legiuitorului, de a nu concepe compatibilitatea principială dintre pedeapsa detențiunii pe viață și pedeapsa complementară a interzicerii exercitării unor drepturi. Ca atare, atunci *când pedeapsa principală stabilită este închisoarea, cel de-al doilea regim al pedepsei accesorii (mixt)* urmează să conștie în interzicerea suplimentară, alături de conținutul obligatoriu al pedepsei accesorii, a exercițiului oricărui alt drept din cele prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. d)-o) C. pen., care ar fi fost interzis în acea cauză cu titlu de pedeapsă complementară. Atunci *când pedeapsa principală stabilită este detențiunea pe viață*, legiuitorul neconcepând posibilitatea dispunerii alături de aceasta a pedepsei complementare a interzicerii exercitării unor drepturi, *conținutul facultativ* (de această dată, propriu-zis facultativ) *al pedepsei accesorii*, va consta în posibilitatea instanței de a interzice exercițiul oricărui alt drept din cele prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. c)-o) C. pen., alături de conținutul obligatoriu al pedepsei accesorii.

Din cele ce preced, ne permitem să avansăm, cu titlu de exemplu, o potențială (și – desigur – perfectibilă) formă de exprimare normativă mai clară pentru comunicarea acestei viziuni de concepere a conținutului

pedepsei accesorii, precum: „(1) Pedeapsa accesorie constă în interzicerea de drept a exercitării drepturilor prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. a) și b) și în interzicerea exercitării drepturilor prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. d)-o), dacă exercitarea acestora din urmă a fost interzisă de instanță ca pedeapsă complementară. (2) În cazul pedepsei detențiunii pe viață, alături de interzicerea de drept a exercitării drepturilor prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. a) și b), se poate interzice și exercițiul celorlalte drepturi prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. c)-o), în tot sau în parte”.

Chiar în absența unei astfel de modificări normative a conținutului pedepsei accesorii, considerăm că ideea care s-ar degaja, astfel, fără dubii, din redactarea textului art. 65 alin. 1 și 2 C. pen., reprezintă oricum formula corespunzătoare de interpretare (și) a actualei reglementări, singura care este susținută de interpretarea logico-rațională, istorică și teleologică și totodată singura care permite o funcționare a instituției pedepsei accesorii care să nu conducă la rezultate (chiar și strict teoretice) absolut inacceptabile și nerezonabile!

**DREPTURILE BĂRBAȚILOR INCIDENTE ÎN MATERIA
AVORTULUI. O ANALIZĂ SINTETICĂ**

**MEN'S RIGHTS CONCERNING THE ABORTION ISSUE. A
SUMMARY ANALYSIS**

ANCUȚA ELENA FRANȚ¹

Rezumat: Deși chestiunea avortului este resimțită în primul rând de către femei, nu putem nega faptul că problema avortului este legată de cea a reproducerii, ori bărbații au același interes ca și femeile de a avea urmași. Impactul pe care purtarea unei sarcini îl are asupra unei femei face ca în societățile care permit avortul în condiții permissive să fie extrem de greu, dacă nu chiar imposibil, să se accepte vreun drept al bărbaților în ceea ce privește luarea hotărârii de a se realiza sau nu un avort. Cel puțin în ipoteza în care femeia vrea să păstreze sarcina, dar tatăl fătului dorește realizarea avortului, apreciem că este exclus să se dea efect voinței bărbatului. Doar în ipoteza în care femeia dorește să avorteze, dar tatăl se opune, s-ar putea recunoaște anumite drepturi pentru tatăl fătului, însă acestea ar putea fi realizate numai dacă femeia însărcinată își dă acordul. O astfel de ipoteză în care se poate da efect voinței tatălui este cea în care femeia acceptă să ducă sarcina la termen, iar tatăl se obligă (eventual printr-un act juridic solemn, anume prevăzut de lege în acest scop) să acorde întreținere copilului, după naștere, eventual prin adoptarea copilului. **Cuvinte-cheie:** avort, sarcină, drepturile femeilor, drepturile bărbaților, reproducere

Abstract: Although the abortion issue is experienced primarily by women, we can not deny that abortion is linked to procreation, and men and women have the same interest to have offsprings. The impact that childbearing has on a woman makes that, in societies where abortion is allowed, it is extremely difficult, if not impossible, to accept that men should be involved in taking a decision over performing or not an abortion. At least if the woman wants to keep the pregnancy, but the father wants an abortion, it is impossible to give effect to the father's will. Only if the woman wants to have an abortion, but the father opposes, there may be recognized certain rights of

¹ Asistent univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: ancuta.frant@uaic.ro

the father, but this could be achieved only if the pregnant woman gives her consent. Such a hypothesis could be the situation when the pregnant woman agrees to carry the pregnancy to term, and the father commits (possibly through a legal act, namely prescribed by law for this purpose) to provide maintenance of the child, after birth, possibly by adopting the child.

Key-words: abortion, pregnancy, women's rights, men's rights, procreation

1. Introducere. Necesitatea abordării problemei referitoare la drepturile bărbaților în materie de avort

Articolul de față își propune să analizeze un aspect mai puțin dezbătut din sfera problemelor referitoare la avort, și anume posibilitatea ca bărbații să exercite vreun drept în sensul de a determina o femeie să păstreze sarcina sau, dimpotrivă, să realizeze un avort. Chestiunea referitoare la eventualele drepturi ale bărbaților în legătură cu avortul este semnificativ mai puțin dezbătută decât alte elemente din sfera avortului, precum dreptul la viață al fătului sau dreptul femeii însărcinate de a decide dacă păstrează sau nu sarcina. Explicația constă în faptul că, cel puțin în societatea occidentală², unde s-au purtat în ultimele decenii cele mai intense dezbateri în privința avortului, femeia este considerată, a priori, ca având o existență autonomă, în sensul că, din punctul de vedere al organizării societății, nu este dependentă de autoritatea unui anumit bărbat. În aceste condiții, este evident că, atunci când se vorbește despre avort, apare în prim-plan o independență a femeii însărcinate de orice alte persoane, din moment ce impactul purtării unei sarcini este resimțit în primul rând, în mod evident, de către femeia însărcinată.

Totuși, în ciuda faptului că problema avortului este resimțită în primul rând de către femei, nu putem nega faptul că și bărbații au sau *trebuie* să aibă un grad de implicare, inclusiv emoțională, în ceea ce privește chestiunea avortului. În definitiv, problema avortului este legată de cea a reproducerii, ori bărbații au, în mod cert, cel puțin la modul ideal, același

² În alte societăți, femeia este dependentă de autoritatea unui anumit bărbat, care poate fi soțul, tatăl, fratele său, ori, în absența acestora, un alt bărbat din familie. Aceasta este situația în unele țări islamice. Este elocvent în acest sens faptul că, în Iran, până în anul 1973, nu era pedepsită pentru realizarea unui avort femeia care avortase la îndemnul soțului său. A se vedea *Abortion Policies. A Global Review. Country Profiles*, p. 63, formă electronică, text disponibil la adresa <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm> (referință din data de 30.09.2013).

interes ca și femeile de a avea urmași. Evident, diferențele biologice dintre cele două sexe determină diferențe majore în privința impactului pe care îl are ideea de procreare asupra femeilor, respectiv asupra bărbaților. În cele ce urmează ne propunem ca, într-o manieră sintetică, să analizăm posibilitatea de a da efect concret interesului de netăgăduit al bărbaților în materie de reproducere. Practic, ne propunem să cercetăm dacă, în ciuda impactului uriaș pe care reproducerea îl are asupra femeilor, poate fi recunoscut bărbaților vreun drept în această privință.

2. Aspecte ideologice și sociale

După secole de dominație decizională a bărbaților, secolul XX a adus emanciparea femeilor. Egalitatea dintre sexe, stabilită indubitabil la nivel declarativ de marea majoritate a statelor, nu poate însă transcende particularitățile fiziologice specifice fiecărui sex. Aceasta nu înseamnă că se creează o *inegalitate* bazată pe diferențele biologice dintre bărbați și femei, ci doar că trebuie să conștientizăm faptul că deosebirile fiziologice fac ca anumite aspecte să fie resimțite în mod diferit de bărbați și femei, așa cum este și cazul aspectelor legate de reproducere.

Deși, teoretic, femeile și bărbații ar trebuie să aibă drepturi egale în privința luării deciziei de a avea urmași, impactul pe care purtarea unei sarcini îl are asupra unei femei face ca abordarea teoretică să aibă numeroase condiționări de natură practică. Similar discuției referitoare la conflictul dintre dreptul femeii însărcinate de a decide cu privire la păstrarea sarcinii și dreptul fătului de a se naște, apare un conflict între dreptul femeii însărcinate de a decide avortul și dreptul potențialului tată de a avea urmași. Conflictul poate exista și în sens invers, atunci când femeia însărcinată dorește păstrarea sarcinii, dar tatăl fătului dorește realizarea avortului. Evident, spre deosebire de făt, care nu poate să-și susțină eventualele drepturi, potențialul tată are posibilitatea de a-și exprima voința. Însă, la fel ca în cadrul dezbaterilor privind interesul femeii însărcinate și interesul fătului, se evidențiază faptul că echilibrul real între interesul femeii și al bărbatului în raport de făt apare doar atunci când cele două interese coincid, într-un sens sau altul.

Apreciem că problema drepturilor bărbaților în privința aspectelor legate de avort are două componente: prima are în vedere existența un drept potențial de a avea un cuvânt de spus cu privire la păstrarea sarcinii de către

mamă; a doua se referă la posibilitatea de consacrare reală a unui asemenea drept, deci de exercitare a acestuia. Oricum, credem că, în ipoteza în care este greu de identificat modalitatea concretă de exercitare a unui astfel de drept, apare un semn de întrebare cu privire la existența dreptului în sine. Așadar, apare ca esențială găsirea modurilor concrete în care un bărbat ar putea să își impună voința cu privire la păstrarea unei sarcini de către femeia însărcinată, în condițiile actuale, când majoritatea legislațiilor acordă exclusiv femeii dreptul de a decide în privința realizării sau nerealizării avortului.

Unii autori consideră că liberalizarea extremă a avortului care s-a impus în unele țări începând cu deceniul al șaptelea al secolului XX reprezintă un motiv care alimentează comportamentul iresponsabil al bărbaților în problemele de natură sexuală. Faptul că femeia poate să avorteze legal în condiții extrem de permissive îi face pe bărbați indiferenți față de apariția unei sarcini nedorite. Se consideră chiar că liberalizarea avortului a dus la o veritabilă exploatare sexuală a femeilor de către bărbați³. Într-adevăr, atunci când vorbim despre dreptul femeii de a alege avortul, nu putem să ignorăm impactul major pe care realizarea unui avort îl are asupra unei femei, din punct de vedere fizic și psihic. Din punct de vedere fizic, în momentul în care alege avortul, femeia se supune unui risc substanțial, deoarece procedurile abortive pot duce la lezări grave ale sănătății sau chiar la moartea femeii. Din punct de vedere psihic, femeia poate să sufere toată viața de tulburări psihice, ca urmare a avortului. Și atunci, ce fel de drept este dreptul de alege avortul, din moment ce poate produce atât de multă suferință?

În opinia noastră, apreciem că, într-adevăr, nu putem separa discuțiile privind libertatea femeii de a alege avortul de problema efectelor adesea dramatice pe care avortul le are în viața femeilor. De aceea, apare ca evident faptul că cea mai bună soluție este de a preveni sarcinile nedorite; doar astfel femeile și bărbații pot avea o poziție oarecum similară față de implicațiile pe care avortul le poate avea. Altfel, deși o femeie are dreptul de a avorta un copil pe care nu îl dorește, acest drept se realizează printr-un procedeu invaziv și traumatizant, care o afectează în principal pe femeie; ori

³ Pentru detalii, a se vedea B. E. Fisher, *Abortion: The Ultimate Exploitation of Women*, Morgan James Publishing, New York, 2014, pp. IX-XV.

aceasta o pune pe femeie într-o situație de inferioritate față de bărbat. Da, este o cauzalitate biologică, deoarece doar femeia poartă produsul de concepție și, în consecință, doar ea poate avorta. Un bărbat, oricât și-ar dori, nu poate suporta el fizic procedura abortivă. Însă acest determinism fiziologic nu trebuie neapărat să se transforme într-o sursă de suferință pentru femei.

Pe de altă parte, apreciem că nici interzicerea avortului nu reprezintă o soluție pentru a echilibra situația celor două sexe în fața problemei avortului; dimpotrivă, apreciem că scoaterea avortului în afara legii adâncește și mai mult prăpastia dintre bărbați și femei în ceea ce privește efectele avortului. Dacă este ceva ce umilește și mai mult o femeie decât să fie nevoită să avorteze o sarcină pe care nu o dorește, aceasta este ca femeia să fie obligată să ducă la termen o sarcină nedorită. Oricum, istoria a arătat că, atunci când regimul avortului a fost extrem de sever, femeile nu s-au resemnat să accepte o sarcină nedorită, ci au încercat să avorteze în mod ilegal, de multe ori plătind prețul suprem pentru îndrăzneala lor. Așadar, păstrarea avortului în spectrul legal este cerința de bază care poate oferi o minimă demnitate femeilor care sunt nevoite să treacă prin drama realizării unui avort. Aceasta, deoarece efectuarea avortului într-un cadru legal, în instituții sanitare, de către persoane specializate, reduce cu mult riscurile ce pot însoți procedurile abortive.

Este o realitate faptul că, de regulă, atunci când se vorbește despre avort de pe poziția pro-viață, se aduce în discuție comportamentul femeilor, care sunt adesea înfierate și culpabilizate pentru realizarea avorturilor. Astfel, se ignoră, într-un mod impardonabil, însăși esența biologică a modului în care sunt concepuți oamenii, și anume faptul că, pentru a apărea o sarcină, este nevoie de concursul a două persoane: o femeie și un bărbat. În acest context, este de neînțeles de ce se aruncă vina avorturilor aproape exclusiv asupra femeilor.

De fapt, un aspect care este adesea neglijat este tocmai rolul pe care îl au bărbații în apariția sarcinilor nedorite. De regulă, atunci când se remarcă faptul că dezbaterile privind avortul se referă prea puțin la rolul bărbaților, se subliniază că și bărbații ar trebui să aibă anumite drepturi privind decizia de a avea urmași. În ceea ce ne privește, suntem de acord că discuțiile privind avortul analizează prea rar poziția bărbaților față de acest aspect, dar nu neapărat pentru că astfel li se lezează un potențial drept, ci

pentru că astfel se neglijează responsabilitatea pe care ar trebui să o aibă față de apariția sarcinilor nedorite. Anumite studii au arătat că se poate evidenția un prototip al bărbaților al căror comportament determină femeile să avorteze, în special ca urmare a analizei bărbaților ale căror parteneri au avortat în mod repetat. S-a evidențiat faptul că anumiți factori referitori la bărbați, precum nivelul scăzut al studiilor, vârsta înaintată sau lipsa unui loc de muncă favorizează avorturile repetate ale partenerelor. De asemenea, violențele fizice și abuzurile psihice și sexuale la care sunt supuse femeile au un rol foarte important în luarea de către o femeie a deciziei de a avorta⁴.

Cele expuse mai sus demonstrează faptul că bărbații pot, prin intermediul comportamentului lor, să determine o femeie să ia decizia de a avorta sau, dimpotrivă, de a păstra sarcina. Este de înțeles faptul că femeile sunt predispuse să decidă realizarea avortului dacă au motive de a crede că prezumtivul tată nu poate să susțină financiar creșterea copilului sau dacă nu au încredere că acesta le poate ajuta efectiv în activitatea de creștere a copiilor. De asemenea, este normal ca un comportament agresiv al potențialului tată să reprezinte un motiv care să determine o femeie să decidă realizarea avortului. Alte studii au confirmat faptul că experiența negativă resimțită de femeie în legătură cu modul tatălui de a se comporta după nașterea primului copil reprezintă un factor important care o poate determina pe femeie să aleagă avortul dacă rămâne însărcinată ulterior⁵. Așadar, cel puțin în situația în care tatăl dorește păstrarea sarcinii, iar femeia însărcinată dorește avortul, în unele ipoteze, poate că tatăl ar putea să-și vadă interesul realizat dacă înțelege și își asumă responsabilitățile economice și comportamentale pe care le implică activitatea de creștere a copiilor. Evident, este posibil ca, în concret, tatăl să își asume asemenea responsabilități și totuși femeia însărcinată să-și dorească în continuare

⁴ Pentru detalii, a se vedea M. Makenzius, T. Tydén, E. Darj, M. Larsson, *Risk factors among men who have repeated experience of being the partner of a woman who requests an induced abortion*, în *Scandinavian Journal of Public Health*, Vol. 40, Issue 2/2012, pp. 211-216.

⁵ Pentru detalii, a se vedea P. K. Coleman, C. D. Maxey, M. Spence, C. L. Nixon, *Predictors and Correlates of Abortion in the Fragile Families and Well-Being Study: Paternal Behavior, Substance Use, and Partner Violence*, în *International Journal of Mental Health and Addiction*, Volume 7, Issue 3/2009, pp. 405-422.

avortul. Într-o asemenea ipoteză, este greu de găsit o modalitate de a da efect voinței tatălui.

Realizarea unui avort poate avea urmări emoționale puternice și asupra bărbatului care era potențialul tată al fătului avortat. Acest fapt este un aspect social foarte puțin analizat. De regulă, este avut în vedere efectul avortului asupra femeii. Însă, dacă suntem conștienți că permiterea avortului, dincolo de a fi un drept al femeii, o pune pe aceasta în fața unor mari riscuri, ce sunt de multe ori ignorate în discursurile pro-avort, trebuie să analizăm și efectele pe care avortul le are asupra bărbaților. În mod evident, așa cum am afirmat, bărbații au propriul lor interes în ceea ce privește procrearea. Prin urmare, indiferent dacă sunt sau nu de acord cu realizarea avortului de către partenera lor, un avort ar trebui să aibă un efect de ordin psihologic și asupra bărbaților. Puținele studii asupra acestui efect pe care le-am găsit indică faptul că și bărbații sunt susceptibili de a dezvolta simptome de stres posttraumatic, ca urmare a avorturilor realizate asupra feteșilor ai căror tați erau⁶.

3. Încercări de a obține pe cale jurisprudențială recunoașterea drepturilor bărbaților în privința aspectelor legate de avort

În fața dispozițiilor legislative care consacră exclusiv dreptul femeii însărcinate de a decide cu privire la produsul de concepție, bărbații au apelat la instanțele de judecată, naționale și supra-naționale, în încercarea de a găsi o recunoaștere a unui eventual drept pe care ar putea să-l aibă de a decide soarta feteșilor ai căror tați sunt. Încercările lor au dat însă greș.

Un exemplu în privința încercărilor de a obține recunoașterea pe cale judecătorească a drepturilor tatălui de a decide cu privire la soarta feteșilor îl oferă două cazuri din Australia.

În cazul *Queensland c. T.*, din 1983, tatăl fătului se opune avortului, în momentul în care partenera sa (cu care nu era căsătorit) îi aduce la cunoștință faptul că vrea să avorteze. Tatăl se oferă să își asume responsabilitatea creșterii copilului, luându-l spre adopție după naștere. În plus, tatăl arată că este gata să sprijine femeia însărcinată și pe parcursul

⁶ A. Baker, J.A. Morrison, S.F. Coffey, *Using Prolonged Exposure to Treat Abortion-Related Posttraumatic Stress Disorder in Alcohol-Dependent Men: A Case Study*, în *Clinical Case Studies*, Vol. 10, Issue 6/2011, pp. 427-439.

sarcinii. Femeia însă refuză, ceea ce îl determină pe tată să sesizeze instanța, în încercarea de a împiedica avortul prin intermediul justiției. În susținerea pretențiilor sale, tatăl cere să se recunoască dreptul la viață al fătului. Înalta Curte a Australiei respinge însă cererea tatălui, motivând că nu se poate considera că, înainte de naștere, fătul are vreun drept propriu, care să fie exercitat în numele său de alte persoane⁷.

Soluția este reluată în 1989, când Curtea Australiană privind Dreptul Familiei decide că nici chiar tatăl fătului care este soțul femeii însărcinate nu are vreun drept de a decide cu privire la păstrarea sau avortarea sarcinii. La fel ca în cazul anterior, Curtea apreciază că, înainte de naștere, fătul nu are drepturi proprii. Mai mult, se arată că interesul soțului de a avea urmași, deși nu poate fi negat, este subordonat dreptului femeii de a decide dacă păstrează sau nu sarcina, deoarece sarcina are un impact mult mai mare asupra unei femei decât asupra unui bărbat. S-a apreciat că a o obliga pe femeia însărcinată să avorteze înseamnă a o obliga să facă ceva referitor la propriul său corp, ceea ce nu poate fi acceptat⁸.

În ceea ce privește instanțele supranaționale, Comisia Europeană a Drepturilor Omului, în cazul *Paton c. Marii Britanii*, din 1980, a arătat că dreptul la viață, prevăzut de art. 2 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, nu se referă și la făt. În speță, soțul solicitase pronunțarea unei hotărâri judecătorești prin care să o împiedice pe soția sa însărcinată să avorteze, invocându-se *dreptul la viață al fătului*. Comisia și-a justificat opinia pe baza faptului că primează interesele femeii însărcinate, iar dreptul la respectarea vieții de familie nu poate fi interpretat atât de larg încât să includă dreptul tatălui de a fi consultat atunci când soția dorește să avorteze⁹. Astfel, Comisia a menținut soluția Instanței Supreme a Marii Britanii¹⁰.

⁷ A. Burton, *Women, the Unborn, the Common Law and the State*, în *Southern Cross University Law Review*, Vol. 5/2001, pp. 167-168.

⁸ *Ibidem*, pp. 168-169.

⁹ *Hotărârea Comisiei Europene a Drepturilor Omului* pronunțată în cazul *Paton c. Marii Britanii*, disponibilă în rezumat în documentul *Written Comments by Center of Reproductive Rights*, din 26 noiembrie 2003 (autori Laura Katzive, Christina Zampas), disponibil la adresa <http://www.law.georgetown.edu/rossrights/docs/cases/VoComm.pdf>, p. 2 (referință din data de 02.10.2013). A se vedea și http://www.hrcr.org/safrica/life/paton_uk.html (referință din data de 02.10.2013).

¹⁰ A se vedea I. Kerridge, M. Lowe, J. McPhee, *Ethics and Law for the Health Professions*, The Federations Press, Sidney, 2007, p. 481.

3. Concluzii

Deși este evident că atât femeile cât și bărbații au aceleași interese în ceea ce privește reproducerea, diferențele biologice impun acordarea unor drepturi diferite acestora, în materia avortului.

În societățile care permit avortul în condiții permissive, este extrem de greu, dacă nu chiar imposibil, să se accepte vreun drept al bărbaților în ceea ce privește luarea hotărârii de a se realiza sau nu un avort. Cel puțin în ipoteza în care femeia vrea să păstreze sarcina, dar tatăl fătului dorește realizarea avortului, apreciem că este exclus să se dea efect voinței bărbatului. Legătura specială a femeii însărcinate cu fătul, atât din punct biologic, cât și din punct de vedere emoțional, face ca orice intervenție forțată prin care s-ar încerca realizarea avortului să fie o atingere gravă a drepturilor femeii însărcinate.

Doar în ipoteza în care femeia dorește să avorteze, dar tatăl se opune, s-ar putea recunoaște anumite drepturi pentru tatăl fătului, însă acestea ar putea fi realizate numai dacă femeia însărcinată își dă acordul. O astfel de ipoteză în care se poate da efect voinței tatălui este cea în care femeia acceptă să ducă sarcina la termen, iar tatăl se obligă (chiar printr-un act juridic solemn, anume prevăzut de lege în acest scop) să acorde întreținere copilului, după naștere, eventual prin adoptarea copilului. Observăm însă că voința tatălui nu se poate realiza decât dacă femeia însărcinată acceptă. Perioada sarcinii expune femeia unor transformări majore și unor riscuri, motiv pentru care femeia nu poate fi obligată să păstreze sarcina, deoarece astfel s-ar aduce atingere dreptului său de a dispune de propriul corp.

Deși pare inechitabil pentru bărbați faptul că ei nu pot avea drept de decizie în privința realizării avortului, aceasta nu este o inechitate, atât timp cât este un rezultat al unei condiționări biologice. Oricum, apreciem că discuția referitoare la drepturile bărbaților în domeniul reproducerii este benefică, mai ales pentru că poate aduce în prim-plan problema responsabilității bărbaților în materie de reproducere, inclusiv în ceea ce privește prevenirea sarcinilor nedorite și prevenirea abuzurilor sexuale îndreptate împotriva femeilor.

**L'INTERNATIONALISATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL EN
AFRIQUE: QUELQUES EXEMPLES D'AFRIQUE
SUBSAHARIENNE FRANCOPHONE**

ARSENE TCHAGNA TAKWI¹

Résumé: De nos jours, le phénomène d'internationalisation des lois fondamentales des Etats d'Afrique subsaharienne francophone se présente réel. Il postule l'universalisme des valeurs constitutionnelles, au-delà de la particularité des systèmes juridiques et politiques étatiques. Il concerne autant la constitution formelle que la constitution matérielle, tant les Etats en paix que les Etats en crise.

Mots clés: Droit international, droit constitutionnel, internationalisation, constitutionnalisme, accords de paix, crise de l'Etat, démocratie, obligation internationale, Afrique subsaharienne francophone

Abstract: Nowadays, the phenomenon of internationalization of fundamentals laws of the African sub-Saharan French-speaking states is for the real. It postulates universalism of the constitutional values, beyond the particularity of legal and political states system. It concerns as much formal constitution as material constitution, peaceful States and States in crisis.

Keywords: International law, constitutional law, internationalization, constitutionalism, peace agreement, crisis of state, democracy, international obligation, African sub-Saharan French-speaking

Introduction

La problématique de l'internationalisation des constitutions est relativement récente, notamment dans le contexte africain. Dans les vieilles démocraties occidentales, elle a fait l'objet depuis le milieu du 20^e siècle d'études de la doctrine internationaliste². Ces études qui au départ ont

¹ Doctorant à la FSJP de l'Université de Yaoundé 2- Soa, Cameroun.

² Voir notamment les écrits de B. Mirkin-Guetzvitich, *Droit international et droit constitutionnel*, R.C.A.D.I., 1931-IV, vol. 38, pp. 367-465; *Droit constitutionnel international*, Paris, Recueil Sirey 1933, 298 p.; *Le droit constitutionnel dans ses rapports avec le droit international*, Paris, Institut des hautes études et Centre européen de la dotation

concerné l'impact du droit communautaire et du droit européen sur les notions de droit administratif, ont ensuite porté leur intérêt sur le droit constitutionnel européen³.

Cela dit, de plus en plus d'auteurs se sont penchés sur l'analyse du phénomène d'internationalisation du droit constitutionnel⁴. Cependant, les études menées sur cette problématique dans le cadre spécifique africain restent encore mineures. Le plus souvent, elles ne prennent en compte ledit sujet que de façon indirecte et seconde⁵.

Cependant, l'importance que présente une telle étude se révèle majeure, voire indispensable. L'influence du droit international sur le droit constitutionnel africain, et inversement – puisqu'il s'agit de cela-, va

Carnegie, 1932, 157 p.; *Les tendances internationales des constitutions modernes*, R.G.D.I.P., n° 3-4, 1948, pp. 375-386; voir aussi Scelle G., *Le droit constitutionnel international*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, pp. 501-515; P. de Visscher, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, R.C.A.D.I., 1952-I, vol. 80, pp. 511-578.

³ Voir E. Zoller, Préface à H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, LGDJ, Paris, 2000.

⁴ Voir entre autres les travaux de H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, LGDJ, Paris, 2000; C. Lekeufack, *Les sources internationales du pouvoir constituant: Contribution à la théorie du pouvoir constituant*, Paris, 2005, 423 p.; L. Konan, *Le transfert du pouvoir constituant originnaire à une autorité internationale*, Nancy II, 2007, 442 p.; K.F. Ndjimba, *L'internationalisation des constitutions des Etats en crise. Réflexion sur les rapports entre Droit international et Droit constitutionnel*, Nancy II, 2011, 663 p.; H. Qazbir, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, Toulouse 1, 2013. Voir aussi le cours de la session de l'été 2006 de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, R.C.A.I.D.C., vol. XVI, 2007; également la Table ronde internationale organisée par le Centre francophone de droit constitutionnel de l'Université Mihail Kogălniceanu et l'Association Roumaine de Droit Constitutionnel, Vrabie Genoveva (dir.), *Droit constitutionnel et Droit international. Frontières et interférences*, Iasi, 2011, 142 p.

⁵ Voir entre autres J.L. Atangana Amougou, *Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2008, pp. 1723-1743; C. Keutcha Tchapinga, *Désétatisation et nouvelles configurations du pouvoir en Afrique subsaharienne*, Revue Afrique Juridique et Politique, Juillet-Décembre 2005; J.-C. Tcheuwa, *L'Union africaine et les changements anticonstitutionnels de gouvernement*, Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif, 2009-2, pp. 993-1022; P. Mambo, *Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les Etats africains: réflexions sur la légalité constitutionnelle en période de crise*, McGill Law Journal/Revue de droit de McGill, 2012, pp. 921-952; J. Kazadi Mpiana, *L'Union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement*, R.Q.D.I., n°25-2, 2012, pp. 101-141.

grandissante. Les frontières séparant les deux disciplines juridiques s'avèrent difficiles à établir. Cela est sans doute du au fait que le phénomène en question s'analyse davantage comme un processus, un cheminement, un mouvement continu. Ainsi que l'a relevé Madame Delmas-Marty, *„l'expression internationalisation du droit ne désigne pas une catégorie juridique stabilisée, comme le droit interne ou international, mais un processus, une dynamique qui marque une ouverture des systèmes de droits et atténue les frontières entre le dedans et le dehors”*⁶.

Cela dit, le phénomène d'internationalisation du droit constitutionnel met en œuvre un double mouvement qui semble, à première vue, contradictoire. Il s'agit du mouvement descendant de l'influence du droit international sur le contenu des constitutions d'une part, et celui ascendant de l'abandon des compétences traditionnellement reconnues à l'Etat à la discrétion d'organes ou institutions internationales d'autre part. C'est ce que semble décrire Madame Hélène Tourard en ces termes:

*„L'internationalisation est un processus à double sens: d'une part, il existe un développement de la prise en considération par les constitutions nationales du rapport de l'Etat avec le droit international; d'autre part, on constate une pénétration croissante des normes internationales en droit constitutionnel et donc une soumission au droit international de l'ensemble des dispositions constitutionnelles.”*⁷

Seulement, cette approche proposée par Madame Tourard mettrait uniquement en perspective l'aspect matériel du phénomène. Afin de l'appréhender de façon plus globale, il est nécessaire de circonscrire le phénomène d'internationalisation en tenant compte tant de son aspect matériel que de son sens formel. C'est donc pour satisfaire à cette exigence que Monsieur Ndjimba Kevin F. suggère: *„L'internationalisation des constitutions désigne le phénomène d'aspiration des compétences et des matières constitutionnelles étatiques des Etats [en crise] par l'ordre juridique international, opérés au moyen d'une soumission des ordres juridiques internes des Etats à des normes produites ou endossées par des organes internationaux sur des matières relevant traditionnellement du*

⁶ Voir M. Delmas-Marty, *Introduction*, in M. Delmas-Marty, S. Breyer, *Regards croisés sur l'internationalisation du droit. France-Etats-unis*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 15.

⁷ Voir H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, *op.cit.*, p. 12.

*domaine réservé des Etats et dont la finalité est l'harmonisation normative progressive fondée sur des standards juridiques internationaux*⁸.

Même si cette définition quelque peu longue s'applique précisément au cas des Etats en crise, elle a l'avantage de mettre en perspective les pans formels et matériels du phénomène-objet de notre étude. Ainsi, convient-il de s'interroger sur le problème qui nous interpelle dans cette étude: comment se manifeste le phénomène d'internationalisation du droit constitutionnel des Etats d'Afrique subsaharienne francophone ? C'est dans la visée d'une brève réflexion sur les éléments de réponse à cette problématique qu'il est envisagé la dimension tant formelle que matérielle du phénomène. Autrement dit, l'internationalisation du droit constitutionnel présente un aspect formel logiquement conjoncturel⁹ (**I**), tandis que l'aspect matériel se relève structurant (**II**).

I. L'internationalisation formelle conjoncturelle

En principe, les Etats de l'Afrique subsaharienne francophone ont dans l'ensemble adhéré à un ordre juridique volontariste, c'est-à-dire fondé sur la norme suprême qu'est la constitution. Celle-ci, destinée à occuper le sommet de la pyramide kelsenienne¹⁰, entend, au sein des Etats en question, jouer pleinement ce rôle (**A**). Seulement, le constitutionnalisme comme principe est constamment remis en cause non exclusivement du fait des fraudes, manipulation et instrumentalisation du texte constitutionnel par le pouvoir politique¹¹, mais surtout par des conflits internes reconfigurant la scène politique des Etats considérés. Seule cette seconde hypothèse sera prise en compte dans ce travail. (**B**).

⁸ Voir K.F. Ndjimba, *L'internationalisation des constitutions ...*, *op.cit.*, p. 22.

⁹ C'est-à-dire lié aux crises qui jaillissent de part et d'autre en Afrique et affectent les Etats dudit continent. Les cas récents de la Côte d'Ivoire, du Mali, de la République Centre africaine, du Tchad, en l'occurrence, servent d'exemples à la réalité du phénomène sus-évoqué.

¹⁰ Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e ed., tr. Fr. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 496.

¹¹ Même s'il s'agit d'une réalité à ne pas occulter, d'une hypothèse très intéressante à laquelle néanmoins nous choisissons de faire impasse dans le cadre de cette étude. Pour une vue sur ce phénomène, voir entre autres les thèses de MM. S.M.Ouedraogo, *La lutte contre la fraude à la constitution en Afrique noire francophone*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011, 449 p.; K. Afo Sabi, *La transparence des élections en droit public africain, à partir des cas Béninois, Sénégalais et Togolais*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2013, 538 p.

A. *Le constitutionnalisme comme principe de vie politique*

La doctrine constitutionnaliste affiche une tendance unanime à considérer la constitution comme étant la loi fondamentale de l'Etat¹². En tant que telle, elle serait la norme des normes, celle qui se situe à la tête de la hiérarchie des normes juridiques et ainsi serait la source du droit et du pouvoir à l'intérieur de l'Etat. En d'autres termes, la constitution déterminerait l'ensemble des règles d'organisation, d'attribution et d'exercice du pouvoir au sein de l'Etat¹³.

Il semble qu'une double fonction relève de tout texte fondateur. D'une part, une fonction juridique tendant à faire découler toute norme juridique étatique de la constitution. Autrement dit, la constitution ne serait pas seulement la norme suprême, mais aussi et surtout la norme de référence de tout l'ordonnement juridique de l'Etat¹⁴. D'autre part, une fonction politique qui l'appréhende comme le cadre du pouvoir de l'Etat, c'est-à-dire sa source et sa finalité. C'est ce que semblent retenir les sieurs André Cabanis et Michel Louis Martin lorsqu'ils affirment:

„L'on attend *prioritairement*¹⁵ d'une loi fondamentale qu'elle définisse les institutions destinées à régir le pays, avec la détermination de leurs modes de recrutement, la délimitation de leurs compétences et l'organisation de leurs rapports réciproques”¹⁶.

Même en droit international, des principes ont été énoncés afin de consacrer la souveraineté interne et internationale de tout Etat, en particulier sur son ordre politique. Déjà, la Charte des Nations Unies admettait le

¹² Voir en l'occurrence D. Rousseau, *Question de Constitution*, in J.-C. Colliard et Y. Jegouzo, dir., *Le Nouveau constitutionnalisme: Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001, p. 3; M. Ahanhanzo Glele, *La Constitution ou loi fondamentale*, in P.-F. Godinec et M. Ahanhanzo Glele, dir., *Encyclopédie juridique de l'Afrique: L'Etat et le droit*, t 1, Abidjan, Nouvelles éditions africaines, 1982, pp. 21-47.

¹³ Voir O. Duhamel, *Droit constitutionnel. 2- Les démocraties*, 3^e ed., Seuil, 2000, pp. 27-61; F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 28^e éd, LGDJ, Paris, 2003, pp. 44-48; Ardant P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2005, pp. 13 et ss.

¹⁴ Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op.cit.*, pp. 22 et ss.; F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel, op.cit.*, pp. 44-48.

¹⁵ C'est nous qui soulignons, afin de marquer l'importance de cette analyse dans le cadre de l'étude entreprise.

¹⁶ Voir A. Cabanis et M.L. Martin, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, P.U.R., 2010, p. 59.

principe de non intervention dans les affaires relevant de la compétence exclusive des Etats¹⁷. Ensuite ont suivi les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies des 21 décembre 1965¹⁸, 24 octobre 1970¹⁹ et 9 décembre 1981²⁰ respectivement. Par ailleurs, la Cour internationale de justice a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la question. Dans l'exemple de l'affaire opposant le Nicaragua aux Etats Unis, elle précise:

„Les orientations politiques internes d'un Etat relèvent de la compétence exclusive de celui-ci pour autant qu'elles ne violent aucune obligation internationale. Chaque Etat possède le droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social”²¹.

Dans le contexte africain, notamment, les constitutions des Etats subsahariens francophones revendiquent sans cesse ce rôle, celui de principe de la vie politique. C'est cette place privilégiée qui garantit nécessairement la validité des règles qu'elles énoncent, et par conséquent la sanction aux violations desdites règles. Il en est ainsi des constitutions qui reconnaissent expressément leur position de norme fondamentale²², mais aussi de celles dont cette position est supposée acquise de par sa nature même²³. Comme le

¹⁷ Voir article 2 paragraphe 7 de la Charte des Nations Unies.

¹⁸ Résolution 2131 (XX) du 21 décembre 1965 portant *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté*.

¹⁹ Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 relative aux *Principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats*.

²⁰ Résolution 36/103 du 9 décembre 1981 portant *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté*.

²¹ C.I.J., Rec. 1986, par. 258, arrêt *Nicaragua c/ Etats Unies*, 27 juin 1986 (fond).

²² Voir entre autres les préambules des différentes Constitutions où l'on peut clairement lire qu'elles sont soit la "loi suprême de l'Etat" (Bénin, 11 décembre 1990), soit la "loi fondamentale de l'Etat" (Togo, 14 octobre 1992, révisée en décembre 2002 et février 2005).

²³ Voir les dispositions finales inscrites dans les constitutions des Etats concernés, déclarant de façon automatique que "la présente loi est exécutée comme constitution de la république": article 160 de la constitution béninoise du 11 décembre 1990; article 69 de la loi constitutionnelle du Cameroun du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 2 juin 1972 (la dernière révision date d'avril 2008); article 191 de la constitution de la République du Congo du 20 janvier 2002 (les précédentes constitutions avaient été élaborées en mars 1992 et octobre 1997); etc. Cette formule laisse présumer que la valeur juridique du texte n'est plus à rappeler.

conclut le Professeur Elisabeth Zoller, „une constitution est la loi fondamentale et suprême que se donne un peuple libre”²⁴.

Ainsi, la constitution doit servir de cadre référentiel à l'action politique, et non être un instrument à la disposition des hommes politiques. L'époque des constitutions sans constitutionnalisme²⁵, des constitutions rédhibitoires²⁶, est, dans le principe, c'est-à-dire formellement, révolue. Malheureusement, une forme d'accession au pouvoir perdure en Afrique, et remet en cause la suprématie de la constitution. Il s'agit de la violence politique, des conflits internes plongeant les Etats concernés dans une situation de crise. C'est en conséquence de ces crises que l'on a pu identifier l'internationalisation formelle des constitutions des Etats africains.

B. L'exception au constitutionnalisme: la faillite de l'Etat

Du constat du Professeur Keutcha Tchapnga Célestin, l'actualité a donné, en moins de dix ans, une illustration saisissante de la dégénérescence des antagonismes politiques en antagonismes armés au Niger et au Burundi en 1996, au Congo-Brazzaville en 1997, en Côte d'Ivoire en 1999 et depuis 2002, en Centrafrique en 2003 - et 2013, incitant ainsi à s'interroger sur les rapports entre droit constitutionnel et conflits politiques en Afrique francophone²⁷.

Parler de la faillite de l'Etat c'est admettre que celui-ci, plus exactement la constitution de l'Etat, ne joue plus son rôle. Elle devient quasiment inopérante, invalide ou presque devant la situation sociopolitique, économique et financière²⁸. C'est dire que la défaillance ou crise de l'Etat n'affecte pas seulement l'ordre juridique, mais tend à ébranler l'ordre

²⁴ Voir E. Zoller, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, Paris, 1999, p. 31.

²⁵ Voir A. Cabanis et M.L. Martin, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, *op.cit.*, p. 9.

²⁶ Voir J. Owona, *L'essor du constitutionnalisme rédhibitoire en Afrique noire. Etude de quelques « constitutions Janus »*, in *L'Etat moderne, horizon 2000. Aspects interne et externes*, Mélanges offerts à P-F. Gonidec, LGDJ, Paris, 1985, pp. 235-243.

²⁷ Sans oublier le Tchad et le Mali respectivement en 2005 et 2012; C. Keutcha Tchapnga, *Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire*, RFDC, vol. 3, 2005, p. 451.

²⁸ Voir G. Cahin, *L'Etat défaillant en droit international: quel régime pour quelle notion ?*, in *Pouvoir du droit, droit du pouvoir*, Mélanges J. Salmon, pp. 177-209, préc. pp. 184-193; S. Sur, *Sur les "Etats défaillants"*, *Commentaire*, n° 112, hiver 2005-2006, pp. 891-899.

politique, social et économique. Elle s'apparenterait plus à une dislocation de la structure étatique qu'à une simple revendication sociale, une "vaine" grève salariale, etc., même si revendications et grèves peuvent aboutir à une crise de l'Etat²⁹. Mais tel n'est pas notre propos.

Selon le Professeur Maurice Kamto, la crise de l'Etat africain est un „phénomène normal”³⁰ pour toute jeune république. Elle se manifesterait de trois façons principales: d'abord, "le décalage entre l'Etat néo-colonial post-indépendantiste (...) et l'Etat colonisateur qui lui sert de modèle référentiel"; ensuite, "la faible institutionnalisation du pouvoir"; et enfin "la déconnexion de la superstructure institutionnelle et dirigeante de l'Etat du substrat humain de celui-ci"³¹.

Cette crise de l'Etat africain qui aboutit le plus souvent à son effondrement ne peut être considérée comme une question purement interne à l'Etat, mais nécessite l'intervention d'une institution internationale afin de le restaurer. Dans cette situation, la communauté internationale, l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations internationales³² et spécialisées³³, les Organisations non gouvernementales³⁴, notamment, interviennent au sein de l'Etat en crise dans l'optique de le réhabiliter.

La réhabilitation juridique et institutionnelle de l'Etat peut passer par l'implication directe ou indirecte de ces institutions internationales dans le processus constituant de l'Etat en Crise. Dans une telle circonstance où l'Etat est appelé à se recréer, à se réinventer³⁵, la fragilité ou l'inexistence

²⁹ Le remarquable exemple du "printemps arabe" qui s'est produit en Afrique septentrionale l'atteste fort bien.

³⁰ Voir M. Kamto, *Crises de l'Etat et réinvention de l'Etat en Afrique*, in M. Kamto (dir.), *L'Afrique dans un monde en mutation. Dynamiques internes; marginalisation internationale ?*, éd. Afrédit, 2010, p. 55.

³¹ Voir M. Kamto, *op.cit.*, p. 56.

³² Telles l'Union européenne, l'Union africaine, la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), principalement.

³³ Parmi lesquelles les Institutions financières tels que la BIRD (Banque internationale pour la reconstruction et le développement), le FMI (Fond monétaire international), l'Organisation Internationale de la Francophonie, la Commonwealth et les autres institutions spécialisées des Nations Unies.

³⁴ En l'occurrence Croix rouge et Amnesty international, qui sont les plus en vu, sans toutefois occulter la tâche tout aussi importante d'autres ONG.

³⁵ Voir M. Kamto, *op.cit.*, pp. 51-113.

conjoncturelle d'un pouvoir constituant originaire et/ou dérivé autorise la communauté internationale à s'immiscer dans la procédure d'élaboration ou de révision de la constitution. Cela dit, „le détenteur de la fonction constituante semble tirer sa compétence et sa légitimité d'une source internationale, lorsqu'il n'est pas simplement un organe international”³⁶.

Ainsi se manifeste le phénomène d'internationalisation formelle de la constitution des Etats en crise. Elle va d'une simple implication internationale à un transfert du pouvoir constituant à une autorité internationale³⁷. Comme le souligne fort bien le Professeur Jean Dubois de Gaudusson, les constituants sont “de moins en moins tributaires du „monopole du pavillon constitutionnel” et ne sont “plus toujours protégés par le principe de souveraineté du droit international, encadrés qu'ils sont par l'internationalisation du constitutionnalisme ou même, parfois purement et simplement, notamment dans le cadre de processus de sortie de crise, mis sous tutelle par la communauté internationale”³⁸.

L'exemple des accords politiques fixant les conditions et modalités d'élaboration ou de révision des constitutions des Etats en question est fort intéressant à cet égard. C'est le cas de l'*Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi* du 28 août 2000, qui revendiquait une nouvelle constitution, en imposant de nouvelles institutions³⁹. Monsieur Paterne Mambo s'est, en des termes quelque peu nuancés, interrogé sur les fondements de ces accords politiques: „Sans s'étendre sur la question, on pourrait avancer la thèse de l' ”internationalisation” de leur signature, sous les auspices d'une communauté internationale qui donne en quelque sorte sa caution morale aux textes adoptés par les protagonistes et les différentes parties à la crise ou au conflit”⁴⁰.

³⁶ Voir K.F. Ndjimba, *L'internationalisation des constitutions des Etats en crise*, *op.cit.*, p. 44.

³⁷ Voir L. Konan, *Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale*, *op.cit.*, 422 p.

³⁸ Voir J. Dubois de Gaudusson, *Le mimétisme postcolonial, et après ?*, *Pouvoirs*, n°129, 2009, p. 53.

³⁹ Pour une analyse plus approfondie des accords de paix en Afrique, voir J.L. Atangana Amougou, *Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique*, *op.cit.*, pp. 1723-1743; P. Mambo, *Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les Etats africains: réflexions sur la légalité constitutionnelle en période de crise*, *op.cit.*, pp. 921-952.

⁴⁰ Voir P. Mambo, *ibid.*, p. 932.

Ainsi, bien que les Etats d'Afrique subsaharienne francophone aient opté pour l'adoption de la constitution comme fondatrice suprême de leur ordre juridique et politique, l'immixtion des autorités internationales dans la régulation de la procédure constituante au sein de ces Etats s'avère réelle, en particulier dans le cas des Etats en crise. Autrement dit, en situation de crise, droit international et droit constitutionnel s'imbriquent pour former le socle juridique sur lequel l'Etat reprend vie. C'est précisément dire que l'internationalisation formelle des constitutions des Etats concernés se présente contingente, car n'intervient qu'en cas de faillite de l'Etat. Toutefois, son versant matériel se révèle moins hypothétique et plus apte à décrire le phénomène considéré. Tel est l'objet de la seconde partie.

II. L'internationalisation matérielle structurante

Depuis la fin du second conflit mondial, les Etats ont adhéré à un certain nombre de principes considérés comme universels. Ceux-ci, inscrits dans des textes internationaux à valeur juridique plus ou moins indifférenciée⁴¹, ont été introduits au sein des ordres juridiques de la plupart des Etats. En Afrique subsaharienne francophone, les Etats de cette zone sociopolitique ont dans l'ensemble constitutionnalisés ces principes (**A**). Ces derniers régulent désormais un ensemble de matières de plus en plus considérées comme échappant au domaine d'appréciation réservé de l'Etat. Il s'agit des droits de la personne humaine, de la démocratie, de l'Etat de droit, ainsi que du droit des minorités communautaires. Mais, notre étude ne portera que sur une seule de ces questions ayant fait l'objet de multiples péripéties depuis la fin de la décennie 1990 dans la zone géographique considérée. Il s'agit de celle de la démocratie (**B**).

A. L'incorporation des instruments internationaux dans les constitutions nationales

Matériellement, l'internationalisation des constitutions des Etats concernés se révèle structurante, car tenant moins en compte les contingences circonstancielles que la construction d'un ensemble sociopolitique sur des fondations à portée universelle. D'une logique

⁴¹ Allant des Traités et Conventions aux Décisions de justice internationale, en passant par des Déclarations, Accords, et Résolutions, etc. Pour une vue générale, Voir Q. D. Nguyen, P. Dailler, A. Pellet, *Droit international public*, 7^e ed., L.G.D.J., 2002, pp.108-398.

formelle temporelle, elle propose un discours matériel global, sans borne étatique, ni communautaire. En d'autres termes, à la différence de l'internationalisation formelle qui n'opère qu'en cas de crise ou faillite de l'Etat, l'internationalisation matérielle ne tient pas compte des carences de l'Etat pour prévaloir. Mieux encore, elle vise à introduire des principes dans les textes fondamentaux des Etats, ce qui les élève au rang de principes fondamentaux de l'ordre juridique étatique. Bien que ces principes aient été volontairement insérées par chaque Etat dans leur constitution, ils forment dorénavant, avec d'autres principes propres à l'Etat, la base idoine qui le soutient et le valorise⁴².

En effet, déjà au 20^e siècle, plusieurs auteurs relevaient le phénomène d'internationalisation matérielle du droit constitutionnel. Il en est par exemple du Professeur Boris Mirkine-Guetzevitch qui a consacré d'une façon constante ses études sur cette question⁴³. Il en est aussi du cas du Professeur De Visscher qui a dispensé un Cours à l'*Académie de droit international* de la Haye sur la même thématique⁴⁴. Plus récemment, un Cours dispensé à l'*Académie internationale de droit constitutionnel* de Tunis a porté son intérêt sur ce phénomène⁴⁵.

⁴² Voir A. Mahiou, *Droit international et droit constitutionnel: De la non intervention à la bonne gouvernance*, in *Droit international et mutations de la société internationale*, R.C.A.I.D.C., vol. XI, 2003, pp. 170-172.

⁴³ Voir B. Mirkine-Guetzevitch, *Droit international et droit constitutionnel*, R.C.A.D.I., 1931-IV, vol. 38, *op.cit.*; *Droit constitutionnel international*, Paris, Recueil Sirey 1933, *op.cit.*; *Le droit constitutionnel dans ses rapports avec le droit international*, Paris, Institut des hautes études et Centre européen de la dotation Carnegie, 1932, *op.cit.*

⁴⁴ Voir De P. Visscher, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, R.C.A.D.I., 1952-I, vol. 80, *op.cit.*

⁴⁵ Voir le cours de la session de l'été 2006 de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, R.C.A.I.D.C., vol. XVI, *op.cit.*; même si des études avaient déjà concerné ce sujet lors des sessions précédentes: Voir entre autres S. Laghmani, *Suprématie de la constitution et transfert de souveraineté*, R.C.A.I.D.C., vol. VIII, 2000; M. Kamto, *Constitution et principe de l'autonomie constitutionnelle*, R.C.A.I.D.C., vol. VIII, 2000; N.-E. Ghazali, *Le droit international, les élections et la démocratie*, R.C.A.I.D.C., vol. X, 2002; A. de Zayas, *Le droit constitutionnel et l'internationalisation des droits de l'homme*, R.C.A.I.D.C., vol. XI, 2003; S. Belaid, *Les effets de la mutation de la société internationale sur le droit constitutionnel*, R.C.A.I.D.C., vol. XI, 2003; A. Mahiou, *Droit international et droit constitutionnel: De la non intervention à la bonne gouvernance*, R.C.A.I.D.C., vol. XI, 2003, *op.cit.*; H. Roussillon, *Mutations de la société internationale et Etat de droit*, R.C.A.I.D.C., vol. XI, 2003.

Cependant, toutes les matières traitées par le droit international ne sauraient faire l'objet d'une constitutionnalisation⁴⁶. En général, quatre matières sont indexées dans cette perspective, car inscrites dans les textes internationaux à portée universelle: les droits de l'homme, la démocratie, l'Etat de droit et les droits des minorités⁴⁷. Ces matières représentent la relation que l'Etat entretient avec sa population⁴⁸, ce qui relève *primordialement*⁴⁹ du droit constitutionnel.

Dans les Etats de l'Afrique subsaharienne francophone, les matières ci-dessus indiquées sont expressément énoncées au sein de leurs constitutions, soit en dehors, soit par des textes internationaux constitutionnalisés. Ainsi en est-il de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 dans laquelle le préambule énonce un ensemble de principes et valeurs – relatifs audites matières- peu ou prou liés au droit international⁵⁰. Tel est aussi le cas de la Constitution burundaise du 28 février 2005⁵¹, la loi fondamentale de la République du Cameroun du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972, elle-même révisée le 14 avril

⁴⁶ La constitutionnalisation du droit international s'analyserait comme l'autre versant de l'internationalisation du droit constitutionnel. Elle serait la volonté de l'Etat de placer dans le marbre constitutionnel des dispositions internationales.

⁴⁷ Voir J. d'Aspremont, *L'Etat non démocratique en droit international. Etude critique du droit international positif et de la pratique contemporaine*, Paris, Ed. A. Pédone, 2008, 375 p.

⁴⁸ C'est dire que cette relation n'est plus exclusive à l'Etat, mais est dès à présent prise en compte par le droit international; voir J. d'Aspremont, *L'Etat non démocratique en droit international, op.cit.*

⁴⁹ C'est nous qui soulignons, afin de marquer l'emphase sur la relativité de cet adjectif dans ce contexte.

⁵⁰ Voir Préambule de la Constitution de la République du Bénin, notamment au paragraphe 4: « Réaffirmons notre attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'homme tels qu'ils ont été définis par la Charte des Nations Unies de 1945 et la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en 1981, par l'Organisation de l'Unité Africaine, ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986 et dont les dispositions font partie intégrante de la présente Constitution et du droit béninois et ont une valeur supérieure à la loi interne ».

⁵¹ Voir Préambule de la Constitution intérimaire post-transition de la République du Burundi, en l'occurrence au paragraphe 4: « Proclamant notre attachement au respect des droits fondamentaux de la personne humaine tels qu'ils résultent de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme du 16 décembre 1966 et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 18 juin 1981 ».

2008⁵², ainsi que la Constitution du Sénégal du 21 janvier 2001⁵³, révisée à maintes reprises⁵⁴.

Il importe en outre de préciser la valeur juridique des préambules des textes constitutionnels relevés. Sans vouloir susciter des discussions sophistes, ni nous prononcer sur l'importance ou non des débats portant sur cette question, il convient simplement d'indiquer que certains textes fondamentaux ont expressément consacré la valeur constitutionnelle de leurs préambules. Ce faisant, ils ont considéré lesdits préambules comme partie intégrante du texte constitutionnel. Tel est l'exemple de la Constitution du Sénégal qui, après avoir approuvé et adopté le texte, inclut le Préambule comme « partie intégrante du Droit Positif National »⁵⁵; ou bien de celle du Cameroun qui dispose à l'article 65 que « [l]e Préambule fait partie intégrante de la Constitution »⁵⁶.

D'autres constitutions ne sont pas aussi claires sur la valeur juridique de leur préambule. Cependant, l'on peut valablement admettre au vu de l'importance des matières qui y sont inscrites qu'ils ont une valeur équivalente à celle du corps de la constitution.

Toutes proportions gardées, dans le cas des constitutions post-conflits, les accords de sortie de crise sont pris en compte par ces textes fondamentaux et constituent ensemble les bases juridiques de l'Etat⁵⁷.

Ainsi, l'enchevêtrement entre droit constitutionnel et droit international, principes internationaux et principes étatiques s'avère être

⁵² Voir Préambule de la loi constitutionnelle camerounaise, notamment au paragraphe 4, 2: « Affirme son attachement aux libertés fondamentales inscrites dans la Déclaration Universelle des droits de l'homme, la Charte des Nations Unies, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et toutes les conventions internationales y relatives et dûment ratifiées (...) »

⁵³ Voir Préambule de la Constitution sénégalaise, entre autre paragraphe 2: « Conscient de la nécessité d'affirmer et de consolider les fondements de la nation et de l'Etat, Affirme son adhésion à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, à la Déclaration universelle du 10 décembre 1948, aux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966, à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1969, à la Convention relative aux droits des enfants du 20 novembre 1989, au Protocole adopté par le Sommet de l'Organisation de l'Unité Africaine de Lomé en juillet 2000, textes ratifiés par le Sénégal ».

⁵⁴ En juin 2003, novembre 2006, février et mai 2007, août et octobre 2008, juin 2009, etc.

⁵⁵ Voir Préambule de la Constitution sénégalaise du 21 janvier 2001, *in fine*.

⁵⁶ Voir Constitution du 18 janvier 1996, article 65.

⁵⁷ Voir J.L. Atangana Amougou, *op.cit.*; Mambo P., *op.cit.*

effectif dans les textes fondamentaux de l'ensemble des Etats de l'Afrique subsaharienne francophone. Il est visible notamment au travers du phénomène d'internationalisation matérielle du droit constitutionnel, lequel contribue à façonner la relation que l'Etat entretient tant avec ses citoyens qu'avec l'ordre juridique international. C'est ce qui amène à penser la réalité d'une normativité internationale du régime politique des Etats considérés.

B. La régulation internationale du régime politique des Etats de l'Afrique subsaharienne francophone

C'est la doctrine internationaliste américaine qui, la première, a émise la thèse de l'émergence en droit international d'une obligation juridique incombant aux Etats d'adhérer à la forme démocratique du régime politique⁵⁸. Ceci dit, dès la fin de la guerre froide et la chute du communisme, l'ordre juridique international a porté un intérêt non dissimulé sur la forme démocratique des systèmes politiques étatiques. La communauté internationale, l'ONU ainsi que les organisations régionales ont élevé le ton en manifestant leur ferme résolution à faire respecter la dite obligation⁵⁹.

Cette attitude du droit international s'analyserait comme une mutation du rapport qu'il entretient avec l'ordre juridique étatique, étant donné qu'il avait naguère été consacré le principe de l'indifférence du droit international à l'égard du régime politique étatique⁶⁰. Il s'ensuit désormais une "obligation internationale d'être démocratique" qui est à la fois de nature conventionnelle et coutumière⁶¹.

⁵⁸ Voir notamment T.M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, 86 AJIL, 1992, p.46; G.H. Fox, *The Right to Political Participation in International Law*, 17 YJIL, 1992, p. 539.

⁵⁹ Dès l'origine, l'obligation internationale des Etats d'adhérer au régime politique démocratique a connu une mise en application effective. En effet, en 1991 à Haïti, l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation des Etats américains ont fermement condamné le renversement anticonstitutionnel du président en place, Jean-Bertrand Aristide. Les deux organisations ont par ailleurs pris des sanctions contre cet acte illicite du droit international. Voir la Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 46/7 du 11 octobre 1991; voir aussi Y. Daudet, *L'ONU et l'OEA en Haïti et le droit international*, (1992) 38, AFDI, pp. 89-111.

⁶⁰ Voir notes de bas de page 16, 17, 18, 19 et 20.

⁶¹ Voir J. d'Aspremont, *op.cit.*, pp. 263-293.

En Afrique en général, et dans la zone subsaharienne francophone en particulier, l'effectivité de "l'obligation internationale d'être démocratique" a suivi avec une légère marge de différence le mouvement universel⁶². Ce n'est en effet qu'en 2007 qu'a été codifié un texte à vocation régionale et dont l'objet a concerné uniquement le système politique démocratique. Il s'agit de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance⁶³. Même si d'autres textes l'ont précédé dans l'imposition de la dite obligation, cette Charte met clairement en œuvre les deux aspects de la gouvernance démocratique internationale tels que décrits par le Professeur D'Aspremont: la légitimité démocratique d'origine et la légitimité démocratique d'exercice⁶⁴.

Dans cette perspective, les Etats africains étant jadis soumis à des principes prohibitifs des changements anticonstitutionnels de gouvernement, c'est-à-dire à des normes primaires de conduite se rapportant à la dévolution du pouvoir politique en leur sein⁶⁵, s'adjoint désormais des principes de gouvernance liés à la gestion démocratique des systèmes politiques concernés. La liberté autrefois reconnue aux Etats de choisir discrétionnairement leur système politique se trouve aujourd'hui encadrée par le droit international⁶⁶.

De surcroît, et afin de marquer tant la nature juridique que l'effectivité matérielle de l'obligation internationale ainsi consacrée, des sanctions sont prévues en cas de violation⁶⁷. C'est ainsi dire que les Etats de l'Afrique subsaharienne francophone doivent se conformer à cette nouvelle donne de limitation et de gestion de leur système politique.

⁶² Voir A.D. Olinga, *L'impératif démocratique dans l'ordre régional africain*, (1999), 8 RCADHP, pp. 55-71.

⁶³ *La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance* a été adoptée le 30 janvier 2007, lors de la 8^e session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine à Addis-Abeba.

⁶⁴ Voir J. d'Aspremont, *op.cit.*, pp.1-51.

⁶⁵ Voir J.-C. Tcheuwa, *op.cit.*, pp. 993-1022; J. Kazadi Mpiana, *op.cit.*, pp. 101-141.

⁶⁶ Voir D. Kokoroko, *Souveraineté étatique et principe de légitimité démocratique*, RQDI, 2006, pp. 37-59.

⁶⁷ Voir D. Kokoroko, *op.cit.*, pp. 50-59; J.-C. Tcheuwa, *op.cit.*, pp. 1018-1021; J. Kazadi Mpiana, *op.cit.*, pp. 121-122.

Conclusion

Il apparaît désormais d'apodictique que la frontière entre droit international et droit interne se présente floue⁶⁸. Différents objets du droit constitueraient une zone de confluence entre les deux ordres juridiques. Le droit constitutionnel, droit fondamental de l'Etat, n'échappe pas à cette imbrication des ordres juridiques. Le phénomène d'internationalisation du droit constitutionnel se révèle réelle, en l'occurrence dans les Etats de l'Afrique noire francophone.

Face à un tel phénomène, le cadre d'analyse traditionnel relatif au positivisme kelsennien se révèle insuffisant, voire inadéquat. Toutefois, il convient de préciser que l'étude du constitutionnalisme africain ne peut se soustraire entièrement des modèles de raisonnement empruntés à la pensée juridique et politique occidentale. La jeunesse des Etats africains en est l'une des raisons; et l'élaboration de cadres théoriques de référence à la description du phénomène étatique en Afrique liés à l'histoire sociopolitique dudit continent s'avère être une gageure, même si certains éminents juristes s'y sont essayés avec une habileté forçant à l'admiration⁶⁹.

Toutes proportions gardées, l'analyse du phénomène d'internationalisation du droit constitutionnel des Etats de l'Afrique subsaharienne francophone participerait à l'émergence d'une thèse au grand dam de l'autre: soit celle de l'affirmation du constitutionnalisme, soit celle de son déclin. Le débat reste ouvert.

⁶⁸ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 2004, 388 p.

⁶⁹ Voir notamment M. Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, L.G.D.J., 1987, 545 p.

**REPREZENTAREA, INTERPRETAREA CONSTITUȚIEI ȘI
DREPTUL CONSTITUTIONAL NESCRIS – CONSIDERAȚII
ASUPRA CONFLICTULUI DINTRE PREȘEDINTELE TRAIAN
BĂSESCU ȘI PREMIERUL VICTOR PONTA***

**REPRESENTATION, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND
UNWRITTEN CONSTITUTIONAL LAW – SOME BRIEF
REMARKS ON THE DISPUTE BETWEEN PRESIDENT TRAIAN
BĂSESCU AND PRIME MINISTER VICTOR VIOREL PONTA**

MARIUS BALAN¹

Rezumat: Dincolo de cunoscuta inconsecvență și cecitate a clasei politice românești, conflictul declanșat în iunie 2012 – și încă nesoluționat pe deplin – între Președintele Traian Băsescu și premierul Victor Viorel Ponta cu privire la atribuția de a reprezenta România la Consiliul European evidențiază anumite probleme de principiu ale teoriei constituției într-un stat de drept. Mai întâi, se cuvin aprofundate natura conceptului de reprezentare și rațiunile care stau la baza acestuia. Ca în cazul oricărei alte problem constituționale majore, se impune discutarea metodelor de interpretare a legii fundamentale și a limitelor acestora. În fine, examinarea modului de cristalizare și a efectelor practice a dreptului constituțional nescris poate oferi, dacă nu un răspuns tranșant, măcar un cadru epistemologic pentru decelarea soluțiilor.

* Acest articol constituie versiunea în limba română a comunicării noastre *Représentation, interprétation de la constitution et droit constitutionnel non-écrit – Quelques considérations sur le conflit entre le Président Traian Băsescu et le premier ministre Victor Viorel Ponta*, prezentată la masa rotundă organizată la Iași de Centre francophone de droit constitutionnel de l'Université Mihail Kogălniceanu și de Asociația Română de Drept Constituțional (30 mai 2014), deja publicată în volumul manifestării: **G. Vrabie**, (Éditeur), *La représentation – Garant de l'État dans les pays membres de l'Union Européenne*, Institutul European, Iași, 2015, la pp. 123-134.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: balan@uaic.ro

Cuvinte cheie: reprezentare, Consiliul European, conflict juridic de natură constituțională, Curtea Constituțională a României, drept constituțional nescris, loialitate față de Constituție

Abstract: Besides the well known inconsequence and shortsightedness of the contemporary Romanian political elites, the yet-unresolved conflict between President Traian Băsescu and Prime Minister Victor Viorel Ponta concerning the power to represent Romania at the European Council highlights also some structural problems of the constitutional theory of a “Rechtsstaat”. First, the nature and scope of the very concept of representation are to be fathomed. As in any other major constitutional issue, a discussion on methods of constitutional interpretation and on their limits is highly appropriate. Finally, an investigation on the process of crystallizing of unwritten constitutional law and on its practical effects can offer maybe not a direct and clear cut answer to the problem of representation power, but at least some elements for an epistemological framework in finding of adequate and reliable solutions.

Keywords: representation, European Council, legal dispute of constitutional nature, Romanian Constitutional Court, unwritten constitutional law, constitutional loyalty

I. Fundalul politic și declanșarea conflictului privind reprezentarea României la Consiliul European

Disputa dintre Președintele României și primul-ministru a apărut pe un fundal politic pe care deja se profila izbucnirea crizei politice și constituționale românești din iulie 2012. Evenimentele politice mult mai grave care au urmat acestei dispute (suspendarea Președintelui, referendumul eșuat pentru demiterea sa și contestarea vehementă a rezultatului) au eclipsat în bună măsură conflictul privind reprezentarea statului român la Consiliul European. Acest conflict apare doar un episod secundar al confruntării dintre Președinte și adversarii săi politici și a fost discutat în special din această perspectivă.² Mai puțin discutată a fost problema deosebit de complexă a reprezentării ca atare. În studiul de față voi încerca să abordez conflictul dintre șeful statului și cel al Guvernului cu luarea în considerare a noțiunii de reprezentare, examinând totodată ideea dreptului constituțional nescris ca

² Pentru o analiză mai extinsă, orientată în special pe examinarea problemei din perspectiva noțiunii de regim politic semi-prezidențial, vezi R. Carp, *Sur la nature du régime politique roumain. Réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour Constitutionnelle*, în G. Vrabie (ed.), *La Cour Constitutionnelle – Garant de la suprématie de la Constitution*, Institutul European, Iași, 2014, pp. 109-128.

posibil mod de abordare a unor probleme în care textul constituțional și metodele clasice de interpretare nu oferă soluții clare și precise.

Prezentarea fundalului politic este necesară ca o premisă a înțelegerii corecte atât a cauzelor care au declanșat și a circumstanțelor care au influențat desfășurarea conflictului. Evenimentele au avut loc la puțin timp după o schimbare de guvern: în urma moțiunii de cenzură din 27 aprilie 2012, care a dus la răsturnarea Guvernului Ungureanu³ este constituit un noi guvern condus de Victor Vorel Ponta (7 mai). Noul guvern era susținut de Uniunea Social Liberală (USL), formată în 2010 prin asocierea partidului Social-Democrat cu Partidul Național Liberal⁴ și cu Partidul Conservator.⁵ În perspectiva viitoarelor alegeri parlamentare programate în decembrie 2012, lucrurile arătau foarte bine pentru noii guvernanți; ei urmau să profite atât de avantajele logistice ale organizării alegerilor (deloc neglijabile în sistemul electoral românesc), cât și de uzura adversarilor politici, forțați să adopte în 2010 măsuri drastice de austeritate, incluzând reducerea cu 25% a salariilor din domeniul bugetar și subminați de scandalurile de corupție inerente guvernării. Totuși o serie de gafe și evenimente neplăcute știrbesc imaginea noului guvern. Încă de la început, noul prim ministru este forțat să facă trei nominalizări succesive pentru funcția de ministru al educației, primii doi nominalizați fiind confrunțați cu acuzații de plagiat. Fostul președinte PSD și premier social-democrat este condamnat definitiv într-un dosar de corupție, fiind apoi arestat; cu PSD la guvernare, această situație nu mai poate fi contracarată prin obișnuitele acuzații de control politic asupra justiției, proferate de conducătorii acestui partid când se aflau în opoziție. În plus, evenimentul știrbește din imaginea de atotputernicie și impunitate a conducătorilor politici, care a însoțit frecvent partidele românești aflate mult timp la guvernare. Reputația guvernului se prăbușește din nou după ce

³ Guvern susținut de către Partidul Democrat Liberal, afiliat Partidului Popular European (și care anterior aparținuse grupului socialiștilor europeni).

⁴ Aparținând familiei politice ALDE. Anterior PNL fusese aliat cu PDL, iar în trecut coalizase cu alte partide democratice contra PSD. Alianța din 2010 cu PSD înlătura un tabu de două decenii în partidele democratice din România privind apropierea față de succesorii partidului comunist. Ea era expresia ostilității contra „regimului Băsescu” căruia i se reproșa că a forțat voința Parlamentului impunând în 2009 o guvernare minoritară a PDL, devenită majoritară prin încurajarea migrației politice, racolând parlamentari ai adversarilor (soluție larg practică și înainte de 2009).

⁵ Partid de mici dimensiuni, dar dispunând de forță mediatică prin trustul deținut de familia fondatorului său, a intrat regulat în Parlament, în coaliție cu PSD.

primul ministru participă – contrar deciziei CCR pe care o vom examina mai jos⁶ – la Consiliul European din iunie 2012 în locul președintelui Traian Băsescu, iar la întoarcerea în țară se vede confruntat el însuși cu grave acuzații de plagiat privind teza sa de doctorat din 2003. În aceste condiții, credibilitatea guvernului și a alianței USL era serios periclitată. Faptul era grav, întrucât calendarul electoral prevedea alegeri parlamentare în decembrie 2012 și alegeri prezidențiale la finele lui 2014. Conform acordului încheiat între aliați, PSD trebuia să obțină postul de prim ministru (obiectiv deja realizat), iar PNL pe cel de președinte, peste 2 ani. Această lungă perioadă de așteptare fragiliză alianța, în condițiile în care un membru avea deja acces la resorturile puterii, iar celălalt trebuia să mai aștepte doi ani pentru a ajunge într-o poziție comparabilă. Ca urmare, îndepărtarea din funcție a Președintelui Băsescu prezenta un dublu avantaj: însemna preluarea inițiativei politice de către USL și oprea lungul șir de lovituri de imagine încasate de guvernanți, iar pe de altă parte consolida înțelegerea între PSD și PNL și micșora posibilitatea unui divorț între aceste două partide. Deși improvizația, calculele pripite și adeseori greșite – ca și erorile grosolane în aprecierea reacției cancelariilor aliaților și partenerilor europeni ai României – au jucat un rol important în aceste evenimente, nu au lipsit premeditarea precum și o voință coerentă și consecventă. Aceasta era orientată spre o direcție unică: îndepărtarea din funcție a Președintelui Traian Băsescu.⁷ Deși conflictul cu privire la reprezentarea României la Consiliul European are loc cu puțin înainte de declanșarea crizei, pozițiile celor două părți și miza disputei pot fi înțelese cu claritate numai pe fundalul acestei crize.

II. Soluționarea conflictului de către Curtea Constituțională a României

Premierul Victor Viorel Ponta își anunță la începutul lunii iunie 2012 intenția de a participa la Consiliul European din 28-29 iunie în calitate de reprezentant al României, în locul Președintelui. În materializarea acestei

⁶ Vezi Decizia CCR nr. 683 din 27 iunie 2012 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 479 din 7 iulie 2012). Publicarea târzie a deciziei se datorează atât practicii Curții Constituționale a României de a finaliza motivarea hotărârilor sale după pronunțarea și comunicarea soluției, cât și împrejurării că Monitorul Oficial fusese tocmai trecut în subordinea Guvernului, pe calea unei ordonanțe de urgență.

⁷ Este notorie declarația televizată d-lui Dan Voiculescu, în acel moment președinte al PC (partid membru al coaliției de guvernare), dată la scurt timp după formarea Guvernului Ponta, conform căreia în termen de două luni urma să fie suspendat Președintele Traian Băsescu.

intenții, Parlamentul adoptă Declarația nr. 1/2012,⁸ act esențialmente politic, fără consecințe juridice,⁹ prin care s-a stabilit ca "*Primul-ministru să aibă precădere în a reprezenta România și a participa la procesul decizional al Consiliului European*". Consecințele practice ale acestei atitudini publice a Guvernului și a majorității parlamentare apar atunci când Ministerul de Externe a transmis Administrației Prezidențiale refuzul său de a notifica la Secretariatul General al Consiliului Uniunii Europene delegația României participantă la reuniunea Consiliului European din 28-29 iunie 2012 ce urma să fie condusă de Președintele României. Practic, ministrul afacerilor externe și primul-ministru au ignorat lista Președintelui României, transmițând Secretariatului General al Consiliului Uniunii Europene o altă listă și evident o cu totul altă componentă a delegației.

Ca urmare, Președintele României sesizează Curtea Constituțională, solicitând constatarea existenței unui conflict juridic de natură constituțională dintre Guvern, reprezentat de primul-ministru, pe de o parte, și Președintele României, pe de altă parte, generat de acțiunea Guvernului și a primului-ministru de a-l exclude pe Președintele României din componența delegației care participă la Consiliul European în perioada 28-29 iunie 2012 și, în consecință, de asumarea de către primul-ministru a atribuției constituționale de reprezentare a statului român la Consiliul European.

În susținerea cererii sale, Președintele României invocă dispozițiile art.10 alin.(2) din Tratatul privind Uniunea Europeană, de unde ar rezulta în mod indubitabil o partajare, între șeful statului și guvern, în ceea ce privește reprezentarea statelor membre în cele două organisme europene. Doar în cadrul Consiliului reprezentarea este realizată numai de către Guvern. În ceea ce privește Consiliul European, textul art.10 alin.(2) din Tratat oferă dreptul de reprezentare șefilor de stat "sau" de guvern. Aceste două variante de reprezentare s-au impus în textul Tratatului din rațiuni ce țin de structura constituțională internă specifică fiecărui stat membru (monarhie constituțională, republică parlamentară, republică semiprezidențială etc.). Prin raportare la specificul constituțional al României, așa cum este consacrat la

⁸ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 392 din 12 iunie 2012).

⁹ Adoptarea unui act pur politic, fără consecințe juridice avea o rațiune bine precizată. Printr-o modificare a legii Curții Constituționale (Legea nr. 177/2010 inițiată, paradoxal, chiar parlamentari din partidul premierului) hotărârile Camerelor Parlamentului erau supuse controlului de constituționalitate, control pe care majoritatea dorea să-l eludeze. În mod bizar, Guvernul va a însă ca argument în fața Curții această declarație a Parlamentului.

nivel constituțional, șeful statului este Președintele României, care are atribuția constituțională a reprezentării României. În acest context, primul-ministru nu poate reprezenta statul român la Consiliul European, atât timp cât această reprezentare este asigurată de șeful statului, respectiv Președintele României. Pe de altă parte, nu este admisibilă nici o dublă reprezentare, atât prin Președintele României, cât și prin primul-ministru.

Având în vedere că în Consiliul European sunt reprezentate statele, iar în Consiliu, guvernele statelor și ținând cont că, în conformitate cu prevederile constituționale, Președintele României reprezintă statul român, rezultă, fără îndoială, că Președintele României trebuie să reprezinte statul român în Consiliul European, iar Guvernul să participe la Consiliu.

Punctul de vedere al Guvernului se întemeiază pe interpretarea dispozițiilor art.2-6 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, în care se prevăd domeniile de competență exclusivă, partajată și cele care țin de competența statelor membre. În domeniul de competență exclusivă a Uniunii numai aceasta poate legifera și adopta acte cu forță juridică obligatorie, statele membre putând face acest lucru numai în cazul în care sunt abilitate de Uniune sau pentru punerea în aplicare a actelor Uniunii. În cazul competenței partajate, Uniunea și statele membre pot legifera și adopta acte obligatorii din punct de vedere juridic, dar statele își exercită competența în măsura în care Uniunea nu și-a exercitat-o sau când aceasta a hotărât să înceteze să o exercite.

Întrucât cele hotărâte în Consiliul European constituie "piatra de temelie" a actelor juridice cu caracter obligatoriu pe care celelalte instituții ale Uniunii Europene le adoptă, unele dintre acestea aplicându-se în mod direct și cetățenilor români, se impunea, conform acestei opinii, prezența la reuniunile Consiliului European a reprezentantului acelei instituții a statului român însărcinate cu realizarea politicii interne a țării și cu conducerea generală a administrației publice, și anume Guvernul.

Prin sa decizia nr. 683 din 27 iunie 2012, Curtea Constituțională a României a constatat existența unui conflict juridic de natură constituțională între Guvern, pe de o parte, și Președintele României, pe de altă parte, generat de acțiunea Guvernului și a primului-ministru de a-l exclude pe Președintele României din componența delegației care participă la Consiliul European în perioada 28-29 iunie 2012.

Totodată instanța noastră constituțională a stabilit ca în exercitarea atribuțiilor constituționale, Președintele României participă la reuniunile

Consiliului European în calitate de șef al statului. Această atribuție poate fi delegată de către Președintele României, în mod expres, primului-ministru.

Curtea a considerat că în planul politicii externe, primul-ministru are competența constituțională de a asigura realizarea politicii externe a țării [art.102 alin.(1) din Constituție ceea ce înseamnă că, în funcție de orientarea stabilită de reprezentantul statului în plan extern, care este Președintele statului, Guvernul, prin reprezentantul său, urmează să implementeze în mod corespunzător măsurile față de care statul s-a angajat. Prin urmare, Curtea constată că rolul Guvernului în politica externă este unul mai degrabă tehnic, el trebuind să urmeze și să îndeplinească obligațiile la care România s-a angajat la nivel de stat. Așadar, rolul Guvernului este unul mai degrabă derivat, și nu original, cum este cel al Președintelui României; așadar, nefiind o putere delegată, ci proprie Președintelui României, reprezentarea statului poate fi delegată, printr-un act de voință expres, de către acesta atunci când consideră necesar. Curtea a plasat așadar „realizarea politicii interne și externe a țării” pe un palier inferior reprezentării statului.

În viziunea Curții, art.80 alin.(1) din Constituție este un text constituțional de principiu. De aceea, el nu trebuie interpretat restrictiv, ci în spiritul Constituției, prin coroborare cu art.91 și art.148 alin.(4) din Constituție, acest ultim text prevăzând, în mod expres, că Parlamentul, Președintele României, Guvernul și autoritatea judecătorească trebuie să garanteze "obligațiile rezultate din actul aderării". Or, una dintre aceste obligații este reprezentarea la cel mai înalt nivel a României în cadrul Consiliului European, respectiv de către autoritatea publică ce are competența de a angaja România la nivel de stat. Altfel, s-ar ajunge la o eviscerare a dispozițiilor art.148 alin.(4) din Constituție în privința Președintelui României; or, este de principiu admis că orice normă este edictată în sensul de a produce efecte juridice.

Printr-un *obiter dictum*, Curtea a mai observat că numai reprezentantul statului este cel care poate angaja în sfera relațiilor externe statul ca subiect de drept internațional public. De aceea, spre exemplu, tratatele internaționale la nivel de stat se semnează de către Președintele României.

Decizia a fost însoțită de două opinii separate, din care una extremă de vehementă, lăsând să se întrevadă o polarizare politică în interiorul Curții. Pe de altă parte, Curtea va fi expusă curând unor atacuri vizând presupusul sau partizanat politic, datorită împrejurării că membrii săi au fost în mare

parte numiți fie de Președintele României, detestat de majoritatea politica a zilei, fie de cele două Camere ale Parlamentului, dominate în acel moment de o altă configurație politică. Paradoxal este ca abia atunci (în nominalizările din 2010), Curtea avea o component echilibrată și nu mai era dominată de judecători numiți de un singur partid.

Raționamentul Curții cuprinde un expozeu teoretic destul de lung al regimurilor politice parlamentar și prezidențialist, cu referiri la doctrina de drept constituțional și la științele politice, fapt destul de rar întâlnit în practica instanței noastre constituționale.

Relevante au fost, în opinia majorității, dispozițiile articolului 80 din Constituție, cu textul marginal "Rolul Președintelui", care prevede la alin.(1) ca "Președintele României reprezintă statul român și este garantul independenței naționale, al unității și al integrității teritoriale a țării".

În opiniile separate se susține că "reprezentarea" trebuie înțeleasă în contextul creat de titlul marginal ("Rolul președintelui"), dispoziția din articolul respectiv neputând fi interpretată în sensul conferirii unor prerogative sau atribuții către Președinte, altele decât cele stabilite expres prin articolele 85-94 din legea fundamentală.

III. Reprezentarea

Analiza din perspectiva dreptului comparat nu oferă prea multe elemente care să permită configurarea unei viziuni unitare, pe plan european, cu privire la consecințele practice ale reprezentării statului. Astfel, Constituția federală a Austriei cuprinde dispoziții similare celor din legea fundamentală a României, fără ca acest lucru să implice reprezentarea țării de către președinte la Consiliul European.¹⁰ Constituția Ciprului cuprinde formularea „Președintele Republicii, ca Șef al Statului (...) reprezintă Republica în toate funcțiile ei oficiale” (art. 37, pct. a), însa aici reprezentarea de către președinte este mai degrabă consecința inexistenței unei funcții distincte de șef al guvernului decât unor virtuți speciale ale modului de redactare a textului legii fundamentale. Constituția franceză este mult mai puțin energică sub acest aspect: textul articolului 5 nu cuprinde

¹⁰ Art. 65, alin.1, fraza 1 din Constituția austriacă: Președintele federal reprezintă Republica pe plan extern, primește și acreditează ambasadorii, încuviințează numirea consulilor străini, numește reprezentanții consulari ai Republicii în străinătate și încheie tratatele de stat.

nicio referință la reprezentare (spre deosebire de art. 80 din Constituția României, căruia i-a servit ca model). Totuși Republica este reprezentată de Președinte la Consiliul European, ceea ce nu este deloc surprinzător dacă luăm în considerare tradițiile politice și instituționale ale Franței. Dimpotrivă, dispozițiile foarte categorice ale Legii Fundamentale germane din 1949¹¹ nu au dus la un rol similar al președintelui federal pe planul relațiilor europene. Dispozițiile destul de neutre ale Constituției lituaniene din 1992¹² au permis totuși reprezentarea la Consiliul European de către șeful statului, dar aceasta pe baza unui acord cu Guvernul. Alte constituții (Belgia, Finlanda, Luxemburg, Malta, Olanda) nu cuprind nicio referință la reprezentarea statului.

Problema reprezentării ocupa însă un loc central în democrația parlamentară și în constituționalismul modern. Democrația, indiferent de forma ei concretă, pornește de la presupuziția identității calitative dintre guvernanți și guvernați (Schmitt), iar reprezentarea poporului prin aleșii săi este cheia de boltă a discursului legitimator al oricărui guvernământ care se pretinde democratic. În literatura juridică, în special în cea germană (Schmitt,¹³ Leibholz,¹⁴ Hasso Hofmann¹⁵) s-a făcut distincția dintre reprezentarea în sens înalt, ca încorporare a unei entități superioare, intangibile, care nu se manifesta vizibil decât prin persoana reprezentantului (“Repraesentation”) și “reprezentarea substituie” (“Vetretung”), unde reprezentantul și reprezentatul se afla pe același plan, primul substituindu-l pe cel de-al doilea datorită unor elemente de circumstanță care-l împiedică

¹¹ Art. 50, alin. 1 din „Grundgesetz”: „Președintele reprezintă Federația în relațiile sale internaționale. El încheie tratate cu țări străine în numele Federației. El acreditează și primește ambasadorii.”

¹² Art. 70, alin. 2: Președintele reprezintă Statul Lituania și îndeplinește îndatoririle care i sunt stabilite prin Constituție și legi.

¹³ Vezi C. Schmitt, *Verfassungslehre*, ediția a 5-a, Duncker & Humblot, Berlin, 1965: „Reprezentarea [Repräsentation] nu este un fenomen normativ, nu constituie un proces sau o procedură, ci ceva **existentțial**.” (p. 210); „Reprezentarea ține de sfera politicului și este de aceea în esența ei ceva existentțial. Ea nu poate fi epuizată prin subsumarea sub o normă generală” (p. 211); „Reprezentantul este **independent**, și prin urmare nu este nici funcționar, nici agent și nici comisar” (p. 212).

¹⁴ G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, ediția a 3-a, Walter de Gruyter, Berlin, 1966.

¹⁵ H. Hofmann, *Repräsentation - Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, ediția a 3-a, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

pe acesta să fie la un anumit loc într-un anumit moment (ca în cazul unui contract de mandat civil). Monarhia (tradițională sau constituțională) și regimurile prezidențiale – sau chiar și prezidențialiste – sunt mai apropiate de spiritual primei concepții. Regimurile parlamentare nu sunt cu totul străine nici ele de aceasta abordare. Parlamentul în epoca clasică a constituționalismului (sec. XIX) constituia o elită a societății civile și politice legitimată prin merit personal, atestat prin avere (considerate pe atunci răsplata muncii și ingeniozității) și educație. Totuși practica politică și electorală favorizează în mai mare măsură imaginea mai prozaică a unei reprezentări pur tehnice, deputații și senatorii au teoretic vocația de a reprezenta întregul, dar practic sunt priviți și se privesc pe ei înșiși ca acționând cu precădere în slujba unor interese locale, concrete.

O problemă recurentă a reprezentării o în democrația parlamentară o constituie contrastul dintre „popor” ca obiect al reprezentării și „poporul partidului” ca realitate palpabilă într-un sistem în care voința politică este configurată și exprimată prin partide politice. Această dicotomie dintre sistemul reprezentativ și statul dominat de și condus prin partide politice, semnalată de Leibholz, a fost relativizată de Michael Stolleis¹⁶ însă o anumită tensiune între cele două noțiuni persistă. Cei doi autori converg în a admite necesitatea stabilirii unei legături voliționale între popor și stat, dar diferă în privința căii se stabilire a acesteia. Gerhard Leibholz abandonează ideea de reprezentare, substituind-o cu cea de identitate,¹⁷ pe când Stolleis este înclinat să o mențină – fie și ca ficțiune – dar este preocupat de găsirea unor soluții instituționale pentru ca reprezentarea să fie efectivă.¹⁸

¹⁶ M. Stolleis, *Parteienstaatlichkeit—Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?*, în „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, Vol. 44 (1986), pp. 7-45.

¹⁷ Aici se cuvine precizat că în concepția lui C. Schmitt, identitatea și reprezentarea constituiau cele două principii de construcție politică opuse (entgegengesetzte politische Gestaltungsprinzipien), din a căror realizare fiecare unitate politică își primește forma sa concretă. Carl Schmitt, *op. cit.*, pp. 201 și urm.

¹⁸ Vezi, pentru o prezentare comparativă a acestor concepții, din perspectiva „economiei politice constituționale”, E. Towfigh, *Old Weimar Meets New Political Economy: Democratic Representation in the Party State*, în „German Law Journal”, Vol. 13, Nr. 3 (2012), pp. 237-258.

IV. Dreptul constituțional nescris

Soluția instanței noastre constituționale se bazează pe un text în aparenta simplu și clar, adoptat însă într-un moment în care nu se întrevedea aderarea României la UE (care nici nu exista în forma actuala). Într-o interpretare “originalistă” se poate afirma că nu a stat în intenția “fondatorilor” conferirea expresă a unei atribuții de reprezentare către Președintele României.

Examinarea acestei probleme, ca și a chestiunii mult mai dificile a deciziei ultime în caz de conflict între cele două ramuri ale executivului, constituie o provocare deosebit de importantă pentru teoria dreptului public. Nu se pot găsi rețete normative, în sensul de a prescrie actorilor politici înțelepciune și voința de a coopera.

Elemente incipiente ale unei posibile soluții ne oferă dreptul constituțional nescris, domeniu care include dar nu este epuizat de cel al cutumei constituționale.¹⁹ Problema dreptului constituțional nescris a fost conștientizată de aproape un secol.²⁰ Din perspectivă pozitivă, dreptul nescris reprezintă o cale de acces spre validitate statală a concepțiilor de drept natural, revitalizezate periodic, mai ales în epocile de după prăbușirea unui sistem totalitar, care antrenează și decredibilizarea ordinii juridice pozitive instituite sau menținute de acesta. În formularea unui adept al dreptului natural, „constituția vizibilă și pozitivă, aproape că însoțește într-o mare măsură a invizibilului și nescrisului, căreia, tocmai în calitatea sa de constituție

¹⁹ În privința cutumei ca izvor de drept, a se vedea N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, ediția a 3-a, C.H. Beck, București, 2008, pp. 150-154; D.C. Dănișor, I. Dogaru, G. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, C.H. Beck, București, 2006, pp. 111-115; S. Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Lumina Lex, București, 2000, p. 135 („în obiceiuri se află germenul organizării juridice a societății”) precum și pp. 149 și urm. A se mai vedea, sub aspectul raportului dintre constituția scrisă și cutuma constituțională, T. Draganu, *Drept constituțional și instituții politice*, ediția a 3-a, Lumina Lex, București, vol. I, pp. 71-74, precum și C. Ionescu, *Tratat de drept constituțional contemporan*, ediția a 2-a, C.H. Beck, București, 2008, pp. 184-187.

²⁰ A se vedea în acest sens, studiul lui R. Smend, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* (1916), reprodus în volumul reunind lucrările de drept constituțional ale acestuia: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, zweite erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, la pp. 39-59. Autorul decelează principiul “loialității federale” (Bundestreue), ca normă de drept constituțional nescris.

juridică, îi aparține.”²¹ Deși „confiscarea” iusnaturalistă a dreptului constituțional nescris este de domeniul trecutului, problema ca atare subzistă. Multe constituții nu cuprind în textul lor prevederi exprese referitoare la norme sau principii a căror importanță fundamentală în arhitectura politică și juridică a statului este incontestabilă. Astfel, în Legea Fundamentală din 1949 a Republicii Federale Germania, lipsesc orice dispoziții exprese referitoare la suveranitate. O serie de alte reguli importante au fost elaborate de doctrina și practica judiciară. Acestea, fără a fi consacrate constituțional, sunt tratate ca și cum ar fi fixate în textul legii fundamentale. Este vorba de cerința caracterului precis și determinat al ingerințelor în sfera de protecție a drepturilor fundamentale (Bestimmtheitsgebot), de principiul proporționalității, de interdicția retroactivității, de prezumția de nevinovăție, de cerința loialității față de federație, de stabilirea limbii germane ca limbă de stat etc.²² Similar, în Constituția noastră din 1991, lipsește orice referire la caracterul secular al statului. Evident, trăsătura secularității, imanentă oricărei formațiuni statale moderne, poate fi privită ca decurgând din dreptul constituțional nescris

V. Concluzie

Interpretarea articolului 80 din Constituția României²³ reclamă decelarea consecințelor practice ale noțiunii de reprezentare. Aceasta din urmă este adânc ancorată în evoluția istorică a unei comunități politice și reflectă în mare măsură modul concret în care o autoritate politică este legitimată. Existența, identitatea și fizionomia comunității politice sunt anterioare determinărilor normative; ca atare nu poate fi construită sau imaginată o accepțiune „corectă” a termenului constituțional de reprezentare, pe care Curtea Constituțională să o deducă pe cale de interpretare din textul legii fundamentale. Analiza comparativă a prevederilor constituționale din

²¹ E. von Hippel, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht*, în „Veröffentlichungen des Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, 10. Band (1952), pp. 1-32, la p. 12. A se vedea și co-referatul lui A. Voigt (*ibidem*, pp. 33-45), precum și discuțiile, în parte critice, care au urmat (*ibidem*, pp. 46-73).

²² H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr/Siebeck, Tübingen, 2000, p. 3.

²³ Vezi în acest sens opinia avizată a lui Ș. Deaconu: Comentariu la art. 80, în I. Muraru și E.S. Tănăsescu (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole*, C.H. Beck, București, 2008, pp. 748-759.

statele membre ale Uniunii Europene nu oferă nici ea criterii clare care să permită stabilirea unui conținut concret al termenului de reprezentare.

Se poate decela totuși o regula de drept constituțional nescris: loialitatea fata de constituție. Aceasta permite nu atât soluții concrete pentru un litigiu în diverse și imprevizibile constelații de interese, veleități și adversități, dar oferă un criteriu pentru a aprecia și sancționa conduita a cel puțin unuia din inițiatorii declanșării sau responsabili perpetuării unor dispute contraproductive și oricum puerile.

CONSIDERAȚII PRIVIND CONTROLUL FINANCIAR PREVENTIV
(II)

CONSIDERATIONS REGARDING PREVENTIVE FINANCIAL
CONTROL (II)

IOANA MARIA COSTEA¹

Rezumat: În dinamica unei eficiente gestiuni bugetare, coexistă funcția economică și funcția juridică. Prezentul studiu analizează o instituție cu oarecare tradiție în dreptul financiar – controlul financiar preventiv, care a cunoscut un reviriment normativ și care este astfel pusă în valoare ca instituție fundamentală în componenta de drept bugetar. Controlul financiar preventiv este un control de legalitate și regularitate, astfel încât cheia de lucru este conformitatea dintre prevederile normative, actele justificative și conținutul real al operațiunii, pentru fiecare dintre actele procedurale bugetare, așa cum sunt indicate expres de lege.

Cuvinte-cheie: control financiar preventiv, regularitate, legalitate.

Abstract: In the dynamics of effective budgetary management, the economic function and judicial function coexist. This study analyzes an institution with some tradition in the financial law - financial control, which has seen a normative revival and is thus valued as a fundamental institution of the budgetary procedure. Preventive financial control is a form of control of legality and regularity, so the key is consistency between regulatory requirements, supporting documents and the actual contents of operation for each of the budgetary procedures' acts, as specified by law.

Keywords: preventive financial control, regularity, legality.

Partea a doua a studiului continuă analiza actelor procedurale supuse controlului financiar preventiv.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: ioana.costea@uaic.ro

(C) A treia categorie de operațiuni supuse controlului financiar preventiv sunt ordonanțarea de plată, fază în procesul execuției bugetare prin care ordonatorul de credite dă dispoziție conducătorului compartimentului financiar-contabil să efectueze plata cheltuielilor care au parcurs faza de lichidare. Ordonanțarea este operațiunea cu consecințe patrimoniale directe asupra dinamicii financiare a instituției publice, întrucât pe baza validărilor preliminare din etapa de angajare și lichidare, tinde la stingerea unei obligații patrimoniale a instituției publice față de: un furnizor, un salariat, un beneficiar de plăți nerambursabile, un creditor pe contracte de împrumut, o organizație internațională.

În primul rând, sunt supuse controlului financiar *ordonanțările de plată privind achizițiile publice de produse, servicii sau lucrări*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, Legea contabilității nr. 82/1991², O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii; O.U.G. nr. 64/2009 privind gestionarea financiară a instrumentelor structurale și utilizarea acestora pentru obiectivul convergență, H.G. nr. 218/2012 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 64/2009, O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente, H.G. nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 66/2011, Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, H.G. nr. 44/2004 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 571/2003, Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, H.G. nr. 264/2003 privind stabilirea acțiunilor și categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor și limitelor pentru efectuarea de plăți în avans din fonduri publice, O.M.F.P. nr. 1.792/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, alte acte normative specifice.

² Republicată în Monitorul Oficial nr. 454/2008.

Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative³, (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru Ordonanțarea de plată; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului bugetar, în nivelul angajamentului legal, în valoarea cheltuielilor lichidate, în creditele bugetare deschise/repartizate sau existente în conturi de disponibil; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din actele justificative pentru natura cheltuielii, numărul și data emiterii facturii, beneficiarul sumei, banca beneficiarului; (6) corespondența dintre conținutul actelor justificative în ceea ce privește cantitatea de produse recepționate, calitatea produselor recepționate, prețul unitar al produselor recepționate, termenele de livrare și modalitățile de plată.

În al doilea rând, sunt supuse controlului financiar preventiv *ordonanțările de plată pentru avansuri acordate în cadrul contractelor încheiate*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, H.G. nr. 44/2004 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 571/2003, O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente, H.G. nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 66/2011, O.U.G. nr. 64/2009 privind gestionarea financiară a instrumentelor structurale și utilizarea acestora pentru obiectivul convergență, H.G. nr. 264/2003 privind stabilirea acțiunilor și categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor și limitelor pentru efectuarea de plăți în avans din fonduri publice, O.M.F.P. nr. 1.792/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, alte acte normative specifice.

³ Acte justificative: 1.1. Contractul/Comanda de achiziție publică (sau altă formă de angajament juridic) 1.2. Contractul/Decizia/Ordinul de finanțare 1.3. Angajamentul bugetar 1.4. Factura fiscală sau factura externă, însoțită de documentele justificative (certificare de plată, rapoarte de progres ș.a.) 1.5. Declarația vamală de import 1.6. Documentele care să ateste livrarea produselor, prestarea serviciilor sau executarea lucrărilor.

Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁴; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru Ordonanțarea de plată a avansului; (3) stabilirea corectă a sumei prevăzute pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului bugetar, în nivelul angajamentului legal în nivelul sumei datorate rezultat în urma operațiunii de lichidare, în disponibilul din cont; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din actele justificative pentru natura plății, beneficiarul sumei și banca beneficiarului și contul.

În al treilea rând, sunt supuse controlului financiar preventiv: *ordonanțare de plată privind prefinanțări, plăți intermediare, plăți finale în cadrul contractelor, deciziilor, ordinelor de finanțare, acordurilor de finanțare*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, Regulamentul (CE) nr. 1.083/2006 al Consiliului din 11 iulie 2006 de stabilire a anumitor dispoziții generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de coeziune și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1.260/1999; Regulamentul (CE) nr. 1.828/2006 al Comisiei din 8 decembrie 2006 de stabilire a normelor de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 1.083/2006 al Consiliului; Regulamentul (CE) nr. 1.198/2006 al Consiliului din 27 iulie 2006 privind Fondul European pentru Pescuit, Regulamentul (CE) nr. 498/2007 al Comisiei din 26 martie 2007 de stabilire a unor norme detaliate pentru punerea în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 1.198/2006, Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, H.G. nr. 44/2004 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 571/2003, O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, O.U.G. nr. 63/1999 cu privire la gestionarea fondurilor nerambursabile alocate României de către Comunitatea Europeană, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente acestora, O.U.G. nr. 64/2009 privind gestionarea financiară a instrumentelor structurale și

⁴ Acte justificative: 1.1. Contractul/Comanda de achiziție publică 1.2. Contractul/Decizia/ Ordinul de finanțare 1.3. Angajamentul bugetar 1.4. Nota de aprobare a cheltuielilor eligibile 1.5. Nota de fundamentare/autorizare 1.6. Solicitarea de acordare a avansului 1.7. Documentul prin care se constituie garanția legală 1.8. Documentul justificativ (factura, convenția de plată etc.).

utilizarea acestora pentru obiectivul convergență, Legea nr. 105/2011 privind gestionarea fondurilor externe nerambursabile și a cofinanțării publice naționale, pentru obiectivul "Cooperare teritorială europeană", H.G. nr. 1.328/2000 pentru aprobarea Memorandumului de înțelegere dintre Guvernul României și Comunitatea Europeană privind utilizarea Fondului Național pentru ISPA, H.G. nr. 264/2003 privind stabilirea acțiunilor și categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor și limitelor pentru efectuarea de plăți în avans din fonduri publice, H.G. nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, O.U.G. nr. 74/2009 privind gestionarea fondurilor comunitare nerambursabile provenite din Fondul european de garantare agricolă, Fondul european agricol de dezvoltare rurală și Fondul european pentru pescuit și a fondurilor alocate de la bugetul de stat, privind gestionarea fondurilor nerambursabile alocate de la Comunitatea Europeană și a fondurilor alocate de la bugetul de stat aferente programului de colectare și gestionare a datelor necesare desfășurării politicii comune în domeniul pescuitului și a programului de control, inspecție și supraveghere în domeniul pescuitului și pentru modificarea art. 10 din Legea nr. 218/2005 privind stimularea absorbției fondurilor SAPARD, Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală, Fondul european pentru pescuit, Fondul european de garantare agricolă, prin preluarea riscului de creditare de către fondurile de garantare, H.G. nr. 442/2009 privind stabilirea cadrului general de implementare a măsurilor cofinanțate din Fondul European pentru Pescuit prin Programul Operațional pentru Pescuit 2007-2013, H.G. nr. 218/2012 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 64/2009, O.M.F.P. nr. 1.792/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁵, (2)

⁵ Acte justificative: 1.1. Contractul/Decizia/Ordinul de finanțare/Acordul de finanțare 1.2. Angajamentul bugetar 1.3. Cererea de plată/rambursare privind prefinanțări, plăți intermediare, plăți finale 1.4. Notificarea privind depunerea cererii de plată 1.5. Nota de autorizare a plății/rambursării 1.6. Nota de aprobare a cheltuielilor eligibile 1.7. Decont privind prefinanțarea acordată 1.8. Avizul de plată/rambursare 1.9. Documentația justificativă

existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru Ordonanțarea de plată; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului bugetar, în nivelul angajamentului legal, în nivelul sumei datorate, rezultat în urma operațiunii de lichidare, în creditele bugetare deschise/repartizate sau existente în conturi de disponibil; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din notele justificative, pentru natura plății, beneficiarul sumei, banca beneficiarului sumei.

În al patrulea rând, face obiectul verificării *ordin de plată în valută pentru achitarea la extern aratelor de capital, a dobânzilor, a comisioanelor și a altor costuri provenite din împrumuturi externe*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naționale a României⁶, O.U.G. nr. 64/2007 privind datoria publică, H.G. nr. 1.470/2007 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a O.U.G. nr. 64/2007, legea de ratificare a împrumutului, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁷; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru proiectul de Ordin de plată în valută pentru achitarea, la extern, aratelor de capital, a dobânzilor, a comisioanelor și a altor costuri provenite din împrumuturile externe; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului legal, în nivelul sumei datorate, rezultat din notificarea de plată înaintată de organismul financiar internațional, în termenul de rambursare, prevăzut în angajamentul legal, în nivelul sumei propuse pentru lichidare de direcția de specialitate; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din actele justificative, pentru natura cheltuielii, beneficiarul sumei și banca beneficiarului și contul.

specifică care rezultă din actul normativce reglementează operațiunea și/sau domeniul respective.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial nr. 582/2004.

⁷ Acte justificative: 1.1. Notificarea de plată înaintată de finanțatorul extern 1.2. Adresa de confirmare a obligației de plată din partea beneficiarului final al creditului extern sau ordin de plată/extras de cont atestând virarea echivalentului în lei al obligației de plată la extern în contul entității publice 1.3. Nota de fundamentare 1.4. Angajamentul legal, ca izvor al obligațiilor de plată.

În al cincilea rând, este supusă controlului financiar preventiv *ordonanțarea de plată privind virarea către bancă a contravalorii în lei a valutei disponibilizate pentru achitarea la extern a obligațiilor de plată rezultate din împrumuturile externe contractate direct sau garantate de stat*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naționale a României⁸, O.U.G. nr. 64/2007 privind datoria publică, H.G. nr. 1.470/2007 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a O.U.G. nr. 64/2007, legea de ratificare a împrumutului, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁹; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru Ordonanțarea de plată; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului legal în nivelul sumei datorate, rezultat din avizul de plată înaintat de organismul financiar internațional în Termenul de plată prevăzut în angajamentul legal și confirmarea băncii, în nivelul sumei propuse pentru lichidare, încadrarea în subdiviziunile clasificăției bugetare; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din actele justificative, pentru natura cheltuielii, beneficiarul sumei și banca beneficiarului și contul.

În al șaselea rând, este supusă controlului financiar preventiv procedura de *ordonanțare de plată în lei, ordonanțare de plată externă sau ordonanțare a transferului valutar, pentru plăți care se efectuează din conturile speciale ale împrumuturilor externe*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naționale a României¹⁰, O.U.G. nr. 64/2007 privind datoria publică, H.G. nr. 1.470/2007 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a O.U.G. nr. 64/2007, legea de ratificare a împrumutului, alte acte normative specifice. Obiectivele

⁸ Publicată în Monitorul Oficial nr. 582/2004.

⁹ Acte justificative: 1.1. Notificarea de plată, înaintată de organismul internațional 1.2. Ordinul de schimb valutar pentru cumpărare de valută 1.3. Ordinul de plată în valută 1.4. Confirmarea băncii privind operațiunea de plată la extern 1.5. Nota de lichidare 1.6. Nota de fundamentare privind sursele interne de acoperire a datoriei față de bancă

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial nr. 582/2004.

verificării constau în: (1) existența actelor justificative¹¹; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru proiectul de ordonanță de plată, prin acreditiv simplu sau documentar, în cadrul unui contract extern finanțat printr-un împrumut extern; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului bugetar în nivelul angajamentului legal, în nivelul sumei datorate rezultat în urma operațiunii de lichidare, creditele bugetare deschise/repartizate sau existente în conturi de disponibil; (5) corespondența datelor din ordonanța de plată cu cele din actele justificative pentru natura cheltuielii, beneficiarul sumei și banca beneficiarului și contul.

În al șaptelea rând, controlul financiar preventiv vizează *ordonanță de plată, prin acreditiv simplu sau documentar, în cadrul unui contract extern finanțat printr-un împrumut extern*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, acordul de împrumut, legea de ratificare a împrumutului, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative¹²; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru proiectul de ordonanță de plată în lei, ordonanța de plată externă sau ordonanța de plată transferului valutar, pentru plăți care se efectuează din conturile speciale ale împrumuturilor guvernamentale externe; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului bugetar, în nivelul angajamentului legal, în nivelul sumei datorate rezultat în urma operațiunii de lichidare, în creditele bugetare deschise/repartizate sau existente în conturi de disponibil; (5) corespondența datelor din ordonanța de plată cu cele din actele justificative pentru natura cheltuielii, beneficiarul sumei sau banca beneficiarului și contul.

¹¹ Acte justificative: 1.1. Nota de fundamentare 1.2. Contractul extern 1.3. Acreditivul simplu sau documentar, emis de banca depozitară a contului special 1.4. Alte documente justificative de transport, vămuire sau situații de lucrări ori recepția bunurilor, după caz.

¹² Acte justificative: 1.1. Nota de fundamentare 1.2. Acordul de împrumut extern/Acordul subsidiar de împrumut 1.3. Facturile emise de furnizori, cu certificarea de către beneficiar a efectuării operațiunii pentru care se solicită plata 1.4. Alte documente justificative de transport, vămuire sau situații de lucrări ori recepția bunurilor.

În optulea rând, se verifică prin control financiar preventiv *ordonanțare de plată externă pentru cotizații, contribuții, taxe etc. la diverse organisme internaționale*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, O.G. nr. 41/1994¹³ privind autorizarea plății cotizațiilor la organizațiile internaționale interguvernamentale la care România este parte, protocoale, acorduri Internaționale. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative¹⁴; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru Ordonanțarea de plată; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului bugetar, în nivelul angajamentului legal, în valoarea cheltuielilor lichidate, creditele bugetare deschise/repartizate sau existente în conturi de disponibil; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din actele justificative pentru natura cheltuielii, numărul și data emiterii facturii, beneficiarul sumei și banca beneficiarului și contul.

În al nouălea rând, controlul financiar se execută privind *ordonanțare de plată pentru subvenții, transferuri, prime sau alte plăți din fonduri publice, acordate operatorilor economici sau altor beneficiari legali*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, O.G. nr. 22/2002¹⁵ privind executarea obligațiilor de plată ale instituțiilor publice, stabilite prin titluri executorii, Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, O.M.F.P. nr. 1.792/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative¹⁶; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor

¹³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 241/1994.

¹⁴ Acte justificative: 1.1. Angajamentul bugetar global/individual 1.2. Acordul, convenția sau protocolul privind aderarea la organismul internațional, inclusiv actul normativ care aprobă aderarea respectivă 1.3. Avizul de plată primit de la organismul internațional și/sau alte elemente care privesc suma de plată în valută și termenul scadent la plată.

¹⁵ Publicată în Monitorul Oficial nr. 81/2002.

¹⁶ Acte justificative: 1.1. Angajamentul bugetar global/individual 1.2. Nota de fundamentare 1.3. Documentația specifică, conform actului normativ care reglementează domeniul.

semnături legale pentru actele justificative și pentru Ordonanțarea de plată; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului bugetar, în nivelul angajamentului legal, în nivelul sumei datorate rezultat în urma operațiunii de lichidare, în creditele bugetare deschise/repartizate sau existente în conturi de disponibil; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din actele justificative pentru natura plății, beneficiarul sumei și banca beneficiarului și contul.

În al zecelea rând, se supune controlului financiar preventiv *ordonanțarea de plată privind redevențe, chirii sau alte cheltuieli legate de concesiune sau închiriere*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, O.G. nr. 22/2002¹⁷ privind executarea obligațiilor de plată ale instituțiilor publice, stabilite prin titluri executorii, Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, O.M.F.P. nr. 1.792/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative¹⁸; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru Ordonanțarea de plată externă; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei prevăzute pentru plată în nivelul angajamentului bugetar, în nivelul angajamentului legal, în nivelul sumei datorate rezultat în urma operațiunii de lichidare, în disponibilul în cont; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din actele justificative pentru natura plății, beneficiarul sumei și banca beneficiarului și contul.

În al unsprezecelea rând, se supune controlului financiar preventiv *ordonanțarea de plată externă privind alte plăți decât cele aferente*

¹⁷ Publicată în Monitorul Oficial nr. 81/2002.

¹⁸ Acte justificative: 1.1. Angajamentul bugetar individual/global 1.2. Nota de fundamentare 1.3. Contractul de furnizare/servicii/lucrări 1.4. Factura externă 1.5. Documente de transport, vămuire, recepție, situații de lucrări, după caz 1.6. Documente specifice care rezultă din actul normativ ce reglementează domeniul Acte justificative: 1.1. Nota de fundamentare a concesiunii sau închirierii 1.2. Documente specifice privind derularea operațiunilor de concesiune sau închiriere 1.3. Contract de concesiune/inchiriere.

împrumuturilor externe. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, O.G. nr. 22/2002¹⁹ privind executarea obligațiilor de plată ale instituțiilor publice, stabilite prin titluri executorii, Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, O.M.F.P. nr. 1.792/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative²⁰; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și pentru Ordonanțarea de plată; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului bugetar, în nivelul angajamentului legal, în creditele bugetare deschise/repartizate sau existente în conturi de disponibil; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din actele justificative pentru natura plății, beneficiarul sumei și banca beneficiarului și contul.

În al doisprezecelea rând, controlul financiar preventiv privește *ordonanțarea de plată privind cheltuielile ce se efectuează din fonduri primite de la persoane juridice sau fizice cu titlu de donație sau sponsorizare*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative²¹; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale, pentru actele justificative și pentru Ordonanțarea de plată a cheltuielilor; (3) stabilirea corectă a sumei prevăzute pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului bugetar, în nivelul angajamentului legal, în nivelul sumei datorate rezultat în urma operațiunii de lichidare; (5)

¹⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 81/2002.

²⁰ Acte justificative: 1.1. Nota de fundamentare a concesiunii sau închirierii 1.2. Documente specifice privind derularea operațiunilor de concesiune sau închiriere 1.3. Contract de concesiune/inchiriere.

²¹ Acte justificative: 1.1. Angajamentul bugetar individual/global 1.2. Nota de fundamentare 1.3. Actul de donație sau sponsorizare 1.4. Angajamentul legal (contract, comandă etc.) 1.5. Documentele care atestă livrarea produselor, prestarea serviciilor sau executarea lucrărilor.

corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din actele justificative pentru concordanța valorii cheltuielilor lichidate cu suma ordonanțată la plată și încadrarea acesteia în angajamentul legal, cu natura plății, cu beneficiarul sumei și banca beneficiarului și contul.

În al treisprezecelea rând, *ordonanțare de plată, dispoziție de plată către casierie privind avansuri sau sume cuvenite titularului de decont, care se acordă prin casierie*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, Decret nr. 209/1976²² pentru aprobarea Regulamentului operațiilor de casă ale unităților socialiste, H.G. nr. 518/1995²³ privind unele drepturi și obligații ale personalului român trimis în străinătate pentru îndeplinirea unor misiuni cu caracter temporar, H.G. nr. 1.860/2006 privind drepturile și obligațiile autorităților și instituțiilor publice pe perioada delegării și detașării în altă localitate, precum și în cazul deplasării în cadrul localității, în interesul serviciului, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative²⁴; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și pentru Ordonanțarea de plată/Dispoziția de plată către casierie; (3) stabilirea corectă a sumei propuse pentru plată; (4) încadrarea sumei propuse pentru plată în nivelul angajamentului bugetar, în nivelul angajamentului legal în creditele bugetare deschise/repartizate sau existente în conturi de disponibil; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată/dispoziția de plată către casierie cu cele din actele justificative pentru natura plății și beneficiarul sumei.

În al paisprezecelea rând, controlul financiar preventiv este obligatoriu în ipoteza *ordonanțării de plată ale salariilor, altor drepturi salariale acordate personalului, precum și ale obligațiilor fiscale aferente acestora*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, Legea nr. 69/2010 responsabilității financiar-bugetare, Codul muncii - Legea nr. 53/2003, Legea-cadru nr. 284/2010 privind salarizarea unitară a personalului plătit din

²² Publicată în Buletinul Oficial nr. 64/1976.

²³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 154/1995.

²⁴ Acte justificative: 1.1. Angajamentul bugetar global/individual 1.2. Nota de fundamentare 1.3. Documente specifice prin care s-au aprobat acțiunea și devizul acesteia 1.4. Decontul justificativ al cheltuielilor.

fonduri publice, Legea nr. 188/1999²⁵ privind statutul funcționarilor publici, Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, Legea nr. 263/2010 privind sistemul unitar de pensii publice, Legea nr. 76/2002²⁶ privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă, Legea nr. 346/2002²⁷ privind asigurarea pentru accidente de muncă și boli profesionale, Legea nr. 95/2006²⁸ privind reforma în domeniul sănătății, O.U.G. nr. 48/2005²⁹ pentru reglementarea unor măsuri privind numărul de posturi și cheltuielile de personal în sectorul bugetar, O.M.F.P. nr. 166/2006³⁰ privind stabilirea structurii raportărilor referitoare la cheltuielile de personal prevăzute de O.U.G. nr. 48/2005. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative³¹; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru ordonanțarea de plată; (3) încadrarea sumei propusă la plată în nivelul angajamentului bugetar, valoarea cheltuielilor lichidate, creditele bugetare deschise/repartizate sau existente în conturi de disponibil; (4) încadrarea numărului de personal din statul de salarii în numărul maxim de personal stabilit prin buget, în numărul rezultat din statul de funcții; (5) corespondența datelor din ordonanțarea de plată cu cele din actele justificative pentru tipul plății, beneficiarul sumei, banca beneficiarului și contul; (6) respectarea prevederilor legale pentru plata salariilor, sporurilor, orelor suplimentare, premiilor și altor drepturi salariale, contribuțiilor.

(D) O a patra categorie de operațiuni supuse controlului financiar preventiv sunt cele privind concesiunea, închirierea, transmiterea, vânzarea și schimbul bunurilor din patrimoniul instituțiilor publice³². Acte de administrare ori dispoziție privind patrimoniul instituțiilor publice au o

²⁵ Republicată în Monitorul Oficial nr. 365/2007.

²⁶ Publicată în Monitorul Oficial nr. 103/2002.

²⁷ Republicată în Monitorul Oficial nr. 251/2014.

²⁸ Publicată în Monitorul Oficial nr. 372/2006.

²⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 562/2005.

³⁰ Publicată în Monitorul Oficial nr. 162/2006.

³¹ Acte justificative: 1.1. Centralizatorul lunar al statelor de salarii 1.2. Situația privind repartizarea pe luni a cheltuielilor de personal 1.3. Situația privind monitorizarea cheltuielilor de personal 1.4. Statul de funcții 1.5. Bugetul aprobat.

³² G. Florescu, *Rolul controlului financiar preventive în administrarea și gestionarea patrimoniului*, în Buletinul Universității Naționale de Apărare, Carol I, nr. 02/2011, pp. 467-475.

semnificație juridică, datorită regimului limitat de movabilitate a acestora, precum și datorită reglementărilor sectoriale privind garanțiile contractual în caz de concesiune, închiriere, dare în administrare.

În primul rând, sunt supuse controlului financiar preventiv *contractele de concesiune, închiriere sau de administrarea bunurilor proprietate publică (entitatea publică este concedent, titular al dreptului de proprietate)*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, Legea nr. 213/1998 privind bunurile proprietate publică, O.U.G. nr. 54/2006³³ privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative³⁴; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative, contractul de concesiune/inchiriere sau administrare; (3) încadrarea valorii contractului în nivelul prevăzut de actul normativ de aprobare a acțiunii.

În al doilea rând, sunt supuse controlului financiar preventiv *contractele de concesiune de lucrări publice sau servicii, în care entitatea publică este concedent*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, Legea nr. 213/1998 privind bunurile proprietate publică, O.U.G. nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, H.G. nr. 925/2006 aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006³⁵ privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, H.G. nr. 71/2007³⁶ pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. Obiectivele verificării constau în: (1)

³³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 569/2006.

³⁴ Acte justificative: 1.1. Nota de fundamentare a concesiunii/inchirierii sau administrării 1.2. Documentația specifică privind derularea operațiunilor de concesiune/inchiriere sau administrare.

³⁵ Publicată în Monitorul Oficial nr. 625/2006.

³⁶ Publicată în Monitorul Oficial nr. 98/2007.

existența actelor justificative³⁷, (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative; (3) termenii contractului să fie stabiliți în concordanță cu prevederile cadrului normativ.

În al treilea rând, sunt supuse controlului financiar-preventiv *procesele-verbale de predare-preluare având ca obiect transmiterea bunului fără plată*. Temeiul legal al verificării este dat de O.G. nr. 119/1999, O.G. nr. 19/1995³⁸ privind unele măsuri de perfecționare a regimului achizițiilor publice, precum și a regimului de valorificare a bunurilor scoase din funcțiune, aparținând instituțiilor publice, H.G. nr. 841/1995³⁹ privind procedurile de transmitere fără plată și de valorificare a bunurilor aparținând instituțiilor publice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁴⁰; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și pentru actele interne de decizie; (3) respectarea prevederilor legale privind procedura de transmitere fără plată a bunului.

În al patrulea rând, sunt supuse controlului financiar-preventiv *contractelor de vânzare/cumpărare a bunurilor disponibilizate (entitatea publică are calitatea de vânzător)*. Temeiul legal al verificării este dat de O.G. nr. 119/1999, O.G. nr. 19/1995 privind unele măsuri de perfecționare a regimului achizițiilor publice, precum și a regimului de valorificare a bunurilor scoase din funcțiune, aparținând instituțiilor publice, H.G. nr.

³⁷ Acte justificative: 1.1. Studiul de fundamentare a deciziei de concesiune 1.2. Raportul de avizare a finalizării stadiului de finalizare a deciziei de concesiune 1.3. Documentația de atribuire 1.4. Anunțul de participare și dovada transmiterii spre publicare 1.5. Actul de numire a comisiei de evaluare/negociere 1.6. Ofertele prezentate de operatorii economici 1.7. Procesul-verbal de deschidere a ofertelor/Procesul-verbal de negociere 1.8. Raportul procedurii de atribuire 1.9. Comunicarea privind rezultatul aplicării procedurii de atribuire 1.10. Contestațiile și soluționarea lor, după caz 1.11. Contractul de concesiune de lucrări publice sau servicii 1.12. Anexele nr. 1a), 1b) și 2 la Normele metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, aprobate prin O.M.F.P. nr. 1.792/2002.

³⁸ Publicată în Monitorul Oficial nr. 188/1995.

³⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 253/1995.

⁴⁰ Acte justificative: 1.1. Referatul de disponibilizare 1.2. Adresele instituțiilor publice care solicită bunul disponibilizat 1.3. Procesul-verbal de predare-primire sau actul intern de decizie.

841/1995 privind procedurile de transmitere fără plată și de valorificare a bunurilor aparținând instituțiilor publice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁴¹; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative; (3) se verifică respectarea prevederilor legale referitoare la desfășurarea procedurii de valorificare prin licitație cu strigare, stabilirea termenilor contractuali în concordanță cu cadrul normativ, existența avizului compartimentului juridic.

(E) A cincea categorie de operațiuni supuse controlului financiar preventiv sunt operațiuni diverse, eterogene, care implică activități de planificare ori actualizare a obiectivelor de investiții publice, de administrare a bunurilor, de decontare a unor cheltuieli ocazionale (cheltuieli de protocol, deplasări externe, misiuni temporare).

În primul rând, este supus controlului financiar preventiv acord-cadru de achiziții publice. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, H.G. nr. 925/2006 aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006, Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, Regulamentul (CE) nr. 2.195/2002 privind Vocabularul comun al achizițiilor publice, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁴²; (2) existența vizelor,

⁴¹ Acte justificative: 1.1. Referatul de disponibilizare 1.2. Decizia de numire a comisiei de evaluare 1.3. Raportul de evaluare a bunurilor ce urmează a fi disponibile 1.4. Documentația licitației cu strigare de desfășurat 1.4.1 Decizia de numire a comisiei de licitație 1.4.2 Anunțul de vânzare 1.4.3 Procesul-verbal de adjudecare a licitației 1.4.4 Alte documente specifice.

⁴² Acte justificative: 1.1. Programul anual de achiziții publice 1.2. Nota privind determinarea valorii maxime estimate 1.3. Documentul de aprobare a procedurii de atribuire selectate 1.4. Anunțul/Invitația de participare la procedură 1.5. Documentația de atribuire 1.6. Documentul de numire a comisiei de evaluare/negociere sau a juriului 1.7. Ofertele 1.8. Procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor și dovada transmiterii acestuia tuturor ofertanților 1.9. Raportul procedurii de atribuire 1.10. Comunicările către ofertanți ale rezultatului aplicării procedurii 1.11. *Documentul privind soluționarea contestațiilor (dacă este cazul)* 1.12. Actul de aprobare a documentației tehnico-economice a obiectivului de investiții 1.13. Nota de fundamentare privind necesitatea și oportunitatea efectuării cheltuielilor asimilate investițiilor.

certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru proiectul de acord-cadru de achiziții publice; (3) acordul-cadru se verifică să fie cuprins în programul anual de achiziții publice, să se încheie cu ofertantul/ofertanții declarat/declarați câștigător/câștigători în raportul procedurii, să prevadă obligațiile pe care operatorul/fiecare operator economic și le-a asumat prin propunerea tehnică, să prevadă prețul/tarifal unitar sau prețurile/tarifele unitare pe care operatorul/fiecare operator economic le-a prevăzut în propunerea financiară, să prevadă cantitatea maximă totală estimată care poate fi contractată pe durata întregului acord-cadru, să prevadă cantitatea minimă și cantitatea maximă estimate care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent, să prevadă durata acordului-cadru, să prevadă acordarea de avansuri numai cu respectarea legii, să prevadă actualizarea prețului/tarifalului numai cu respectarea legii, să fie încheiat în perioada de valabilitate a ofertei/ofertelor, să cuprindă datele de identificare a părților contractante, să prevadă consecințele pentru operatorul economic care nu are capacitatea încheierii contractului subsecvent din culpa sa.

În al doilea rând, este supus controlului financiar preventiv *document de actualizare a valorii obiectivului/proiectului de investiții și a lucrărilor de intervenții, în funcție de evoluția indicilor de prețuri, potrivit art. 43 din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice*. Temeiul legal al verificării este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, H.G. nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, Ordinul ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și locuințelor nr. 863/2008 pentru aprobarea "Instrucțiunilor de aplicare a unor prevederi din H.G. nr. 28/2008"⁴³, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁴⁴; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături

⁴³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 524/2008.

⁴⁴ Acte justificative: 1.1. Programul de investiții publice, după caz 1.2. Actul de aprobare a documentației tehnico-economice a obiectivului/ proiectului de investiții sau a documentației de avizare a lucrărilor de intervenții 1.3. Devizul general al obiectivului/ proiectului de investiții sau al lucrărilor de intervenții 1.4. Fișa obiectivului/proiectului/ categoriei de investiții, după caz 1.5. Angajamentele legale încheiate 1.6. Situația cheltuielilor

legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și pentru proiectul documentului de actualizare a valorii obiectivului/ proiectului de investiții și a lucrărilor de intervenții; (3) documentul de actualizare se asigură că obiectivul/Proiectul de investiții și lucrările de intervenții să fie cuprinse în programul de investiții publice, valoarea cheltuielilor legal efectuate până la data actualizării să fie corectă, valoarea restului de executat să fie corectă, actualizarea valorii obiectivului/proiectului de investiții sau a lucrărilor de intervenții să fie făcută pe baza evoluției indicelui de prețuri de consum lunar (total), comunicat de Institutul Național de Statistică, calculat între data întocmirii devizului general și data actualizării

În al treilea rând, sunt supuse controlului financiar preventiv, *procesele-verbale de scoatere din funcțiune a mijlocului fix, de declasare a unor bunuri materiale*. Temeiul legal al verificării este dat de O.G. nr. 119/1999, O.G. nr. 19/1995⁴⁵ privind unele măsuri de perfecționare a regimului achizițiilor publice, precum și a regimului de valorificare a bunurilor scoase din funcțiune, aparținând instituțiilor publice, Legea nr. 15/1994⁴⁶ privind amortizarea capitalului imobilizat în active corporale și necorporale, H:G. nr. 909/1997⁴⁷ pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 15/1994, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁴⁸; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și pentru Actul intern de decizie; (3) se verifică: existența actelor justificative, dacă actele justificative au fost întocmite și semnate de persoanele în drept, dacă sunt îndeplinite condițiile scoaterii din funcțiune.

În al patrulea rând, sunt supuse controlului financiar preventiv: *deconturile privind cheltuielile ocazionate de organizarea acțiunilor de protocol, a manifestărilor cu caracter cultural-științific sau a altor acțiuni*

efectuate conform evidențelor contabile până la data actualizării 1.7. Situația restului de executat la data actualizării 1.8. Baza de date statistice a Institutului Național de Statistică 1.9. Nota de calcul al actualizării.

⁴⁵ Publicată în Monitorul Oficial nr. 188/1995.

⁴⁶ Republicată în Monitorul Oficial nr. 242/1999.

⁴⁷ Publicată în Monitorul Oficial nr. 4/1998.

⁴⁸ Acte justificative: 1.1. Nota privind starea tehnică a mijlocului fix propus a fi scos din funcțiune 1.2. Act constatator al avariei 1.3. Devizul estimativ al reparației capitale 1.4. Alte documente.

cu caracter specific. Sediul materiei pentru verificarea conformității este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, O.G. nr. 80/2001⁴⁹ privind stabilirea unor normative de cheltuieli pentru autoritățile administrației publice și instituțiile publice, H.G. nr. 552/1991⁵⁰ privind normele de organizare în țară a acțiunilor de protocol, Legea contabilității nr. 82/1991, Decret nr. 209/1976 pentru aprobarea Regulamentului operațiilor de casă ale unităților socialiste, O.M.F.P. nr. 1.792/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁵¹; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și pentru Actul intern de decizie; (3) încadrarea decontului de cheltuieli în valoarea devizului aprobat.

În al cincilea rând, se supuse controlului financiar preventiv *decontul de cheltuieli privind deplasarea în străinătate pentru îndeplinirea unor misiuni cu caracter temporar*. Sediul materiei pentru verificarea conformității este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, Decret nr. 209/1976 pentru aprobarea Regulamentului operațiilor de casă ale unităților socialiste, H.G. nr. 518/1995 privind unele drepturi și obligații ale personalului român trimis în străinătate pentru îndeplinirea unor misiuni cu caracter temporar, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁵²; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și pentru Actul intern de decizie; (3) încadrarea decontului de cheltuieli în valoarea devizului aprobat.

În al șaselea rând, se supuse controlului financiar preventiv *decont de cheltuieli privind justificarea avansului acordat pentru deplasări în țară*

⁴⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 542/2001.

⁵⁰ Publicată în Monitorul Oficial nr. 176/1991.

⁵¹ Acte justificative: 1.1. Actul intern de decizie privind organizarea acțiunii de protocol, a manifestării sau a acțiunii cu caracter specific, după caz 1.2. Documente specifice diferitelor categorii de cheltuieli 1.3. Decontul de cheltuieli.

⁵² Acte justificative: 1.1. Actul intern de decizie privind deplasarea în străinătate 1.2 Documente specifice.

și/sau pentru achiziții prin cumpărare directă. Sediul materiei pentru verificarea conformității este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, Decret nr. 209/1976 pentru aprobarea Regulamentului operațiilor de casă ale unităților socialiste, H.G. nr. 1.860/2006 privind drepturile și obligațiile autorităților și instituțiilor publice pe perioada delegării și detașării în altă localitate, H.G. nr. 925/2006 aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁵³, (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și pentru Actul intern de decizie; (3) încadrarea decontului de cheltuieli în valoarea devizului aprobat.

În al șaptelea rând, se supune controlului financiar preventiv *contract de sponsorizare în care entitatea publică este beneficiar al sponsorizării*. Sediul materiei pentru verificarea conformității este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, Legea nr. 32/1994⁵⁴ privind sponsorizarea. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁵⁵; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și pentru dacă entitatea publică desfășoară sau urmează să desfășoare o activitate dintre cele prevăzute la art. 4 din Legea nr. 32/1994, cu modificările și completările ulterioare; (3) încadrarea valorii contractului în nivelul prevăzut de actul normativ de aprobare a acțiunii.

În al optulea rând, se supuse controlului financiar preventiv *act de donație, în care entitatea publică are calitatea de donatar*. Sediul materiei pentru verificarea conformității este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, Decretul nr. 478/1954⁵⁶ privitor la făcute statului, alte acte normative specifice.. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor

⁵³ Acte justificative: 1.1. Actul intern de decizie privind deplasarea în țară sau referatul aprobat privind achiziția directă 1.2. Documente specifice diferitelor categorii de cheltuieli.

⁵⁴ Publicată în Monitorul Oficial nr. 129/1994.

⁵⁵ Acte justificative: 1.1. Nota de fundamentare a sponsorizării/contractului de sponsorizare 1.2. Documentația specifică privind derularea operațiunilor de sponsorizare 1.3. Contract de sponsorizare.

⁵⁶ Publicată în Buletinul Oficial nr. 46/1954.

justificative⁵⁷, (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și pentru dacă entitatea publică desfășoară sau urmează să desfășoare o activitate dintre cele prevăzute la art. 4 din Legea nr. 32/1994, cu modificările și completările ulterioare; (3) actul de donație verifică nivelul prevăzut de actul normativ de aprobare a acțiunii, respectă regimul juridic al bunului/bunurilor care face/fac obiectul donației, dacă bunul/bunurile respectiv/respective este/sunt grevat(e) de datorii, existența avizului compartimentului juridic.

În al nouălea rând, se supuse controlului financiar preventiv *dispoziția de încasare către casierie*. Sediul materiei pentru verificarea conformității este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, O.G. nr. 119/1999, Decret nr. 209/1976 pentru aprobarea Regulamentului operațiilor de casă ale unităților socialiste, Legea contabilității nr. 82/1991, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁵⁸; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative și încadrarea sumei de cheltuieli în limita decontului.

În al zecelea rând, se supuse controlului financiar preventiv *dispoziția de notificare de prefinanțare din fonduri comunitare*. Sediul materiei pentru verificarea conformității este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, Regulamentul (CE) nr. 1.083/2006 al Consiliului din 11 iulie 2006 de stabilire a anumitor dispoziții generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de coeziune și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1.260/1999; Regulamentul (CE) nr. 1.828/2006 al Comisiei din 8 decembrie 2006 de stabilire a normelor de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 1.083/2006 al Consiliului; Regulamentul (CE) nr. 1.198/2006 al Consiliului din 27 iulie 2006 privind Fondul European pentru Pescuit, Regulamentul (CE) nr. 498/2007 al Comisiei din 26 martie 2007 de stabilire a unor norme detaliate pentru punerea în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 1.198/2006, O.U.G. nr. 63/1999 cu privire la gestionarea fondurilor nerambursabile alocate

⁵⁷ Acte justificative: 1.1. Nota de fundamentare a donației 1.2. Documentația specifică privind derularea operațiunii de donație 1.3. Actul de donație.

⁵⁸ Acte justificative: 1.1. Decontul de cheltuieli 1.2. Decizie de imputație 1.3. Alte documente.

României de către Comunitatea Europeană, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente acestora, O.U.G. nr. 64/2009 privind gestionarea financiară a instrumentelor structurale și utilizarea acestora pentru obiectivul convergență, H.G. nr. 218/2012 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 64/2009, Legea nr. 105/2011 privind gestionarea fondurilor externe nerambursabile și a cofinanțării publice naționale, pentru obiectivul "Cooperare teritorială europeană", H.G. nr. 1.011/1999⁵⁹ pentru aprobarea Memorandumului de înțelegere dintre Guvernul României și Comisia Europeană privind înființarea Oficiului de Plăți și Contractare PHARE (O.P.C.P.), semnat la București la 16 iulie 1998, și a Memorandumului de înțelegere dintre Guvernul României și Comisia Europeană privind înființarea Fondului Național, semnat la Bruxelles la 20 octombrie 1998, H.G. nr. 1.328/2000 pentru aprobarea Memorandumului de înțelegere dintre Guvernul României și Comunitatea Europeană privind utilizarea Fondului Național pentru ISPA, H.G. nr. 264/2003 privind stabilirea acțiunilor și categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor și limitelor pentru efectuarea de plăți în avans din fonduri publice, H.G. nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, O.M.F.P. nr. 1.792/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, alte acte normative specifice, O.U.G. nr. 74/2009 privind gestionarea fondurilor comunitare nerambursabile provenite din Fondul european de garantare agricolă, Fondul european agricol de dezvoltare rurală și Fondul european pentru pescuit și a fondurilor alocate de la bugetul de stat, privind gestionarea fondurilor nerambursabile alocate de la Comunitatea Europeană și a fondurilor alocate de la bugetul de stat aferente programului de colectare și gestionare a datelor necesare desfășurării politicii comune în domeniul pescuitului și a programului de control, inspecție și supraveghere în domeniul pescuitului și pentru modificarea art. 10 din Legea nr. 218/2005 privind stimularea absorbției fondurilor SAPARD, Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală, Fondul european pentru pescuit, Fondul european de garantare agricolă, prin preluarea riscului de creditare de către fondurile

⁵⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 631/1999.

de garantare, H.G. nr. 442/2009 privind stabilirea cadrului general de implementare a măsurilor cofinanțate din Fondul European pentru Pescuit prin Programul Operațional pentru Pescuit 2007-2013, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁶⁰; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru notificarea de prefinanțare; (3) încadrarea fondurilor solicitate prin cererea de fonduri în limitele prevăzute în bugetul alocat programului, în nivelul prevăzut în actul normativ de aprobare a acțiunii, în nivelul rezultat din prognoza fluxului de prefinanțare; (4) stabilirea sumei pentru care se cere deschiderea de credite, având în vedere fondurile comunitare anterioare existente și neutilizate, conform soldului din extrasul de cont în Ca întreaga sumă să fie utilizată până la finele perioadei pentru care se solicită fondurile comunitare; (5) completarea corectă a cererii de fonduri cu privire la autoritatea de management/Unitatea de plată/Beneficiarul final, conturile de trezorerie, calculul sumelor solicitate anterior și neutilizate și celelalte rubrici prevăzute de formular.

În al unsprezecelea rând, se supune controlului financiar preventiv *cerere de fonduri comunitare*. Sediul materiei pentru verificarea conformității este dat de Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, Regulamentul (CE) nr. 1.083/2006 al Consiliului din 11 iulie 2006 de stabilire a anumitor dispoziții generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de coeziune și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1.260/1999; Regulamentul (CE) nr. 1.828/2006 al Comisiei din 8 decembrie 2006 de stabilire a normelor de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 1.083/2006 al Consiliului; Regulamentul (CE) nr. 1.198/2006 al Consiliului din 27 iulie 2006 privind Fondul European pentru Pescuit, Regulamentul (CE) nr. 498/2007 al Comisiei din 26 martie 2007 de stabilire a unor norme detaliate pentru punerea în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 1.198/2006, O.U.G. nr. 63/1999 cu privire la gestionarea fondurilor nerambursabile alocate României de către Comunitatea Europeană, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente acestora, O.U.G. nr. 64/2009 privind gestionarea financiară a instrumentelor structurale și utilizarea acestora pentru obiectivul

⁶⁰ Acte justificative: 1.1. Prognoza fluxului de prefinanțare 1.2. Soldul disponibil din fonduri comunitare, copie extras cont trezorerie 1.3. Bugetul aprobat.

convergență, H.G. nr. 218/2012 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 64/2009, Legea nr. 105/2011 privind gestionarea fondurilor externe nerambursabile și a cofinanțării publice naționale, pentru obiectivul "Cooperare teritorială europeană", H.G. nr. 1.011/1999 pentru aprobarea Memorandumului de înțelegere dintre Guvernul României și Comisia Europeană privind înființarea Oficiului de Plăți și Contractare PHARE (O.P.C.P.), semnat la București la 16 iulie 1998, și a Memorandumului de înțelegere dintre Guvernul României și Comisia Europeană privind înființarea Fondului Național, semnat la Bruxelles la 20 octombrie 1998, H.G. nr. 1.328/2000 pentru aprobarea Memorandumului de înțelegere dintre Guvernul României și Comunitatea Europeană privind utilizarea Fondului Național pentru ISPA, H.G. nr. 264/2003 privind stabilirea acțiunilor și categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor și limitelor pentru efectuarea de plăți în avans din fonduri publice, H.G. nr. 759/2007 privind regulile de eligibilitate a cheltuielilor efectuate în cadrul operațiunilor finanțate prin programele operaționale, O.M.F.P. nr. 1.792/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, alte acte normative specifice, O.U.G. nr. 74/2009 privind gestionarea fondurilor comunitare nerambursabile provenite din Fondul european de garantare agricolă, Fondul european agricol de dezvoltare rurală și Fondul european pentru pescuit și a fondurilor alocate de la bugetul de stat, privind gestionarea fondurilor nerambursabile alocate de la Comunitatea Europeană și a fondurilor alocate de la bugetul de stat aferente programului de colectare și gestionare a datelor necesare desfășurării politicii comune în domeniul pescuitului și a programului de control, inspecție și supraveghere în domeniul pescuitului și pentru modificarea art. 10 din Legea nr. 218/2005 privind stimularea absorbției fondurilor SAPARD, Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală, Fondul european pentru pescuit, Fondul european de garantare agricolă, prin preluarea riscului de creditare de către fondurile de garantare, H.G. nr. 442/2009 privind stabilirea cadrului general de implementare a măsurilor cofinanțate din Fondul European pentru Pescuit prin Programul Operațional pentru Pescuit 2007-2013, alte acte normative

specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁶¹; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale pentru actele justificative și pentru Cererea de fonduri comunitare; (3) încadrarea fondurilor solicitate prin cererea de fonduri în limitele prevăzute în bugetul alocat programului, în nivelul prevăzut în actul normativ de aprobare a acțiunii, în nivelul rezultat din cash flow-ul sumelor previzionate; (4) stabilirea sumei pentru care se cere deschiderea de credite, având în vedere fondurile anterioare existente și neutilizate, conform soldului din extrasul de cont trezorerie și ca întreaga sumă să fie utilizată până la finele perioadei pentru care se solicită fondurile comunitare; (5) completarea corectă a cererii de fonduri cu privire la autoritatea de management/unitatea de plată, conturile de trezorerie, calculul sumelor solicitate anterior și neutilizate și celelalte rubrici prevăzute de formular.

În al doisprezecelea rând, se verifică prin procedura de control financiar preventiv *cererea de tragere și cerere de alimentarea a contului special în cadrul împrumuturilor externe (inclusiv a avansului)*. Legea nr. 500/2002, Legea nr. 273/2006, legile bugetare anuale, O.G. nr. 119/1999, O.U.G. nr. 64/2007 privind datoria publică, alte acte normative specifice. Obiectivele verificării constau în: (1) existența actelor justificative⁶²; (2) existența vizelor, certificărilor, aprobărilor, altor semnături legale și respectarea prevederilor legale pentru actele justificative, (3) se verifică legalitatea și regularitatea documentelor justificative, încadrarea plăților solicitate în prevederile contractului intern sau extern, existența documentului organismului finanțator internațional de acceptare a contractului intern sau extern (no objection), existența vizei "Bun de plată".

⁶¹ Acte justificative: 1.1. Cash flow-ul sumelor previzionate 1.2. Soldul disponibil din fonduri comunitare, copie extras cont trezorerie 1.3. Raportarea financiară, reconcilierea bancară 1.4. Raportul asupra progresului înregistrat 1.5. Declarația de cheltuieli 1.6. Situația cofinanțării de la bugetul de stat 1.7. Bugetul aprobat.

⁶² Acte justificative: 1.1. Nota de fundamentare 1.2. Contractele interne sau externe 1.3. Ordinele de plată prin care s-au efectuat plăți în cadrul procedurilor de refinanțare 1.4. Alte documente.

3. Viza de control financiar preventiv. Refuzul de viză

Controlul financiar preventiv prezintă două forme⁶³, în raport de nivelul de organizare a acestuia: control financiar preventiv propriu și control financiar preventiv delegat.

În condițiile articolului 9 din O.G. nr. 119/1999, entitățile publice, prin conducătorii acestora, au obligația de a organiza controlul financiar preventiv propriu și evidența angajamentelor în cadrul compartimentului contabil. Controlul financiar preventiv propriu se exercita, prin viza, de persoane din cadrul compartimentelor de specialitate, desemnate în acest sens de către conducătorul entității publice. Actul de numire va cuprinde și limitele de competență în exercitarea controlului financiar preventiv propriu. Persoanele desemnate să efectueze aceasta activitate sunt cele care, pe baza procedurii interne privind circuitul documentelor, verifică documentele justificative și conformitatea acestora cu dispozițiile legale.

În condițiile art. 12 din O.G. nr. 119/1999, controlul financiar preventiv delegat se organizează și se exercita de către Ministerul Finanțelor Publice⁶⁴ prin controlori delegați. Ministrul finanțelor publice numește, pentru fiecare instituție publică în care se exercita funcția de ordonator principal de credite al bugetului de stat, bugetului asigurărilor sociale de stat sau al bugetului oricărui fond special, unul sau mai mulți controlori delegați, în funcție de volumul și de complexitatea activității instituției publice respective. De asemenea, ministrul finanțelor publice numește unul sau mai mulți controlori delegați pentru operațiunile derulate prin bugetul trezoreriei statului, pentru operațiuni privind datoria publică și pentru alte operațiuni specifice Ministerului Finanțelor Publice.

Operațiunile prevăzute la art. 12 alin. (3) și (4) din O.G. nr. 119/1999 fac obiectul controlului financiar preventiv delegat și se supun aprobării ordonatorului de credite numai însoțite de viza de control financiar preventiv delegat, care atestă îndeplinirea condițiilor legale, a regularității și

⁶³ L. Ciurlău, *Consideration regarding the determination and appreciation of the efficiency of the financial control*, în *Annals of the University of Petroșani, Economics*, 9(1), 2009, p. 189.

⁶⁴ V. Iancu, *Organe specializate în domeniul controlului financiar-fiscal*, în *Pro Patria Lex*, Volumul XII, Nr. 2(23)/2013, p. 58.

încadrării în limitele creditelor bugetare sau creditelor de angajament aprobate, după caz, a acestor proiecte de operațiuni.

Procedeele de verificare utilizate sunt cele comune tuturor formelor de control financiar, adaptate însă la specificul controlul financiar preventiv, ca și control scriptic⁶⁵: cercetarea, controlul documentelor, controlul total. Procedura de control presupune, ca după efectuarea verificării formale, persoana desemnată să exercite controlul financiar preventiv continuă parcurgerea listei de verificare și efectuează controlul operațiunii din punctul de vedere al legalității, regularității și, după caz, al încadrării în limitele și destinația creditelor bugetare și/sau de angajament. Rezultatul procedurii de control poate fi de legalitate ori nelegalitate.

În cazul soluției de legalitate, aceasta se confirmă prin viza de control financiar preventiv propriu ori prin viza de control financiar preventiv delegat. Acestea reprezintă o condiție prealabilă a aprobării de către ordonatorul de credite a proiectului de operațiune, când sunt respectate întru totul cerințele de legalitate, regularitate și încadrare în limitele creditelor bugetare sau creditelor de angajament aprobate. Viza de control financiar preventiv cuprinde următoarele informații: denumirea entității publice; mențiunea "vizat pentru control financiar preventiv"; identificatorul titularului vizei; semnătura persoanei desemnate cu exercitarea vizei și data acordării vizei. Viza de control financiar preventiv se exercită olograf sau electronic.

În cazul soluției de nelegalitate, aceasta se materializează în refuzul de viză. Dacă în urma controlului se constată că cel puțin un element de fond cuprins în lista de verificare nu este îndeplinit, în esență, operațiunea nu întrunește condițiile de legalitate, regularitate și, după caz, de încadrare în limitele și destinația creditelor bugetare și/sau de angajament, persoana desemnată cu exercitarea controlului financiar preventiv refuză motivat, în scris, acordarea vizei de control financiar preventiv, întocmind în acest sens un *refuz de viză*. La refuzul de viză se anexează și un exemplar al listei de verificare, cu indicarea elementului/elementelor din această listă a cărui/ale căror cerință/cerințe nu este/nu sunt îndeplinită/îndeplinite. Refuzul de viză, însoțit de actele justificative semnificative, se aduce la cunoștința

⁶⁵ C.M. Pelecaci, *Procedee specifice activității de control financiar*, în Studia Universitatea Vasile Goldiș, Arad – Economic Sciences, issue 1-2/2008, p. 539.

conducătorului entității publice, iar celelalte documente se restituie, sub semnătură, compartimentelor de specialitate care au inițiat operațiunea. Cu excepția cazurilor în care refuzul de viză se datorează depășirii creditelor bugetare și/sau de angajament, operațiunile refuzate la viză se pot efectua pe propria răspundere a conducătorului entității publice. Efectuarea pe propria răspundere a operațiunii refuzate la viza de control financiar preventiv se face printr-un act de decizie internă emis de conducătorul entității publice. O copie de pe actul de decizie internă se transmite persoanei care a refuzat viza, compartimentului de audit public intern al entității publice, precum și, după caz, controlorului delegat. După primirea actului de decizie internă emis de conducătorul entității publice persoana desemnată cu exercitarea controlului financiar preventiv informează, în scris, organele de inspecție economico-financiară din cadrul Ministerului Finanțelor Publice și, după caz, organul ierarhic superior al entității publice asupra operațiunilor refuzate la viză și efectuate pe propria răspundere, prin transmiterea unei copii de pe actul de decizie internă și de pe refuzul de viză. Conducătorul organului ierarhic superior are obligația de a lua măsurile legale pentru restabilirea situației de drept. De asemenea, persoana desemnată cu exercitarea controlului financiar preventiv informează, în scris, Curtea de Conturi cu ocazia efectuării controalelor dispuse de aceasta.

În cazul în care conducătorul entității publice prezintă în scris argumente în favoarea efectuării operațiunii pentru care se intenționează refuzul de viză, controlorul delegat consultă, înainte de a înregistra oficial refuzul de viză, opinia neutră asupra cazului. Pentru formularea opiniei neutre, prin decizie a controlorului financiar șef, se constituie *ad hoc* o comisie formată din 3 membri ai Corpului controlorilor delegați, din care cel puțin unul cu funcție de conducere. Opinia neutră se formulează și se motivează în scris și se transmite controlorului delegat în cel mult 3 zile lucrătoare de la solicitare. Opinia neutră are rol consultativ, soluția finală fiind de competența exclusivă a controlorului delegat, potrivit principiului exercitării în mod independent a atribuțiilor de control financiar preventiv delegat.

4. Concluzii

Procedura controlului financiar preventiv este o procedură de verificare prealabilă și obligatorie a legalității și regularității actelor juridice

încheiate de entitatea publică. Procedura permite identificarea *a priori* a elementelor susceptibile de neconcordanță cu dispozițiile legale.

Procedural fiecărui act juridic, în sensul de *negotium juris*, legea îi identifică o listă de verificare, cu două componente: textele normative incidente și conținutul juridic și patrimonial al operațiunii. Controlul financiar preventiv asigură filtrul inițial de corespondență între cele două dimensiuni, cu încadrare în limitele bugetare.

Comentariu de practică judiciară: Acțiune în anularea unui contract de vânzare-cumpărare întemeiată pe principiul *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Schimbarea de către instanța de apel a cauzei actului juridic. Consecințe. C. proc. civ., art. 84, art. 129, art. 304 pct. 7

LUIZA CRISTINA GAVRILESCU¹

Sunt îndeplinite condițiile procedurale pentru casarea deciziei instanței de apel în cazul în care aceasta a schimbat în apel cauza actului juridic dedus judecării, reținând că acțiunea în justiție a reclamantului se fundamentează pe nerespectarea obligației de garanție contra evicțiunii de către pârâțul-vanzător, deși acțiunea viza anularea unui contract de vânzare-cumpărare, fiind întemeiată pe principiul subsecvenței actului juridic dedus judecării, în raport cu primul act de vânzare-cumpărare ce a fost anulat de către instanța de judecată.

Secția a II-a civilă, Decizia nr. 4307 din 4 decembrie 2013²

Sentința instanței de fond

Prin sentința civilă nr. 1630/2012, Tribunalul Suceava, Secția civilă, a admis, în parte, acțiunea formulată de reclamantul F.I., a anulat contractul de vânzare-cumpărare acțiuni încheiat la data de 9 iunie 2009 între pârâțul F.G. și reclamantul F.I. și a obligat pe pârâțul F.G. să-i restituie reclamantului suma de 165.400 Euro la cursul de schimb de la data rămânerii definitive a hotărârii. Totodată, tribunalul a respins ca nefondat capătul de cerere privind obligarea pârâțului M.V. la predarea celor 827 de acțiuni emise de SC „R.T.” SA, ce au făcut obiectul contractului de vânzare-cumpărare mai sus menționat, către prim – pârâțul F.G.

Considerentele instanței de fond

Pentru a pronunța această sentință, tribunalul a reținut că prin contractul de vânzare – cumpărare încheiat la data de 9 iunie 2009, pârâțul F.G. a vândut reclamantului F.I. un număr de 827 acțiuni, reprezentând

¹ Asistent univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: luiza.gavrilescu@uaic.ro

²<http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=82873>

9,22% din capitalul social al SC R.T. SA Câmpulung, prețul convenit fiind de 165.400 Euro. Prin sentința nr. 2025 din 21 martie 2011, Tribunalul Suceava a dispus anularea contractului de vânzare-cumpărare din 15 august 2009 încheiat între M.V. și F.G., prin care au fost vândute 827 acțiuni de către M.V., pârâtului F.G., instanța reținând că nu au fost respectate anumite prevederi, precum dreptul de pronunțare al celorlalți acționari și că nu există ofertă de cumpărare a cumpărătorului F.G.

Ca atare, a apreciat prima instanță de fond, întrucât a fost anulată convenția prin care pârâtul F.G. devenea vânzător al acțiunilor, rezultă că acesta i-a vândut reclamantului acțiuni pe care nu le are, astfel încât se impune anularea actului de vânzare-cumpărare ce face obiectul convenției ca act subsecvent și repunerea părților în situația anterioară.

Tribunalul a mai reținut că, urmare a pronunțării sentinței nr. 2025 din 21 martie 2011, a fost modificat actul constitutiv al pârâtei SC R.T. SA în sensul că cele 827 de acțiuni ce au făcut obiectul celor două contracte de vânzare-cumpărare au fost înregistrate în registrul acționarilor pe numele pârâtului M.V., vânzătorul inițial.

Împotriva acestei sentințe a declarat apel pârâtul F.G., criticând sentința atacată pentru nelegalitate și netemeinicie.

Decizia instanței de apel

Prin decizia nr. 14 din 19 martie 2013, Curtea de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, a admis apelul pârâtului F.G. și a schimbat în tot sentința atacată, în sensul că a respins acțiunea reclamantului ca nefondată, obligând reclamantul la 12.533,5 lei către pârâtul F.G.

Considerentele instanței de apel

Pentru a decide astfel, instanța de apel a reținut că excepția insuficienței timbrării și excepția prematurității invocată direct în apel de către apelantul-pârât sunt nefondate (...).

Pe fondul cauzei, instanța de apel a reținut că apelul declarat de apelantul-pârât este întemeiat întrucât reclamantul a invocat ca motiv de nulitate a contractului de vânzare cumpărare acțiuni, nerespectarea de către apelantul-pârât a obligației de garanție pentru evicțiune prevăzute de art. 4 lit. b) din contract și a dispozițiilor art. 98 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, republicată. Or, conform art. 1341 C. civ., recurentul-cumpărător nu poate să solicite anularea contractului de vânzare-cumpărare, ci doar restituirea prețului, în condițiile în care dovedește că împotriva sa s-a formulat o acțiune în justiție privind predarea celor 827 de acțiuni pe care a declarat că

le are în gestiune. Simpla temere a reclamantului că va fi evins întrucât la data încheierii contractului reclamantul nu era acționar la SC R.T. SA, care este o societate de tip închis, nu este suficientă pentru promovarea unei acțiuni în răspundere pentru evicțiune.

În plus, în speță, nu s-a făcut dovada plății prețului de 165.400 Euro, în cuprinsul contractului prevăzându-se ca plata se va face în numerar la data semnării contractului.

Motivele de recurs împotriva deciziei pronunțate în apel

Împotriva acestei decizii a declarat recurs reclamantul criticând decizia atacată pentru motive de nelegalitate ce pot fi încadrate în dispozițiile art. 304 pct. 7 și 9 C. proc. civ.

În dezvoltarea criticilor de nelegalitate, recurentul-reclamant a arătat că instanța de apel a pronunțat o decizie legală, motivată, formulată pe lipsa dovezii plății prețului și recuperarea, în speță, a garanției pentru evicțiune, deși acțiunea a fost demarată pe anularea actului subsecvent și repunerea părților în situația anterioară, aspect reținut și de prima instanță de fond.

Recurentul-reclamant a arătat că susținerile intimatului-pârât în sensul că nu deține acțiunile și nu cuprinde prețul nu au nicio justificare atâta timp cât în art. 5 din contract se prevede că plata s-a făcut la data semnării contractului, iar din actele dosarului reiese că în anul 2009 a votat cu aceste acțiuni. Cât privește garanția pentru evicțiune, recurentul-reclamant a arătat că a indicat art. 4 lit. b) din contract pentru a susține afirmația că pârâtul nu este proprietar al acțiunilor, aspect reținut de către prima instanță.

Recurentul a mai arătat că pârâtul a invocat în speță simulația actului dedus judecății, fără să probeze acest aspect.

Decizia instanței de recurs

Față de motivele de nelegalitate încălcate de recurentul-reclamant și față de încadrarea acestora în dispozițiile art. 304 pct. 7 și 9 C. proc. civ., Înalta Curte, în baza art. 137 alin. (1) C. proc. civ. raportat la art. 302¹ lit. c) C. proc. civ., a respins excepția nulității recursului invocată la acest termen de judecată.

Examinând motivele de nelegalitate formulate, văzând și dispozițiile art. 304 pct. 7 și 9 C. proc. civ., Înalta Curte a reținut că recursul declarat este fondat, pe următoarele considerente:

Considerentele instanței de recurs

Potrivit art. 84 C. proc. civ. raportat la art. 129 C. proc. civ., instanța fondului este obligată să califice în drept cererea, cererea fiind valabilă chiar dacă poartă o denumire greșită.

Pornind de la acest principiu de drept procesual, Înalta Curte a reținut că recursul reclamantului a înțeles să investească instanța de judecată cu o acțiune în anularea contractului de vânzare-cumpărare de acțiuni nr. 2025/2009, acțiune întemeiată și motivată pe subsecvența actului juridic ce face obiectul cauzei, respectiv: *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Astfel, întreaga motivare a demersului său judiciar se fundamentează pe anularea contractului de vânzare-cumpărare acțiuni, prin care pârâtul F.G. a devenit acționar al celor 827 acțiuni ce au fost ulterior vândute către reclamant, acesta din urmă fiind invocat ca act subsecvent primului contract de vânzare-cumpărare. Invocarea clauzei din art. 4 lit. b) a contractului de vânzare-cumpărare de către reclamant în finalul acțiunii nu a fost făcută în sensul fundamentării acțiunii pe nerespectarea dispoziției de garanție contra evicțiunii, de către pârâtul F.G., ci pentru susținerea absenței calității de proprietar al acțiunilor vândute a intimatului-pârât. De altfel, această calificare a fost făcută de către prima instanță de fond, care a analizat art. 4 lit. b) din contractul de vânzare-cumpărare din perspectiva *lipsei calității de proprietar a pârâtului-vânzător*, iar nu ca o nerespectare a garanției pentru evicțiune și, respectiv, un motiv de nevalabilitate a contractului de vânzare-cumpărare.

De altfel, pornind și de la conținutul motivelor de apel, instanța de apel avea obligația, în calitate de instanță devolutivă, să pună în discuția părților calificarea acțiunii prin raportare la motivele de apel invocate și, implicit, la temeiul de drept.

Înalta Curte a reținut că instanța de apel a schimbat în apel cauza actului juridic dedus judecății, reținând că acțiunea în justiție a reclamantului se fundamentează pe nerespectarea obligației de garanție contra evicțiunii de către pârâtul-vânzător contrar modului în care a fost soluționată acțiunea în primă instanță și modului în care a fost motivată acțiunea de fond, fără a pune acest aspect în discuția părților.

Ca atare, Înalta Curte a reținut ca întemeiat primul motiv de recurs relativ la motivarea soluției instanței de apel prin trimitere la neoperarea garanției contra evicțiunii, deși în speță s-a invocat principiul subsecvenței

actului juridic dedus judecării, în raport cu primul act de vânzare-cumpărare ce a fost anulat de către instanța de judecată, aspect ce echivalează, în fața instanței supreme, cu necercetarea fondului dedus judecării, ca urmare a schimbării cauzei actului juridic dedus judecării.

Față de reținerea acestei critici de nelegalitate, Înalta Curte a reținut că se impune casarea deciziei instanței de apel, conform art. 304 pct. 7 raportat la art. 312 C. proc. civ., instanța de apel urmând să analizeze criticile din apel prin raportare la motivele invocate în acțiunea introductivă de instanță și analizată de prima instanță de fond.

În baza art. 315 C. proc. civ., Înalta Curte a pus în vedere instanței de apel ca în rejudecare să analizeze incidența în speță a principiului *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, principiul subsecvenței actului juridic având în vedere că în speță se invocă încheierea succesivă a unor contracte de vânzare-cumpărare având același obiect și, implicit, să analizeze excepțiile pe care le comportă această regulă de drept. De asemenea, vor fi avute în vedere, la rejudecare, și motivele de recurs relative la plata prețului și posesia acțiunilor pornind de la clauzele contractului de vânzare-cumpărare prin raportare la art. 969 C. civ., la natura obiectului vânzării acțiunilor la purtător, la probele administrate privind reconfigurarea structurii acționarilor pârâtei SC R.SA și, nu în ultimul rând, la natura probei conform art. 1169 C. civ.

În ceea ce privește motivul de recurs relativ la invocarea caracterului simulat al contractului de vânzare-cumpărare de către intimatul-pârât F.G., Înalta Curte a reținut că acesta este nefondat, întrucât nici una dintre instanțele de fond nu au analizat acest aspect, soluțiile pronunțate nefiind fundamentate pe teoria simulației actului juridic.

Comentariu

Principală critică adusă deciziei instanței de apel a vizat schimbarea cauzei acțiunii: reclamantul și-a întemeiat cererea de anulare a actului pe aplicarea principiului desființării actului subsecvent ca urmare a desființării actului principal, iar instanța de apel a apreciat că reclamantul ar fi înțeles să se prevaleze de neîndeplinirea obligației de garanție pentru evicțiune. Deși ambele reprezintă cauze de desființare a actelor juridice, cea dintâi se bazează pe nevalabilitatea actului inițial, pe când cea de-a doua, pe neexecutarea corespunzătoare a unui act valabil. Mai precis, în timp ce reclamantul a susținut că pârâtul nu i-a putut transmite proprietatea întrucât

acesta însuși nu mai era proprietar la data încheierii actului (ca urmare a efectului retroactiv al nulității), instanța de apel a reținut că s-ar fi invocat clauza de evicțiune, care sancționează pierderea calității de proprietar a transmitătorului ca urmare a valorificării de către vânzător sau de către un terț a unui drept care exclude, în tot sau în parte, dreptul cumpărătorului referitor la bunul respectiv.

În condițiile în care reclamantul a fost de bună credință, în sensul că nu a avut cunoștință despre lipsa calității de proprietar al înstrăinătorului, este îndreptățit să ceară anularea actului de vânzare al acțiunilor. În speță nu s-a invocat incidența vreunei excepții de la regula desființării actului subsecvent ca urmare a desființării actului inițial, care să justifice menținerea actului încheiat între reclamant și pârât. Ar urma deci să se dea eficiență principiului: „Nimeni nu poate transmite sau constitui mai multe drepturi decât are el însuși.” (*nemo dat quod non habet*). Dacă în contractul încheiat între reclamant și pârât s-ar fi stipulat că pârâtul vânzător se angajează să dobândească proprietatea asupra acțiunilor la o dată ulterioară, actul ar fi putut fi socotit ca valabil. Într-o astfel de ipoteză, neîndeplinirea până la data convenită a obligației de dobândire a acelor acțiuni ar fi îndreptățit reclamantul la desființarea actului pe calea rezoluțiunii. În speță însă, înțelegerea dintre părți a cuprins transferul imediat al dreptului de proprietate, reclamantul fiind în eroare cu privire la lipsa calității de proprietar a pârâtului înstrăinător, ceea ce îi dă dreptul la anularea actului.

Conform art. 1230 C.civ., *bunurile unui terț pot face obiectul unei prestații*, debitorul fiind obligat să le procure și să le transmită creditorului sau, după caz, să obțină acordul terțului. Totodată, conform art. 1683 C. civ., *vânzarea bunului altuia* este valabilă vânzătorul fiind obligat să asigure transmiterea dreptului de proprietate de la titularul său către cumpărător, fie prin dobândirea de către acesta a bunului, fie prin ratificarea vânzării de către proprietar, fie prin orice alt mijloc, direct ori indirect, care procură cumpărătorului proprietatea asupra bunului. Aceste prevederi presupun însă cunoașterea de către cumpărător a faptului că, la data încheierii actului, vânzătorul nu este încă proprietar și acceptarea angajamentului acestuia că va depune toate diligențele să procure în viitor proprietatea pentru cumpărător. Rezultă deci că nefiind acesta cazul în speță, motivul pe care poate să îl invoce reclamantul în desființarea actului nu este rezoluțiunea, respectiv incidența evicțiunii, ci nulitatea actului. Pierderea calității de

proprietar a vânzătorului s-a realizat ca urmare a desființării contractului prin care el dobândise anterior acțiunile de la pârâtul MV.