

ANALELE TIIN IFICE
ALE
UNIVERSIT II “ALEXANDRU IOAN CUZA”
DIN IA I
(SERIE NOU)

TIIN E JURIDICE

TOM LXII

Nr. I - 2016

EDITURA UNIVERSIT II “ALEXANDRU IOAN CUZA”
IA I

COLEGIUL DE REDACŢIE

Redactor-ef	Profesor dr. Tudorel TOADER
Director tiinific	Profesor dr. Carmen Tamara UNGUREANU
Comitet de redacŃie	ConferenŃiar dr. Marius Nicolae BALAN ConferenŃiar dr. Ioana Maria COSTEA
Secretar tehnic de redacŃie	Mariana PETCU
Dezvoltare pagin Web	Ciprian ICHIM

ISSN 1221-8464

CUPRINS

CARMEN TAMARA UNGUREANU, <i>Lex mercatoria</i> în contractele de comerț internațional	5
LUCIA IRINESCU, O nouă lege a adopției: o șansă în plus spre o familie fericită (II).....	29
NICOLAE-HORIA ȚIT, Considerații cu privire la condițiile intrinseci ale cererii de executare silită	41
OLGA ANDREEA URDA, PFA, SRL sau SRL? O alegere dificilă pentru micul întreprinzător	55
MIHAI DUNEA, Observații referitoare la impactul produs asupra unor instituții generale ale dreptului penal de modificările aporțate prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 18/2016.....	63
ANDA CRIU-CIOCÎNT, Latura subiectivă - element esențial pentru delimitarea infracțiunilor contra vieții de infracțiunile contra integrității corporale sau sentimentale. Cazuri și soluții practice	101
OLGA ANDREEA URDA, Agențiile și oficiile europene pentru spațiul de libertate, securitate și justiție.....	117
CLAUDIU GEORGE PUPĂZAN, Cauzele care determină infracționalitatea în rândul primarilor	129
ANDA CRIU-CIOCÎNT, Cauzele și soluțiile în malpraxis medical. Răspundere penală	137
IOANA MARIA COSTEA, Considerații privind compensarea ca modalitate de stingere a creanțelor fiscale	155
DAN CONSTANTIN MĂȚĂȘ, Evoluții recente în procesul de codificare a normelor dreptului administrativ român	165
CARMEN MOLDOVAN, Succinte considerații referitoare la propunerea României de înființare a unei instanțe internaționale în materie de terorism	175
ANDRA IFTIMIEI, Aspecte jurisprudențiale de drept comparat privind limitele de manifestare a libertății religioase	187

TABLE OF CONTENTS

CARMEN TAMARA UNGUREANU , <i>Lex mercatoria</i> in international trade contracts	5
LUCIA IRINESCU , A new law of adoption: another chance towards a happy family (II).....	29
NICOLAE-HORIA ȚIT , Consideration regarding intrinsic conditions of the enforcement application.....	41
OLGA ANDREEA URDA , Authorized individual, sole proprietorship, limited liability company? A difficult choice that the small entrepreneur is facing.....	55
MIHAI DUNEA , Comments on the impact caused by the Government Emergency Ordinance no. 18/2016 upon some general criminal law institutions.....	63
ANDA CRI U-CIOCÎNT , The subjective aspect – an essential element that makes the difference between the offences against life and the offences against body integrity or health. Cases and practical solutions	101
OLGA ANDREEA URDA , European agencies and offices for the area of freedom, security and justice.....	117
CLAUDIU GEORGE PUP ZAN , Causes that determine criminality among mayors.....	129
ANDA CRI U-CIOCÎNT , Causes and solutions in medical malpractice. Criminal liability.....	137
IOANA MARIA COSTEA , Considerations on compensation as a way of extinction of tax claims.....	155
DAN CONSTANTIN MĂȚ , Recent developments in the codification of the rules of Romanian administrative law.....	165
CARMEN MOLDOVAN , Brief remarks on Romania’s proposal to establish an international court on terrorism	175
ANDRA IFTIMIEL , Aspecte jurisprudențiale de drept comparat privind limitele de manifestare a libertății religioase	187

**LEX MERCATORIA ÎN CONTRACTELE DE COMERȚ
INTERNAȚIONAL**

**LEX MERCATORIA IN INTERNATIONAL TRADE
CONTRACTS**

CARMEN TAMARA UNGUREANU¹

Rezumat: *Lex mercatoria* reprezintă un corp de reguli nestatale, care poate fi folosit ca lege aplicabilă unui contract de comerț internațional, cu condiția ca litigiile între părțile contractante să fie soluționate pe calea arbitrajului. Pentru analiza aplicării *lex mercatoria* sunt clarificate, mai întâi, problemele referitoare la limitele alegerii de către părți a legii aplicabile și a noțiunii de *lex mercatoria* iar, apoi, sunt tratate două situații posibile: situația în care părțile contractante au ales ca lege aplicabilă contractului lor, *lex mercatoria*, fie ca unică lege, fie ca norme complementare unei legi naționale; situația în care părțile nu au ales legea aplicabilă, iar instanța arbitrală desemnată aplică pentru fondul litigiului *lex mercatoria*.

Cuvinte cheie: *lex mercatoria*, arbitraj internațional, legea aplicabilă

Abstract: *Lex mercatoria* is a body of a-national rules, which can be used as the applicable law to an international contract, provided that disputes between the contracting parties shall be settled by arbitration. To analyze the application of *lexmercatoria* are clarified, first, issues relating to the limits of choice by the parties of the applicable law and the concept of *lexmercatoria* and, then, are treated two possible situations: the situation in which the contracting parties have chosen *lexmercatoria* as the applicable law to their contract, either as the only applicable law, or as complementary rules to a national law; the situation in which the parties have not chosen the applicable law and the arbitral tribunal applies *lex mercatoria* for the merits of the dispute.

Keywords: *lex mercatoria*, international arbitration, applicable law

¹ Profesor univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept,
email: carmen.ungureanu@uaic.ro

Introducere

Atunci când operatorii de comerț internațional încheie un contract, îi asumă riscuri. Unul dintre aceste riscuri este incertitudinea juridică sau, altfel spus, riscul de a fi obligați să se supună prevederilor unei legi pe care nu o cunosc, sau care conține dispoziții nefavorabile lor². Pentru a reduce acest risc, părțile contractante, potrivit principiului autonomiei de voință, pot alege legea aplicabilă contractului lor.

În operațiunea de alegere a legii, se ridică anumite întrebări care privesc limitele acestei alegeri. Astfel, părțile au o libertate nelimitată sau au posibilitatea să aleagă numai dintre legile cu care contractul lor are o oarecare legătură? Poate fi aleasă doar o „lege” care aparține unei ordini juridice statale sau pot fi desemnate și „reguli de drept”/norme naționale/norme transnaționale/principii generale de drept sau, într-un cuvânt, *lex mercatoria*?

În cazul în care părțile contractante nu au acționat pentru reducerea riscului incertitudinii juridice, din diferite motive, nu au ales legea aplicabilă contractului, cine o va desemna și în funcție de care criterii?

De regulă, instanța sesizată cu soluționarea litigiului va stabili legea aplicabilă fondului acestuia. Conform regulilor de drept internațional privat, instanța statală va determina legea aplicabilă utilizând normele conflictuale ale forului. Va putea considera *lex mercatoria* ca lege aplicabilă? Dacă părțile au încheiat o convenție de arbitraj, instanța arbitrală nu este, de regulă, obligată să apeleze la normele conflictuale pentru desemnarea legii aplicabile. În acest caz, este posibil să indice *lex mercatoria* ca lege aplicabilă pentru soluționarea litigiului?

Pentru a răspunde la aceste întrebări și pentru o analiză comprehensibilă a aplicării *lex mercatoria*, este nevoie, mai întâi, de clarificarea unor probleme (1), referitoare la limitele alegerii de către părți a legii aplicabile (1. 1) și a noțiunii de *lex mercatoria* (1. 2). Vor fi analizate, apoi, două cazuri: cazul în care părțile contractante au ales ca lege aplicabilă contractului lor, *lex mercatoria*, fie ca unică lege, fie ca normă complementară unei legi naționale (2); cazul în care părțile nu au ales legea aplicabilă, iar instanța arbitrală desemnată aplică pentru fondul litigiului *lex mercatoria* (3).

² A se vedea, J. F. Coyle, *Rethinking the Commercial Law Treaty*, în *Georgia Law Review*, vol. 45, nr. 2/2011, p. 345, [Online] la: <http://ssrn.com/abstract=1582898>, accesat la 5 martie 2016.

1. Clarificări

1.1. Limitele alegerii de către părți a legii aplicabile.

Alegerea legii aplicabile se întemeiază pe principiul autonomiei de voință.

Principiul autonomiei de voință este recunoscut în multe legislații³. În dreptul privat intern, principiul autonomiei de voință este fondat pe libertatea contractuală, cu respectarea normelor imperative. Părțile pot încheia orice convenție, cu obligația de a respecta ordinea publică în dreptul intern (adică regulile imperative) și bunele moravuri⁴. În comerțul internațional, acest principiu se distinge de libertatea contractuală din dreptul intern, fiind o regulă conflictuală care permite părților contractante să aleagă legea aplicabilă contractului lor⁵.

Fie că autonomia de voință operează în dreptul intern, fie în dreptul comerțului internațional, este recunoscută, întotdeauna, de norme statale, naționale⁶.

Numai o lege națională poate sta la baza autonomiei de voință a părților și poate determina condițiile și limitele exercitării acesteia⁷. Dacă părțile încheie un contract în care consideră că au inclus toate dispozițiile necesare și îl numesc autonom, ceea ce face ca respectivul contract să fie obligatoriu pentru părți și clauzele contractuale să fie executate, nu este nici autonomia de voință a părților și nici voința însăși a acestora. Ceea ce îl face

³ Există și excepții, de la aplicarea acestui principiu, de exemplu în anumite state din America Latină și America de Sud, cum este Brazilia; pentru detalii, a se vedea, M. M. Albornoz, *Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems*, în *Journal of Private International Law*, vol. 6, nr. 1/2010, pp. 23-58; N. de Araujo, F. Saldanha, *Recent developments and current trends on Brazilian Private International Law concerning International Contracts*, în *Panorama of Brazilian Law*, vol. 1, nr. 1/2013, pp. 73-83, [Online] la: www.panoramaofbrazilianlaw.com/.../BrLa, accesat la 16 martie 2016.

⁴ A se vedea și J. -Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Etablissements Emile Brulant, Bruxelles, 1992, pp. 132 - 133; M. V. Jakot, *Drept internațional privat*, vol. II, Editura Fundației Chemarea, Iași, 1997, pp. 187 - 188.

⁵ A se vedea, I. P. Filipescu, *Drept internațional privat*, vol. II, Editura Actami, București, 1997, p. 83.

⁶ În text vor fi folosite alternativ noțiunile de „lege statală”, „lege națională”, „drept național” cu același sens, acela de lege care aparține unei ordini juridice statale, naționale.

⁷ A se vedea, Fouchard, Gaillard, Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Edited by E. Gaillard and J. Savage, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 1999, p. 786.

obligatoriu, este posibilitatea unei părți contractante de a apela la o instanță statală sau arbitrală pentru a o determina pe cealaltă parte contractant să se supună prevederilor contractuale. Această coerciție este monopolul statului și se reflectă în legi⁸.

Intervenția statului nu este necesară și contractul părților poate fi privit ca un contract „fără lege”, supus oricăror prevederi considerate părțile ca sunt potrivite intereselor lor, în cazul în care executarea contractului are loc fără incidente. Dacă părțile își execută în mod voluntar obligațiile, contractul scapă controlului statului. Poate exista un asemenea contract? Răspunsul este afirmativ. O mare parte a raporturilor contractuale internaționale se desfășoară conform înțelegerii părților.

Când regulile sunt încălcate și se creează neînțelegeri între părți, acestea trebuie soluționate.

Dacă este sesizată o instanță statală pentru soluționarea litigiului, atunci intervenția statului în contractul părților este evidentă. Dacă părțile aleg o instanță arbitrală, atunci statul poate interveni într-un mod atenuat, numai în caz de nevoie și la cerere: pe parcursul procedurii arbitrale, atunci când una dintre părți solicită anularea hotărârii arbitrale, precum și în faza executării hotărârii arbitrale, dacă partea obligată la executare, refuză executarea voluntară⁹.

Oricât de detaliat ar fi elaborat un contract, nu este posibil ca acesta să acopere toate situațiile care se pot ivi în practică la executarea acestuia. De aceea, părțile contractante, de regulă, includ în contractul lor o clauză prin care aleg legea aplicabilă. Normele supletive din legea aleasă vor reglementa situațiile pe care părțile nu le-au avut în vedere și deci nu le-au cuprins în clauzele contractuale. Izvorul puterii lor de a alege este dreptul național¹⁰.

⁸ A se vedea, Symeonides S. C., *Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't*, (November 19, 2006), p. 7, [Online] la: <http://ssrn.com/abstract=946007> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.946007>, accesat la 1 aprilie 2016.

⁹ A se vedea în acest sens, de exemplu, prevederile din Codul de procedură civilă român (Legea 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicat în Monitorul Oficial nr. 247 din 10 aprilie 2015) referitoare la arbitrajul internațional: art. 1. 114, 1. 117, 1. 118, 1. 121, 1. 124-1133.

¹⁰ A se vedea, G. Cuniberti, *Three Theories of Lex Mercatoria*, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 52, nr. 1/2013, p. 375, University of Luxembourg Law Working Paper No. 2013-1, [Online] la: <http://ssrn.com/abstract=2244349>, accesat la 23 martie 2016.

Libertatea de a alege legea aplicabil este supus unor limite.

Limitele și eficacitatea clauzei de alegere a legii, atunci când limitele sunt respectate, depind de instanța care soluționează litigiul, *statal sau arbitral* :

- În unele legislații, părțile pot alege doar o lege națională care are o oarecare legătură cu contractul încheiat; de exemplu, în Statele Unite ale Americii (în continuare, SUA), *instanțele statale* nu recunosc clauze de alegere a legii aplicabile, atunci când legea națională aleasă nu are o legătură substanțială sau rezonabilă cu contractul¹¹. Instanțele arbitrale, însă, nu sunt ținute de această limită; în mai multe state din SUA normele de arbitraj comercial internațional au la bază *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*¹², care permite părților să aleagă orice lege, inclusiv *lex mercatoria*, ca lege aplicabilă contractului lor; dar, *Federal Arbitration Act*, o reglementare veche din 1925, se aplică cu prioritate față de legile naționale ale statelor din federație¹³.

- În multe legislații, care recunosc autonomia de voință ca normă conflictuală, se stabilește că părțile pot alege o „lege” națională (indiferent dacă are sau nu o legătură cu contractul); acesta este în cazul statelor din Uniunea Europeană (în continuare, UE), în care este aplicabil Regulamentul Roma I cu privire la legea aplicabilă obligațiilor contractuale¹⁴. Această limită privește, însă, situația în care litigiul referitor la contract este soluționat de instanțele statale.

¹¹ A se vedea, J. F. Coyle, *op. cit.*, p. 346; Mo Zhang, *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law*, în *Emory International Law Review*, vol. 20/2006, pp. 511-562, [Online] la:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084331, accesat la 1 martie 2016.

¹² *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* a reprezentat legea model pe care s-a bazat legislația adoptată în 72 de state din lume, printre care și anumite state din SUA (California, Connecticut, Florida, Georgia, Illinois, Louisiana, Oregon, Texas); în acest sens, a se vedea, [Online] la: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html accesat la 11 aprilie 2016.

¹³ Pentru detalii, a se vedea, Ch. R. Drahozal, *Federal Arbitration Act Preemption*, în *Indiana Law Journal*, vol. 79/2004, pp. 393-425, [Online] la:

http://ilj.law.indiana.edu/articles/79/79_2_Drahozal.pdf, accesat la 15 aprilie 2016.

Deoarece problema ordinii aplicării legilor într-un stat federal, în special SUA, este complexă și presupune un studiu amănunțit, excede lucrării de față și deci nu va fi dezvoltată în acest articol.

¹⁴ Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I), publicat în J. O., L 177 din 4. 07. 2008.

Instanțele arbitrale, reprezentând o justiție privată, nu sunt obligate să aplice Regulamentul. În legislația UE nu există, în prezent, reglementări uniforme cu privire la arbitraj; fiecare stat membru are norme proprii. În legislațiile naționale referitoare la arbitrajul internațional există prevederi conform cărora părțile pot alege o lege națională sau „reguli de drept”, acestea din urmă fiind considerate echivalente cu *lex mercatoria*.

Care sunt limitele alegerii legii aplicabile conform legislației din România?

În România, ca stat membru al UE, este aplicabil Regulamentul Roma I. *Instanțele statale* sunt obligate la aplicarea directă a acestuia. Astfel, în art. 2640 C. civ. român¹⁵ se prevede că legea aplicabilă obligațiilor contractuale se determină potrivit reglementărilor dreptului UE, iar în materiile care nu intră sub incidența reglementărilor UE sunt aplicabile dispozițiile din Codul civil privind legea aplicabilă actului juridic. Conform Codului civil român, legea aplicabilă este legea aleasă de către părți [art. 2637 alin. (1)]. Potrivit dreptului UE, „contractul este guvernat de legea aleasă de către părți” [art. 3 alin. (1) din Regulamentul Roma I].

Din textul art. 3 alin. (1) din Regulamentul Roma I, ca de altfel și din art. 2637 alin. (1) C. civ. român, reiese recunoașterea supremației legii, în sensul că părțile pot să aleagă ca lege aplicabilă contractului numai o lege care aparține ordinii juridice a unui stat¹⁶.

Faptul că în expunerea de motive a Regulamentului (la punctele 13 și 14) se precizează că Regulamentul nu înlătură posibilitatea părților de a include printr-o mențiune de trimitere în contractul lor un *corp de norme nestatale* sau o *convenție internațională*, nu înseamnă recunoașterea calității acestor norme de „lege” aplicabilă contractului, ci ele vor fi simple prevederi contractuale, care vor fi supuse legii naționale care reglementează contractul¹⁷.

¹⁵ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în Monitorul Oficial nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁶ A se vedea, P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Editura Montchrestien, Ediția a 9-a, Paris, 2007, pp. 532-534.

¹⁷ A se vedea, A. Oprea, *Observații privind principiul autonomiei voinței în dreptul internațional privat al contractelor*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 5/2012, pp. 105-107. Această încorporare nu este, însă, întotdeauna benefic pentru părțile. De exemplu, dacă se încorporează în contract Principiile UNIDROIT, este posibil ca acestea să intre în conflict cu prevederi din legea națională aplicabilă contractului. Un asemenea caz s-ar putea ivi cu ocazia

Textul art. 3 alin. (1) din Regulamentul Roma I și art. 2637 C. civ. rom. nu precizează că între legea aleasă și contract să existe vreo legătură. Partile pot alege orice lege, care corespunde cel mai bine intereselor lor comune, fără a justifica motivele alegerii ei. Această libertate de alegere este direct conectată cu interesele comerțului internațional¹⁸.

Limita impusă părților în alegerea unei legi care aparține unei ordini juridice se prezintă în normele din Codul român de procedură civilă care reglementează *arbitrajul internațional*. În art. 1120 C. pr. civ. român se prevede că *tribunalul arbitral* aplică litigiului *legea stabilită de părți*. Această normă nu este, însă, imperativă, ceea ce înseamnă că părțile pot deroga de la ea.

1. 2. Ce este *lex mercatoria*?

Dacă părțile, folosind autonomia lor de voință, aleg *lex mercatoria*, se pune problema ce înseamnă *lex mercatoria*.

Mai întâi, este posibil ca părțile să nu folosească noțiunea de *lex mercatoria* ca atare, ci alte noțiuni considerate echivalente. În literatura juridică, pentru a desemna *lex mercatoria*, se utilizează termeni precum *drept transnațional*, *norme a-naționale*, *principii generale de drept*. Nu există un consens cu privire la denumire, nici la componența *lex mercatoria*, nici cu privire la definiția acesteia și nici cu privire la posibilitatea ca aceasta să fie utilizată ca lege aplicabilă unui contract de comerț internațional.

La origine, în perioada medievală și a Renașterii, *lex mercatoria*, după unii autori, reprezenta un corp de reguli și principii create și utilizate de comercianți pentru reglementarea raporturilor dintre ei¹⁹. Această creație le permitea să soluționeze disputele și să execute deciziile prin amenințarea cu boicotul și excluderea²⁰. Alți autori, critici ai ideii de *lex mercatoria*, au

adaptării judiciare a contractului în caz de impreviziune, adaptare care este recunoscută de Principiile UNIDROIT, dar care ar putea contraveni unor dispoziții din legea națională, deoarece impreviziunea nu este recunoscută în toate legislațiile. A se vedea, în acest sens, M. Petsche, *The application of transnational law (Lex Mercatoria) by domestic courts*, în *Journal of Private International Law*, vol. 10, nr. 3/2014, p. 498.

¹⁸ A se vedea, P. Stone, *EU Private International Law*, Second Edition, Editura Edward Elgar Publishing, 2010, Cheltenham, UK, p. 301.

¹⁹ A se vedea, R. Goode, H. Kronke, E. McKendrick, *Transnational Commercial Law. Texts, Cases and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, 2015, 1. 21.

²⁰ A se vedea, B. L. Benson, *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, în *Southern Economic Journal*, vol. 55, nr. 3/1989, p. 649.

apreciat că nu a existat un asemenea sistem de reguli private, ci doar uzanțe care au fost încorporate în legi și au condus la formarea legilor comerciale moderne²¹.

Această idee de ordine juridic special creat de și pentru comercianți a fost reluat în anii 1960, sub forma noii *lex mercatoria* (sau *New Law Merchant*). „Prinții” *lex mercatoria* sunt considerați a fi Berthold Goldman și Clive Schmitthoff²². Aceștia, în anii 1960, au arătat că *lex mercatoria* se distinge prin caracteristicile ei esențiale, care constau în originea ei privată și în ideea că *lex mercatoria* a fost creată pentru comunitatea internațională a comercianților, de către comunitatea internațională a comercianților²³. Dreptul național nu poate reglementa multe probleme specifice comerțului internațional, au arătat aceștia. Dreptul internațional privat prin normele sale conflictuale conduce la incertitudine. Comunitatea internațională a comercianților are nevoie de reguli uniforme, care să corespundă necesităților și așteptărilor acestora²⁴.

În literatura juridică s-a exprimat și opinia²⁵ că noua *lex mercatoria* este similară Codului Piraților din Caraibe²⁶. În filmul *Pirates of the Caribbean: Curse of the Black Pearl* din 2003 se fac referiri repetate la Codul lui Brethren, elaborat de pirații Morgan și Bartholomew, unele versiuni ale acestuia existând în realitate. Codul Piraților (*Pirata Codex*) era privit ca un set de reguli folosite de pirați pentru reglementarea conduitei și raporturilor

²¹ A se vedea, Ch. R. Drahozal, *Contracting out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant*, în *Notre Dame Law Review*, 2005, pp. 526-528, [Online] la: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol80/iss2/4>, accesat la 1 martie 2016.

²² A se vedea, E. Gaillard, *Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules*, în *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 208; N. E. Hatzimihail, *The many lives – and faces – of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, nr. 3/2008, p. 169 și urm.

²³ A se vedea, M. Petsche, *op. cit.*, p. 491.

²⁴ A se vedea, C. Wasserstein Fassberg, *Lex Mercatoria-Hoist with Its Own Petard?* în *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, nr. 1/2004, p. 68.

²⁵ A se vedea, Ch. R. Drahozal, *The Making of the Award: Comments on Case Law Developments Under the UNCITRAL Model Law*, în *International Arbitration Law Review*, vol. 8/2005, p. 186, [Online] la: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1888575, accesat la 10 aprilie 2016.

²⁶ Pentru detalii, a se vedea, [Online] la: http://pirates.wikia.com/wiki/Code_of_the_Pirate_Brethren, accesat la 2 aprilie 2016.

dintre aceia, cum era regula potrivit căreia prada se împărțea în mod egal și just între pirai²⁷, adică un fel de *lex mercatoria*. Deosebirea între Codul Piraților (*lex mercatoria* piraterească) și *lex mercatoria* utilizat de operatorii de comerț internațional constă în modalitatea de soluționare a neînțelegerilor ivite cu ocazia aplicării lor: între pirai neînțelegerile se soluționau prin utilizarea forței și a autorității capitanei, pe când între comercianți disputele se rezolvă prin metode amiabile, pe calea arbitrajului ori pe cale judecătorească.

Alți autori, într-un studiu publicat în 1996, au arătat că *lex mercatoria* a fost creată în anii 1960 de un grup de arbitri europeni (referindu-se la Goldman și Schmitthoff) în ideea de a le da totală libertate și discreție în soluționarea litigiilor dintre corporațiile de petrol din Vest și noile state independente din lumea a treia²⁸. Întrucât în aceste litigii, părțile erau statele, legea aplicabilă era o problemă delicată, nici una dintre ele nefiind dispus să accepte legea națională a celeilalte. În aceste condiții, fostele colonii au acceptat principiile generale de comerț internațional (adică *lex mercatoria*) ca lege aplicabilă disputelor lor.

Indiferent de rezultatul disputei doctrinare cu privire, atât la originea *lex mercatoria* medievale, cât și a celei contemporane, este incontestabil faptul că *lex mercatoria* există, funcționează și se aplică. *Lex mercatoria* este larg acceptată: părților contractante le este permis să aleagă *lex mercatoria* ca lege aplicabilă contractului lor; arbitrii soluționează litigiile de comerț internațional aplicând *lex mercatoria*; statele permit arbitrajului internațional o largă autonomie, admitând executarea hotărârilor arbitrale fără a cerceta fondul (adică fără a cerceta dacă legea aplicată a fost o lege națională sau a fost *lex mercatoria*)²⁹.

Lex mercatoria are semnificații diferite pentru persoane diferite. Ar putea fi reținute trei semnificații majore³⁰:

²⁷ A se vedea, Ch. R. Drahozal, *The Making of the Award*. . . *op. cit.*, p. 186.

²⁸ A se vedea, Y. Dezalay, B. G. Garth, *Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, 1996, p. 89 și urm.; G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 406.

²⁹ A se vedea, G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 374.

³⁰ A se vedea, Ch. R. Drahozal, *Busting Arbitration Myths*, în *Kansas Law Review*, vol. 56, nr. 3/2008, p. 670 (nota de subsol 44), [Online] la: <http://ssrn.com/abstract=1878007>, accesat la 2 aprilie 2016.

- *Lex mercatoria* este o ordine juridic autonom , creat spontan de p rțile implicate în relațiile economice internaționale i care exist independent de ordinele juridice naționale. Aceast abordare este cea mai ambițioas i aparține celor mai mari susțin tori ai *lex mercatoria*. Pentru ca *lex mercatoria* s fie o ordine juridic privat i autonom este necesar s îndeplineasc toate caracteristicile unei ordini juridice³¹, adic integralitate, caracter structurat, capacitatea de a evolua i predictibilitate; de i unui autori afirm c *lex mercatoria* îndepline te aceste caracteristici, alții demonstreaz contrariul³².

- *Lex mercatoria* este un corp de reguli în m sur s soluționeze un litigiu, operând ca o alternativ la o lege național .

- *Lex mercatoria* nu semnific altceva decât consolidarea gradual a uzanțelor comerciale internaționale i poate fi folosit doar în completarea unei legi naționale i nu în loc de legea național aplicabil contractului³³.

Oricare ar fi semnificația noțiunii, se pune întrebarea ce conține *lex mercatoria*? În literatura juridic , pentru a determina conținutul *lex mercatoria* se utilizeaz dou metode: metoda listei i metoda funcțional .

Adeptii metodei listei consider c *lex mercatoria* medieval era compus din principiile bunei credințe, reciprocității i nediscriminării între comercianții locali i cei str ini. În prezent, *lex mercatoria* înseamn un num r de principii i reguli, veritabile *jus gentium*, pentru raporturile private³⁴. Unii autori consider c *lex mercatoria* este constituit atât din uzanțe, cât i din principii generale³⁵. Alți autori trateaz separat uzanțele de principiile generale, considerând c nu se confund ³⁶. *Lex mercatoria* are în componenț reguli *materiale* de drept transnațional; nu conține norme conflictuale.

³¹ A se vedea, E. Gaillard, *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?*, în *Arbitration International*, vol. 17, nr. 1/2001, p. 65 i urm.

³² A se vedea, A. F. M. Manriruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?* în *American University International Law Review*, vol. 14, nr. 3/1999, p. 670.

³³ A se vedea i, M. Petsche, *op. cit.*, p. 490; J. Paulsson, *La Lex Mercatoria dans l'Arbitrage C. C. I.*, în *Revue de l'Arbitrage*, 1990, p. 58.

³⁴ A se vedea, C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, Editura Presses Universitaires de Frances, Paris, 2013, p. 83.

³⁵ A se vedea, J. -B. Racine, F. Siiriainen, *Droit du commerce international*, Ediția a 2-a, Editura Dalloz, Paris, 2011, apud, Catherine Kessedjian, *op. cit.*, p. 83.

³⁶ A se vedea, C. Kessedjian, *op. cit.*, p. 83.

Profesorul Klaus Peter Berger a încercat să facă o codificare a principiilor și regulilor care reprezintă *lex mercatoria*, reunindu-le în renumita „*creeping list*”. Acestea au fost 39 la început, pentru că în 2010 s-a depășit 100³⁷.

Alți autori³⁸ consideră că *lex mercatoria* este formată din două categorii de principii³⁹:

principii care privesc *loialitatea* în contractele de comerț internațional, și anume:

- interdicția de a invoca lipsa de competență a negociatorului (prezumpția de competență a operatorilor de comerț internațional, ceea ce contribuie la siguranța tranzacțiilor);
- interdicția de a se contrazice în detrimentul altuia (ceea ce în sistemul *common law*, de unde provine, se numește *estoppel*)⁴⁰;
- *contra proferentem* (împotriva celui care propune) reprezintă o regulă de interpretare a termenilor sau clauzelor ambigue, îndoielnice din contract, care stabilește că acestea vor fi interpretate împotriva celui care le propune;
- buna credință ;
- obligația de informare;
- interdicția de corupție;
- obligația de a minimiza prejudiciul;
- obligația de cooperare;

principii care privesc *eficacitatea* contractelor de comerț internațional, și anume:

- *pacta sunt servanda*⁴¹;
- obligația de renegociere în caz de impreviziune (*hardship*);

³⁷ A se vedea, K. P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Second Edition, Kluwer Law International, 2010.

³⁸ A se vedea, C. Kessedjian, *op. cit.*, p. 84.

³⁹ A se vedea și C. T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional. Contracte de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2014, pp. 9-10.

⁴⁰ Pentru detalii, a se vedea, A. C. Ciurea, *Despre teoria estoppel sau noi instrumente de filtrare a acțiunilor în justiție*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 4 /2012.

⁴¹ Pentru o analiză detaliată a principiului *pacta sunt servanda* în comerțul internațional, a se vedea, B. Bramban, *Le principe pacta sunt servanda en droit du commerce international. Étude critique d'un principe de droit transnational*, 2013, teză de doctorat, [Online] la: <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/95/61/71/PDF/2013NICE0047.pdf>, accesat la 8 august 2014.

- forța major ;
- excepția de executare;
- efectul util.

Adeptii metodei funcționale, începând cu creatorul acesteia, profesorul Emmanuel Gaillard, consideră că *lex mercatoria* trebuie folosită ca o metodă și nu ca o listă de reguli. Această abordare constă în aceea că, într-un caz dat, soluția trebuie să se bazeze nu pe legea indicată de norma conflictuală tradițională, ci pe analiza comparativă a legilor cu care contractul litigios prezintă legături, analiză care îi va îndrepta pe arbitri să aplice regula cea mai larg acceptată, în toate aceste ordini juridice, în opoziție cu o lege națională, care poate conține prevederi puțin recunoscute și acceptate în practica de comerț internațional⁴².

Folosirea *lex mercatoria* ca metodă și nu ca listă are avantajul de a elimina critica referitoare la caracterul limitat al listei. O listă, oricât de exhaustivă ar fi, nu poate cuprinde toate principiile generale de comerț internațional. De asemenea, există mai multe liste, astfel încât arbitrii ar putea fi puși în situația să soluționeze un conflict de liste⁴³, în loc de un conflict de legi⁴⁴. De exemplu, *hardship* are o semnificație diferită în Principiile UNIDROIT⁴⁵ și în Principiile Lando⁴⁶.

2. Cazul în care părțile contractante aleg ca lege aplicabilă contractului lor *lex mercatoria*.

2. 1. De ce părțile aleg *lex mercatoria*?

Care este motivul pentru care părțile contractante ar putea să preferă *lex mercatoria* și nu o lege națională? Un răspuns posibil ar fi reducerea

⁴² A se vedea, E. Gaillard, *Transnational Law...*, *op. cit.*, pp. 62-63.

⁴³ Totuși listele sunt utile. Dacă nu se pune problema mai multor liste care se contradic între ele, arbitrii le pot utiliza pentru soluționarea litigiilor.

⁴⁴ A se vedea, E. Gaillard, *Transnational Law...*, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁵ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, [Online] la: <http://www.UNIDROIT.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>, accesat la 12 martie 2016.

⁴⁶ The Principles Of European Contract Law, [Online] la: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/toc.html>, accesat la 10 martie 2016. A se vedea comparativ art. 6. 2. 1. -6. 2. 3. din Principiile UNIDROIT și art. 6. 111 din Principiile Lando.

costurilor⁴⁷. Astfel, în cazul în care aleg o lege națională, aceste costuri, care constau în resursele alocate pentru studiul legii de către avocați, interpretarea legii, pentru analiza jurisprudenței referitoare la tipul de contract încheiat, precum și cu privire la redactarea și negocierea clauzei contractuale care conține legea aleasă, sunt mult mai mari decât costurile pentru încheierea unui contract intern (adică un contract care se încheie și își produce efectele pe teritoriul unui singur stat, fără a exista nici un element de extraneitate). În plus, legea aleasă va fi străină pentru cel puțin una dintre părțile contractante. Prin urmare, încheierea unui contract internațional presupune costuri suplimentare datorită absenței unei legi internaționale a contractelor. Dacă o asemenea lege ar exista și s-ar aplica automat, părțile nu ar trebui să se mai preocupe de legea aplicabilă contractului lor și astfel s-ar reduce costurile⁴⁸. *Lex mercatoria* poate fi asimilată unei asemenea legi.

Un alt lucru spus, care pare evident, este acela că un set de reguli generate de comunitatea internațională a comercianților pentru ea însăși nu îi poate fi decât benefic și potrivit ca să-și satisfacă interesele.

Un alt lucru spus ar putea consta în nevoia de a reduce incertitudinea juridică. Contractele sunt instrumentele de bază pentru raporturile de comerț internațional. Părțile trebuie să cunoască în avans dacă prevederile contractuale sunt eficiente și care sunt normele supletive care se aplică în cazul în care lipsesc prevederi contractuale pentru o anumită situație. Atunci când părțile aleg o lege națională ca lege aplicabilă, aceasta conține norme supletive, care se vor aplica acolo unde contractul nu prevede; părțile trebuie să analizeze normele supletive și să constate dacă acestea sunt convenabile intereselor lor; altfel, să redacteze prevederi contractuale diferite de normele supletive. De asemenea, legea națională conține și norme imperative, care pot invalida prevederi contractuale sau care, în cel mai pesimist scenariu, pot anula contractul în întregime⁴⁹. De exemplu, multe părți contractante la un contract de vânzare internațional de mărfuri exclud aplicarea Convenției de

⁴⁷ A se vedea, J. Basedow, *Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective*, în *Uniform Law Review*, vol. XII, nr. 4/ 2007, p. 697 și urm.; G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 384.

⁴⁸ A se vedea, A. Stone Sweet, *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, în *Journal of European Public Policy*, 2006, pp. 627–646; Cuniberti G., *op. cit.*, p. 387.

⁴⁹ A se vedea G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 385.

la Viena din 1980⁵⁰, deoarece are norme prea vagi, care nu le confer certitudine și siguranță juridică⁵¹.

2. 2. Asigură *lex mercatoria* certitudine și siguranță juridică părților contractante?

Criticii *lex mercatoria* pretind că nu⁵². Conceptul de *lex mercatoria* este prea vag și lipsit de predictibilitate⁵³. *Lex mercatoria* nu asigură un sistem legal complet, principiile și regulile din conținutul său fiind prea vagi și lipsite de consistență⁵⁴. Este dificil de stabilit conținutul *lex mercatoria*⁵⁵. Incertitudinea *lex mercatoria* conduce la pericolul ca orice arbitru ori judecător să creeze formula sa personală a conceptului⁵⁶. Părțile contractante nu cunosc la momentul încheierii contractului lor care sunt regulile după care să-și dirijeze conduita. Această incertitudine creează o mai mare probabilitate de litigii între părți.

Unii autori⁵⁷ afirmă că părțile contractante sunt puțin interesate de *lex mercatoria* și, din datele disponibile, numai în 2% din cazuri părțile aleg ca lege aplicabilă *lex mercatoria*⁵⁸. Mult mai interesați decât părțile sunt arbitrii internaționali și teoreticienii⁵⁹. Aceștia recomandă părților *lex mercatoria* din diferite motive.

⁵⁰ Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri, încheiată la Viena la 11 aprilie 1980, la care România a aderat prin Legea nr. 24/1991, publicată în Monitorul Oficial nr. 54 din 19 martie 1991.

⁵¹ A se vedea, G. F. Coyle, *op. cit.*, pp. 365-366; G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 389.

⁵² Pentru o listă exhaustivă a autorilor care critică *lex mercatoria*, a se vedea, M. R. Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, p. 440 și urm.

⁵³ A se vedea, M. L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York, 2008, p. 60; Drahozal Ch. R., *Busting...* *op. cit.*, p. 671.

⁵⁴ A se vedea, K. P. Berger, H. Dubberstein, S. Lehmann, V. Petzold, *The Central Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration: Background, Procedure and Selected Results*, în Berger K. P. editor, *The Practice of Transnational Law*, Kluwer Law International, 2002.

⁵⁵ A se vedea, M. R. Sammartano, *op. cit.*, p. 422.

⁵⁶ A se vedea, *Idem*, p. 440.

⁵⁷ A se vedea, Ch. R. Drahozal, *Contracting out...* *op. cit.*, p. 537 și urm.

⁵⁸ A se vedea, G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 403.

⁵⁹ A se vedea, *Idem*, pp. 405-415.

Arbitrii prefer *lex mercatoria* pentru că le dă posibilitatea să nu aplice o lege națională cu care nu sunt familiarizați. Este posibil chiar ca arbitrii să nu fie juriști, ci experți, ceea ce face și mai dificil înțelegerea complexității și aplicarea unei legi naționale. De regulă, tribunalul arbitral este compus din trei arbitri de naționalități diferite, care fac parte din ordini de drept diferite. Dacă sunt juriști, fiecare va cunoaște legislația și aplicarea ei în statul de unde provine. Dacă tribunalul arbitral va aplica o lege națională, aceasta va fi străină pentru cel puțin doi dintre arbitri (poate fi și o lege „neutră”, străină pentru toți). Pentru a evita ca partea care pierde să pună problema competenței profesionale a arbitrilor sau chiar a alegerii arbitrajului pentru soluționarea litigiului, arbitrii aplică reguli vagi și slab definite, adică *lex mercatoria*⁶⁰. În acest mod nu li se poate imputa că legea națională nu a fost aplicată corect, în litera și spiritul ei. În plus, aplicând *lex mercatoria*, se sprijină piața de servicii internaționale de arbitraj⁶¹.

Teoreticienii scriu despre *lex mercatoria* ca să demonstreze cunoștințele lor în dreptul transnațional, ca potențiali arbitri ori avocați specializați în *lex mercatoria*, de care părțile pot ține seama la alegerea lor⁶².

Unele instituții de arbitraj internațional, care elaborează modele de contracte internaționale, sunt interesate ca în soluționarea litigiilor să se aplice *lex mercatoria*. De exemplu, International Chamber of Commerce (în continuare, ICC) recomandă părților, în modelele de contracte pe care le propune părților⁶³, alegerea *lex mercatoria*⁶⁴. ICC fiind o organizație privată nu poate elabora norme obligatorii, ci doar *soft law*⁶⁵. Prin utilizarea acestor

⁶⁰ A se vedea, G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 415.

⁶¹ *Idem* p. 405.

⁶² A se vedea, J. Kartton, *International Arbitration Culture and Global Governance*, în W. Mattli, Th. Dietz, editors, *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence* (Oxford University Press, 2014), [Online] la:

<http://ssrn.com/abstract=2363751> accesat la 1 aprilie 2016; Lalive P., *Sur une „commercialization” de l’arbitrage international*, [Online] la:

http://www.lalive.ch/data/publications/pla_Sur_une_Commercialisation_de_l_Arbitrage_International.pdf, accesat la 8 aprilie 2016; Cuniberti G., *op. cit.*, p. 405.

⁶³ De exemplu, în *The ICC Short Form Model Contracts. International Commercial Agency. International Distributorship*, ICC Publishing S. A., Paris, 2001, pp. 8-9 și p. 22.

⁶⁴ A se vedea, G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 425.

⁶⁵ Prin *soft law* se înțeleg normele care nu pot fi puse în executare cu ajutorul forței publice (coercitive a statului). Aceste norme pot proveni de la un guvern, de la organizații internaționale, instituții private, profesionale sau asociații profesionale ori de comerț; pentru

modele la scar larg se obține recunoașterea lor în comunitatea internațională a operatorilor de comerț internațional. Unele dintre modelele ICC, cum sunt Regulile INCOTERMS, sunt atât de mult utilizate, încât au fost recunoscute de unele instanțe statale ca uzanțe⁶⁶. Utilizarea *lex mercatoria* la ICC crește prestigiul instituției, aduce profituri acesteia și contribuie la dezvoltarea arbitrajului internațional.

2. 3. În care tip de contracte părțile prefer *lex mercatoria*?

De regulă, în contractele de stat⁶⁷, adică în contractele de investiții, încheiate între un stat (de primire) sau entități controlate de stat și un investitor străin, părțile pot conveni ca legea aplicabilă să fie *lex mercatoria*⁶⁸. Motivele acestei alegeri constau în faptul că nici una dintre părți nu este dispusă să accepte dreptul celeilalte ca lege aplicabilă contractului, pentru a se evita ca partea al cărei drept este ales să aibă avantaje față de cealaltă; de asemenea, în contractele pe termen lung, pe parcursul executării pot interveni schimbări radicale ale legislației statului de primire, iar *lex mercatoria* funcționează ca o clauză de stabilizare, schimbările intervenite în legislație (care *nu* este legea aplicabilă contractului) neafectând drepturile și obligațiile părților contractante.

În contracte de comerț internațional încheiate între operatori privați, părțile prefer, în mod frecvent, să aleagă o lege națională ca lege aplicabilă, sau o lege națională completată de principii și reguli care aparțin *lex mercatoria*⁶⁹. Părțile sunt interesate să aleagă o lege pe care o cunosc, care știu cum este interpretată, cu o jurisprudență care le oferă certitudinea

detalii, a se vedea, Kaufmann-Kohler G., *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, în *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, nr. 2/2010, p. 284 și urm.

⁶⁶ A se vedea, G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 428 și nota de subsol nr. 206.

⁶⁷ Art. 1 lit. o) din Legea nr. 590/2003 privind tratatele, publicată în Monitorul oficial al României Partea I, nr. 23 din 12 ianuarie 2004: prin „contract de stat se înțelege o înțelegere încheiată de către statul sau Guvernul român, precum și de ministere sau alte autorități ale administrației publice centrale cu alt stat, guvern, organizație internațională, respectiv cu instituții financiare sau alte entități care nu au calitatea de subiect de drept internațional în domeniul economic, comercial, financiar și în alte domenii și care nu este guvernată de dreptul internațional public.”

⁶⁸ A se vedea, M. L. Moses, *op. cit.*, pp. 62-63.

⁶⁹ A se vedea, Ch. R. Drahozal, *Contracting out... op. cit.*, pp. 546-548.

execuții⁷⁰. Numai atunci când nu pot ajunge la un acord cu privire la care lege națională să le reglementeze contractul (legea uneia sau alteia dintre părți ori chiar o lege „neutră” care nu are nici o legătură cu părțile sau cu contractul), părțile contractante pot decide ca *lex mercatoria* să le guverneze contractul, fie când trimitere, de exemplu, la Principiile UNIDROIT.

2. 4. Le este permis părților contractante să aleagă *lex mercatoria* ca lege aplicabilă contractului lor?

Răspunsul este afirmativ, atât timp cât părțile supun soluționarea litigiului dintre ele arbitrajului.

În multe legislații naționale care reglementează arbitrajul internațional există prevederi care permit părților să aleagă *lex mercatoria* ca lege aplicabilă contractului lor⁷¹. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*⁷² din 1985, revizuit în 2006, a reprezentat o sursă *soft law* încorporată în multe legislații naționale (nu și în reglementările din România)⁷³. În art. 28 (1) din *UNCITRAL Model Law* se prevede expres că părțile pot alege „reguli de drept” ca lege aplicabilă contractului. Noțiunea de „reguli de drept” a fost explicată în *Explanatory Note*⁷⁴ și reluată în *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*⁷⁵ în sensul că posibilitatea părților să aleagă nu numai o lege națională, ci și alte reguli de drept, de exemplu, reguli elaborate

⁷⁰ A se vedea, M. L. Moses, *op. cit.*, p. 70.

⁷¹ A se vedea, M. Petsche, *op. cit.*, p. 498.

⁷² Textul este disponibil [Online] la:

https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf, accesat la 2 aprilie 2016.

⁷³ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* a reprezentat legea model pe care s-a bazat legislația adoptată în 72 de state; în acest sens, a se vedea, [Online] la: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html accesat la 11 aprilie 2016.

⁷⁴ *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration*, la nr. 39, p. 33, [Online] la: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, accesat la 2 aprilie 2016.

⁷⁵ *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, p. 121, [Online] la: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/mal2012.html, accesat la 2 aprilie 2016.

de un forum internațional, care nu au fost încorporate într-un sistem de drept național.

Prevederi care permit părților să aleagă *lex mercatoria* există în legislații de arbitraj care nu au la bază *UNCITRAL Model Law*. De exemplu, în legislația franceză (art. 1511 C. proc. civ. franceză⁷⁶), în cea elvețiană (art. 187 din Legea de drept internațional privat elvețian)⁷⁷, în legislația engleză [art. 46(1)(b) din English Arbitration Act 1996]⁷⁸.

În regulile de arbitraj ale celor mai cunoscute și utilizate instituții de arbitraj internațional există dispoziții care permit părților contractante să aleagă *lex mercatoria*. Astfel, de exemplu, în art. 21(1) din regulile de arbitraj ale *International Chamber of Commerce (ICC)*⁷⁹, în art. 22(3) din regulile *London Court of International Arbitration (LCIA)*⁸⁰, în art. 28(1) din regulile *American Arbitration Association (AAA)*⁸¹, în art. 27(1) din regulile *Vienna International Arbitration Center (VIAC)*⁸² sunt dispoziții care dau dreptul părților să aleagă ca lege aplicabilă pentru soluționarea litigiului „reguli de drept”⁸³.

În Regulile de procedură arbitrală ale Curții de arbitraj comercial internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României,

⁷⁶ Conform art. 1511 C. proc. civ. franceză, tribunalul arbitral judecă litigiul conform regulilor de drept alese de către părți. Codul de procedură civilă franceză este disponibil [Online] la: http://codes.droit.org/cod/procedure_civile.pdf, accesat la 1 aprilie 2016.

⁷⁷ Art. 187 din Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 prevede că tribunalul arbitral judecă conform regulilor de drept alese de către părți. Textul legii este disponibil [Online] la: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/201407010000/291.pdf>, accesat la 1 aprilie 2016.

⁷⁸ Conform art. 46 (1) (b) din English Arbitration Act 1996, dacă părțile au consenzit de acord, tribunalul arbitral va soluționa litigiul în conformitate cu alte dispoziții (decât o lege națională). Textul legii este disponibil [Online] la:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>, accesat la 1 aprilie 2016.

⁷⁹ Disponibile [Online] la: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>, accesate la 2 aprilie 2016.

⁸⁰ Disponibile [Online] la: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx, accesate la 2 aprilie 2016.

⁸¹ Disponibile [Online] la: <http://www.jus.uio.no/lm/american.arbitration.association.international.arbitration.rules.2000/doc.html>, accesate la 2 aprilie 2016.

⁸² Disponibile [Online] la: <http://www.viac.eu/en/arbitration/arbitration-rules-vienna/93-schiedsverfahren/wiener-regeln/144-new-vienna-rules-2013#JurisdictionoftheArbitralTribunal> accesate la 2 aprilie 2016.

⁸³ A se vedea și M. Petsche, *op. cit.*, p. 499.

București⁸⁴, la art. 63 alin. (1) se prevede că: „Tribunalul arbitral soluționează litigiul în temeiul contractului principal și al normelor de drept aplicabile, ținând seama când este cazul de uzanțele comerciale și de principiile generale ale dreptului.”.

2. 5. Dacă părțile contractante au ales *lex mercatoria* ca lege unică pentru a reglementa contractul lor, în caz de litigiu, cine o aplică?

Pot exista două situații:

- Părțile au încheiat o convenție de arbitraj și atunci arbitrii respectă voința părților; tribunalul arbitral va aplica legea sau regulile de drept alese de către părți. În normele de procedură ale celor mai mari instituții de arbitraj internațional există prevederi în acest sens⁸⁵. Mai mult, în regulamentele arbitrajului internațional din unele legi naționale există dispoziții referitoare la aplicarea de către arbitri a „regulilor de drept” alese de părți⁸⁶.

Hotărârea arbitrală pronunțată prin aplicarea *lex mercatoria* va putea fi pusă în executare, la nevoie, prin apelarea la forța coercitivă a statului. Instanțele statale investite cu cereri de executare a hotărârilor arbitrale, nu verifică pe fond hotărârea și deci nu au competența de a se pronunța cu privire la legea aplicată.

- Părțile au ales o instanță statală pentru soluționarea litigiilor sau nu au făcut nici o alegere, caz în care competentă va fi tot o instanță statală și atunci instanța statală, nu va putea respecta voința părților și nu va aplica *lex mercatoria*; instanța statală sesizată va înlocui alegerea părților, pe motiv că o asemenea alegere contravine ordinii publice a instanței sesizate și va aplica în loc legea indicată de normele conflictuale ale forului.

De exemplu, în dreptul englez, este permis ca o instanță arbitrală să soluționeze un litigiu prin aplicarea de *reguli nestatale*. Dar dacă este sesizată o instanță statală prin încalcarea clauzei de arbitraj, instanța statală nu va

⁸⁴ Disponibile [Online] la: http://arbitration.ccir.ro/Reguli_de_procedura_arbitrala.pdf accesate la 11 aprilie 2016.

⁸⁵ ICC Rules, art. 17(1); London Court of International Arbitration Rules (“LCIA Rules”), art. 22. 3; International Center for Dispute Resolution of the American Arbitration Association Dispute Resolution Procedures (“ICDR Rules”), art. 28(1); United Nations Commission on International Trade Law Rules of Arbitration (“UNCITRAL Rules”), art. 33(1). 5

⁸⁶ A se vedea art. 1511 C. proc. civ. francez, art. 187 din Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, art. 46 (1) (b) din English Arbitration Act 1996.

putea soluționa litigiul aplicând regulile nestatale alese de c tre p rți. Instanța statal va putea, îns , pune în executare o hot rârre arbitral , pronunțat în temeiul unor reguli nestatale alese de c tre p rți, ca lege aplicabil contractului dintre ele⁸⁷.

2. 6. Dacă p rțile contractante au ales *lex mercatoria* pentru completarea legii naționale aplicabile contractului lor, în caz de litigiu, cine o aplic ?

În această situație, *lex mercatoria* va putea fi aplicat atât de tribunalul arbitral, cât i de instanța statal . Astfel, de exemplu, dacă p rțile, în completarea prevederilor din legea aplicabil contractului fac trimitere la Principiile UNIDROIT, instanța statal va ține seama de acestea, pentru c hot rârrea va fi pronunțat , în principal, prin aplicarea unei legi naționale.

3. Cazul în care p rțile nu au ales legea aplicabil , iar instanța arbitral sesizat aplic pentru fondul litigiului *lex mercatoria*.

În lipsa alegerii legii aplicabile de c tre p rți, nu se poate pune problema ca *instanțele statale* s aplice *lex mercatoria*. O instanț statal va determina legea, întotdeauna, aplicând propriile norme conflictuale sau va aplica direct norme materiale din convenții internaționale pe care statul din care face parte le-a ratificat/adoptat. Prin intermediul instanțelor statale, statul î i exercit forța sa coercitiv . O instanț statal va aplica întotdeauna norme statale⁸⁸.

*Dacă p rțile au ales arbitrajul, dar nu au inclus în contractul lor o clauz de alegere a legii, cum o vor determina arbitrii? Vor putea aplica *lex mercatoria*? Determinarea legii aplicabile de c tre tribunalul arbitral în lipsa alegerii p rților este reglementat în normele instituțiilor de arbitraj, în care, ca regul , se permite arbitrilor s aplice *lex mercatoria*. De asemenea, în câteva reglement ri naționale referitoare la arbitrajul internațional, arbitrilor le este permis s aplice *lex mercatoria*, în lipsa alegerii legii de c tre p rți.*

Exist trei posibile soluții de desemnare a legii aplicabile:

- Tribunalul arbitral aplic *normele conflictuale* pe care le consider cele mai potrivite pentru determinarea legii aplicabile, nefiind ținut s utilizeze

⁸⁷ A se vedea, P. Stone, *op. cit.*, p. 302.

⁸⁸ Unii autori pledeaz pentru aplicarea dreptului transnațional (*lex mercatoria*) i de c tre instanțele statale; a se vedea în acest sens, M. Petsche, *op. cit.*, p. 505 i urm.

anumite norme conflictuale, aparținând unei anumite ordini juridice. De exemplu, conform *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* tribunalul arbitral determină legea utilizând normele conflictuale pe care le consideră cele mai potrivite [art. 28 (2)]; o prevedere similară se regăsește în English Arbitration Act din 1996 [art. 46 (3)]; conform art. 77 din Regulile de procedură arbitrală ale Curții de arbitraj comercial internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, București⁸⁹, „(1) Partile sunt libere să determine, prin înțelegerea lor, legea aplicabilă fondului litigiului. (2) În lipsa unei atare determinări, se aplică legea stabilită de tribunalul arbitral pe baza normelor conflictuale pe care le consideră incidente în cauză.”;

- Tribunalul arbitral aplică legea pe care o consideră adecvată (fără să utilizeze mecanismul normelor conflictuale). De exemplu, în *UNCITRAL Arbitration Rules*⁹⁰, revizuite în 2010, se prevede că tribunalul arbitral va aplica legea pe care o consideră cea mai potrivită (art. 35.1.1.); în art. 1120 alin. (1) C. proc. civ. român se prevede, în mod similar, că dacă părțile nu au desemnat dreptul aplicabil, tribunalul arbitral aplică legea pe care o consideră adecvată⁹¹. În multe legislații moderne, care reglementează arbitrajul, nu există prevederi referitoare la norme conflictuale pentru determinarea legii aplicabile⁹². Arbitrii nu pronunță hotărârea în numele unui stat și nu sunt obligați să aplice norme conflictuale, pentru că în arbitraj nu există *lex fori* (legea instanței sesizate)⁹³.

- Tribunalul arbitral aplică *regulile de drept* pe care le consideră potrivite. Posibilitatea arbitrilor să aplice, în lipsa alegerii legii de către părți, „reguli de drept”, înseamnă îndreptățirea lor de a aplica *lex mercatoria*. Asemenea prevederi există, de exemplu, în dreptul francez (art. 1511 alin. 1 C. proc. civ. francez), în cel elvețian (art. 187 din Legea de drept internațional privat

⁸⁹ Disponibil [Online] la: http://arbitration.ccir.ro/Reguli_de_procedura_arbitrala.pdf accesate la 11 aprilie 2016.

⁹⁰ Textul este disponibil [Online] la: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>, accesat la 2 aprilie 2016.

⁹¹ Această normă nu este imperativă.

⁹² A se vedea, M. L. Moses, *op. cit.*, p. 76.

⁹³ A se vedea, J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *Droit du commerce international*, 3^e Edition, Editions Dalloz, Paris, 2015, p. 898.

elvețian), și în alte legislații naționale⁹⁴, precum și în reglementările marilor instituții de arbitraj [art. 21 (1) din ICC Rules; art. 22 (3) din LCIA Rules; art. 28 (1) din AAA Rules; art. 27 (2) din VIAC Rules]. Frecvent, tribunalele arbitrale aplică Principiile UNIDROIT⁹⁵.

În dreptul francez, unii autori⁹⁶ interpretează textul art. 1511 C. proc. civ., în sensul că arbitrii pot aplica *lex mercatoria*, atât atunci când părțile au ales o lege, alta decât *lex mercatoria*, cât și în lipsa alegerii unei legi. Astfel, conform art. 1511 C. proc. civ. francez, tribunalul arbitral soluționează litigiul conform regulilor de drept alese de către părți, iar în absența alegerii, conform regulilor de drept pe care le consideră potrivite. Tribunalul ține seama în toate cazurile de uzanțele comerciale. Prevederea referitoare la uzanțe a fost interpretată în sensul că de uzanțe se ține seama în toate cazurile, fie că părțile au ales sau nu legea aplicabilă. Admițând că uzanțele, în accepțiunea extinsă, sunt echivalente cu *lex mercatoria*⁹⁷, înseamnă că prevederile permite arbitrilor să aplice *lex mercatoria* în orice situație consideră potrivit, indiferent de alegerea sau de lipsa alegerii părților cu privire la legea/regulile de drept. În sprijinul acestei idei stă o hotărâre a Curții Supreme Elvețiene⁹⁸, care a apreciat că Principiile UNIDROIT și

⁹⁴ Este vorba despre dreptul olandez, belgian, egiptean, libanez și altele; a se vedea, în acest sens, E. Gaillard, *General Principles of Law in International Commercial Arbitration - Challenging the Myths*, în *World Arbitration & Mediation Review (WAMR)*, vol. 5, nr. 2/2011, p. 165.

⁹⁵ A se vedea, J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, p. 898.

⁹⁶ A se vedea, J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, p. 899. Alți autori consideră că uzanțele nu înseamnă *lex mercatoria*; a se vedea, de exemplu, E. Gaillard, *General Principles...* *op. cit.*, p. 164; M. Petsche, *op. cit.*, p. 503.

⁹⁷ În acest sens, a se vedea și K. Winnick, *International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, and the Lex Mercatoria*, în *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 15/2014, p. 847, [Online] la: <http://cardozojcr.com/wp-content/uploads/2014/04/Winnick.pdf>, accesat la 10 aprilie 2016.

⁹⁸ Federal Supreme Court, Switzerland, 16 December 2009, Decision 4A_240/2009. Curtea Supremă Elvețiană, fiind sesizată cu o acțiune în anulare a unei hotărâri arbitrale, pe motiv că tribunalul arbitral a interpretat prevederile contractuale folosind Convenția de la Viena din 1980 cu privire la vânzarea internațională de mărfuri și Principiile UNIDROIT, pe când părțile aleseser ca lege aplicabilă contractului legea material elvețiană, a hotărât că prevederile după care a fost făcută interpretarea contractului fac parte din uzanțele de comerț internațional, și tribunalul arbitral a respectat voința părților. Conform prevederilor din legislația elvețiană, interpretarea contractului se face ținând seama de intenția comună a părților, sau, în lipsă, în funcție de așteptările unei persoane rezonabile. Părțile fiind companii

Convenția de la Viena din 1980 cu privire la vânzarea internațională de mărfuri face parte din uzanțele de comerț internațional, pe care tribunalul arbitral le poate aplica indiferent de legea aleasă de către părți.

În art. 1120 C. proc. civ. român există o prevedere similară celei din dreptul francez referitoare la uzanțe: „Tribunalul arbitral aplică litigiului legea stabilită de părți, iar dacă părțile nu au desemnat dreptul aplicabil, legea pe care o consideră adecvată, în toate situațiile ținând seama de uzanțe și reguli profesionale.”. Folosind interpretarea din dreptul francez, și prezumând că uzanțele și regulile profesionale fac parte din *lex mercatoria*, se poate ajunge la concluzia că tribunalul arbitral român este îndreptățit să aplice *lex mercatoria* în orice situație considerată potrivită, fie că părțile contractante au ales legea aplicabilă, fie că nu au ales-o. Având în vedere și prevederile art. 63 alin. (1) din Regulile de procedură arbitrală ale Curții de arbitraj comercial internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, București („Tribunalul arbitral soluționează litigiul în temeiul contractului principal și al *normelor de drept aplicabile*, ținând seama când este cazul de *uzanțele comerciale* și de *principiile generale ale dreptului*. (s. n. C. T. U.)”, această interpretare poate fi luată în considerare. Principiul confidențialității aplicabil în arbitraj⁹⁹ face dificilă obținerea de date cu privire la interpretarea în practica arbitrală a acestor prevederi.

străine (una din Africa de Sud și alta din Statele Unite ale Americii), care stabiliseră raporturi comerciale internaționale de lungă durată, se puteau aștepta, în mod rezonabil, ca termenii juridici din contractul lor să fie interpretați potrivit prevederilor din cele două instrumente internaționale. Rezumatul speței poate fi consultat [Online] la: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1575&step=Abstract>, accesat la 2 aprilie 2016.

⁹⁹ A se vedea, art. 7 alin. (3)-(6) din Regulile de procedură arbitrală ale Curții de arbitraj comercial internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României și art. 17 din Regulamentul privind organizarea și funcționarea Curții de arbitraj comercial internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, disponibil [Online] la: http://arbitration.ccir.ro/Regulamentul_privind_organizarea_si_functionarea_Curtii_de_Arbitraj_Comercial_International.pdf, accesat la 10 aprilie 2016.

Concluzii

Lex mercatoria reprezintă un corp de reguli nestatale, care poate fi folosit ca lege aplicabil unui contract de comerț internațional. *Lex mercatoria* poate funcționa independent și autonom de ordinile juridice statale, dacă executarea contractului se face voluntar și nu apar neînțelegeri între părți. În caz de litigiu, *lex mercatoria* poate fi aplicat numai cu intervenția statului: alegerea *lex mercatoria* ca lege aplicabil contractului, conform principiului autonomiei de voință, este permis de stat; instanțele arbitrale, recunoscute de ordinile juridice statale, aplică *lex mercatoria*; hotărârile arbitrale, la pronunțarea celorlora arbitrii au aplicat *lex mercatoria*, se execută prin utilizarea forței coercitive a statului.

Prin urmare, *lex mercatoria* poate fi legea aplicabil contractelor de comerț internațional, cu condiția ca litigiile între părțile contractante să fie soluționate pe calea arbitrajului. *Lex mercatoria este direct conectată cu arbitrajul internațional*. O instanță statală ar putea ține seama de alegerea părților referitoare la *lex mercatoria*, numai dacă legea principal aplicabil contractului este o lege națională, completată de norme din *lex mercatoria*.

Limitele impuse părților în alegerea legii aplicabile funcționează, în principal, atunci când litigiul este soluționat de instanțe statale. Dacă părțile aleg arbitrajul, atunci, ca regulă, acestea sunt îndreptățite să aleagă orice lege ori reguli de drept pentru soluționarea litigiului dintre ele. Instanțele arbitrale vor respecta alegerea părților. În lipsa alegerii legii, arbitrilor le poate fi permis să aplice *lex mercatoria*.

Lex mercatoria există, funcționează și se aplică. Rămâne, însă, cel puțin în prezent, o alternativă la legile naționale, care poate fi folosită doar în arbitrajul internațional.

O NOUĂ LEGE A ADOPTĂȚIEI: O ȘANȘĂ ÎN PLUS SPRE O FAMILIE
FERICITĂ (II)

A NEW LAW OF ADOPTION: ANOTHER CHANCE TOWARDS A
HAPPY FAMILY(II)

LUCIA IRINESCU¹

Rezumat: În Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 283 din data de 14 aprilie 2016 a fost publicată Legea nr. 57/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 273/2004 privind procedura adopției. Noua reglementare cuprinde dispoziții care vor permite autorităților să accelereze procedura adopției. Articolul îmi propune să analizeze principalele modificări ale cadrului normativ în materia procedurii adopției.

Cuvinte cheie: adopție internă, adopție internațională, legislație, procedura adopției.

Abstract: Official Gazette of Romania, Part I, no. 283 of 14 April 2016 was published Law no. 57/2016 amending and supplementing Law no. 273/2004 on the adoption procedure. The new regulation contains provisions that will allow authorities to accelerate the adoption procedure. This article aims to analyze the major changes in regulatory matters adoption procedure.

Keywords: domestic adoption, international adoption, legislation, adoption procedure.

1. Deschiderea procedurii adopției interne

Majoritatea adopțiilor interne se stabilește prin planul individualizat de protecție, dacă managerul de caz apreciază adopția ca fiind în interesul copilului. Managerul de caz trebuie să se asigure că, în cazul fiecărui copil pentru care s-a stabilit o măsură de protecție specială, au fost realizate demersuri pentru reintegrarea la părinții săi firești, precum și pentru integrarea copilului în familia extinsă.

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

Planul individualizat de protecție are ca finalitate adopția internă dacă :

- a) după instituirea măsurii de protecție specială a trecut un an și părinții firești ai copilului, în grija cărora acesta nu a putut fi lăsat din motive neimputabile părinților, precum și rudele până la gradul al patrulea ale acestuia, care au putut fi găsite, nu realizează niciun demers pentru reintegrarea sau integrarea copilului în familie;
- b) după instituirea măsurii de protecție specială au trecut 6 luni și părinții firești ai copilului și rudele până la gradul al patrulea ale acestuia, care au putut fi găsite, nu colaborează cu autoritățile în vederea realizării demersurilor pentru reintegrarea sau integrarea copilului în familie;
- c) după instituirea măsurii de protecție specială au trecut 6 luni și părinții și rudele copilului până la gradul al patrulea nu au putut fi găsite;
- d) după instituirea măsurii de protecție specială, părinții și rudele copilului până la gradul al patrulea care au putut fi găsite declară în scris că nu doresc să se ocupe de creșterea și îngrijirea copilului și în termen de 30 de zile nu au revenit asupra declarației. Direcția are obligația înregistrării acestor declarații, precum și a celor prin care părinții și rudele până la gradul al patrulea revin asupra declarațiilor inițiale;
- e) copilul a fost înregistrat din părinți necunoscuți. În acest caz, adopția ca finalitate a planului individualizat de protecție se stabilește în maximum 30 de zile de la eliberarea certificatului de naștere al acestuia.

Prin urmare, managerul de caz are libertatea ca la împlinirea termenului de 6 luni de la instituirea măsurii de protecție, dacă părinții firești ai copilului și rudele până la gradul al patrulea ale acestuia nu au putut fi găsite sau nu colaborează cu autoritățile în vederea realizării demersurilor pentru reintegrarea sau integrarea copilului în familie sau chiar declară în scris că nu doresc să se ocupe de creșterea și îngrijirea copilului. Termenul în care pot reveni asupra celor declarate a fost redus de la 60 la 30 de zile. Mai mult, ca o noutate care să accelereze această procedură, adopția poate fi stabilită ca finalitate a planului individualizat de protecție și în situația în care părinții și rudele copilului până la gradul al patrulea, care au putut fi găsite, deși nu doresc să se ocupe de creșterea și îngrijirea copilului, refuză să semneze declarația. În acest caz, direcția întocmește un proces-verbal în care se menționează aceste împrejurări și care se contrasemnează

de secretarul/reprezentantul unității administrativ-teritoriale unde locuiesc, în fapt, părinții sau rudele.

În situația copilului pentru care s-a instituit plasamentul la o rudă până la gradul al patrulea, legiuitorul a renunțat la termenul de 1 an care trebuia să curgă de la data instituirii măsurii de protecție și a lăsat la latitudinea managerului de caz să aprecieze dacă este în interesul copilului deschiderea procedurii adopției.

Ca o consecință firească a acestei noi prevederi, nu putem să nu ne întrebăm dacă managerul de caz are întotdeauna expertiza necesară să aprecieze în mod corect cu privire la luarea măsurii adopției. Poate că termenul de 1 an permitea tuturor părților implicate să ia o decizie în cunoștință de cauză. Cu toate acestea, deschiderea procedurii adopției este doar primul pas până la finalizarea adopției eventuale a minorilor existând alte trei etape judiciare. În practică, instanțele judecătorești au admis deschiderea procedurii adopției interne chiar și în lipsa consimțământului minorului care a împlinit 10 ani², motivat de faptul că acesta este o condiție la admiterea acțiunii în cazul încuviințării adopției și nu la deschiderea procedurii adopției interne. Adică, decizia managerului de caz de a deschide procedura adopției interne este supusă controlului judiciar, iar dacă instanța va constata că se impune luarea acestei măsuri, eliminarea termenului de 1 an va fi în beneficiul copilului.

Pentru a preveni situațiile în care copilul se atașează de familia la care locuiește pe durata plasamentului și dorește să rămână în această familie, legiuitorul a introdus noi prevederi care să le asigure prioritate acestora. Managerul de caz are obligația de a informa persoanele autoritate de care copilul s-a bucurat de viața de familie pentru o perioadă de minimum 6 luni, cu privire la acest demers. Data la care a fost realizată informarea, precum și modalitatea concretă în care s-a realizat aceasta se consemnează într-un proces-verbal. Acestea au obligația să depună cererea privind eliberarea atestatului în termen de maximum 30 de zile de la data semnării

² Minorul, abandonat de mamă în spital, a intrat în sistemul de protecție specială la scurt timp după naștere. Întrucât părinții au refuzat reintegrarea acestuia în familie, D.G.A.S.P.C. a solicitat deschiderea procedurii adopției interne. Minorul, audiat de instanță în camera de consiliu, a arătat că nu este de acord cu identificarea unei familii adoptatoare întrucât este foarte legat de familia la care locuiește de mic (asistentul maternal profesionist). A se vedea C. A. Alba Iulia, secția I civilă, dec. nr. 1272/2015, www.portal.just.ro

procesului-verbal. Pentru motive obiective, neimputabile solicitantului, la cererea motivată a acestuia, termenul poate fi prelungit cu maximum 10 zile. Nedepunerea cererii în termenul de 30 de zile conduce la pierderea priorității în realizarea potrivirii cu copilul respectiv.

Direcția generală de asistență socială și protecția copilului în acțiunile teritoriale domiciliază copilul și sesizează instanța judecătorească de la domiciliul copilului pentru încuviințarea deschiderii procedurii adopției interne în termen de 30 de zile de la luarea în evidență a cazului de către compartimentul de adopții și post-adopții. Judecarea cererilor referitoare la deschiderea procedurii adopției interne a copilului se face cu citarea părinților firești ai copilului sau, după caz, a tutorelui și a direcției în acțiunile teritoriale se află domiciliul copilului. În cazul în care părintele/părinții firești nu au putut fi găsiți, citarea lor se face prin afișarea citației la ușa instanței și la ultimul domiciliu cunoscut al acestora. Dispozițiile Codului de procedură civilă cu privire la numirea curatorilor în cazul în care se dispune citarea prin publicitate nu sunt aplicabile. Procedura de citare se socotește îndeplinită în a 5-a zi de la afișarea citației. Comunicarea hotărârii judecătorești în situația în care părinții firești nu au putut fi găsiți se face, pentru acest caz, prin afișare la ușa instanței.

În cazul admiterii cererii de deschidere a procedurii adopției interne, în dispozitivul hotărârii judecătorești se va face mențiune despre constatarea existenței consimțământului ambilor părinți, al unui singur părinte, al tutorelui sau, după caz, despre suplینirea consimțământului și se va încuviința deschiderea procedurii adopției interne. Hotărârea judecătorească definitivă prin care instanța admite cererea direcției produce următoarele efecte prevăzute în art. 29 alin. (5) din Legea nr. 273/2004:

a) drepturile și obligațiile părinților firești ale părinților firești sau, după caz, cele exercitate de persoane fizice ori juridice se suspendă și vor fi exercitate de către președintele consiliului județean sau, după caz, de către primarul sectorului municipiului București în acțiunile teritoriale domiciliază copilul;

b) drepturile și obligațiile părinților firești exercitate la momentul admiterii cererii de către președintele consiliului județean, primarul sectorului municipiului București în acțiunile teritoriale domiciliază copilul sau,

dup caz, de tutore se mențin.

Efectele hot rării judec tore ti de deschidere a procedurii adopției se mențin pân la împlinirea de c tre copil a vârstei de 14 ani. Prin excepție, efectele hot rării se prelungesc peste această dat , pân la încuviințarea adopției, în cazul copilului pentru care exist solicit ri de adopție din partea unor familii sau persoane atestate. În situația fraților care nu pot fi separați, odat cu împlinirea vârstei de 14 ani de c tre cel puțin unul dintre ace tia, efectele hot rării judec tore ti de deschidere a procedurii adopției înceteaz de drept pentru frații inseparabili. Prin excepție, efectele hot rării se prelungesc peste această dat , pân la încuviințarea adopției, dac exist solicit ri de adopție a respectivilor frați împreun , din partea unor familii sau persoane atestate. Prin renunțarea la termenul de 2 ani în care se mențineau efectele hot rării judec tore ti i revizuirea planului individualizat de protecție se evit tergiversarea procesului de adopție.

Împotriva acestei hot rări se poate face cerere de revizuire dac , ulterior r mânerii definitive a hot rării judec tore ti de deschidere a procedurii adopției, dispare cauza care, potrivit legii, a f cut imposibil exprimarea de c tre unul dintre p rinți a consimț mântului la adopție³. Dispozițiile legale privind posibilitatea admiterii cererii de revizuire nu reglementeaz situația în care p rintele chemat s - i exprime poziția cu privire la adopția copilului î i schimb opțiunea afirmat inițial în cadrul demersurilor efectuate premerg tor sesiz rii instanței. Nici actualele modific ri nu prev d o soluție în astfel de cazuri, r mânând instanțelor s analizeze dac p rintele s-a aflat în imposibilitatea obiectiv s î i exprime consimț mântul sau refuz în mod abuziv s - i dea consimț mântul⁴.

2. Potrivirea dintre copil i persoana/familia adoptatoare

Potrivirea este o etap premerg toare încredinț rii în vederea adopției prin care se identific i selecteaz persoana/familia atestat ca fiind apt s adopte, care r spunde nevoilor identificate ale copilului i se stabile te

³ Pentru detalii, a se vedea L. Irinescu, *Curs de dreptul familiei*, Ed. Hamangiu, Bucure ti, 2014, p. 189.

⁴ În practic , instanțele judec tore ti trebuie s fac distincție între imposibilitatea obiectiv de exprimarea a consimț mântului la adopție și motive de r zgândire, care ar putea s reias din r spunsurile p rintelui la interogatoriu (existența leg turii afective, schimbarea situației financiare etc). A se vedea C. A. Bra ov, dec. nr. 589/Ap/2015, www.portal.just.ro

compatibilitatea dintre copil și persoana/familia adoptatoare. Potrivirea se realizează acordându-se prioritate rudelor copilului din cadrul familiei extinse și altor persoane alături de care copilul s-a bucurat de viața de familie: tutorele, asistentul maternal profesionist, persoana/familia de plasament sau, după caz, alte persoane care au conviețuit/conviețuiesc cu copilul, dacă acestea s-au implicat direct și nemijlocit în îngrijirea și educarea lui, iar copilul a dezvoltat relații de atașament față de ei pentru o perioadă de minimum 6 luni, în măsura în care acest lucru nu contravine interesului său superior. În potrivire se includ numai acele rude și persoane care dețin atestat valabil de persoană/familie adoptatoare.

Procesul de potrivire include o componentă inițială și una practică și se realizează de către compartimentul de adopții și post-adopții din structura direcției. Potrivirea inițială se realizează pentru copiii care au deschis procedura adopției, aflați în evidența Registrului național pentru adopții (R.N.A.), prin identificarea și selectarea din cadrul acestui registru a tuturor persoanelor/familiilor atestate care răspund nevoilor fiecărui copil. Lista acestora este generată de către R.N.A. și se accesează de către direcția de la domiciliul copilului, pentru continuarea demersurilor de potrivire. Potrivirea practică vizează pregătirea copilului, a adoptatorului/familiei adoptatoare și a altor persoane de referință pentru copil și organizarea de întâlniri între copil și adoptator/familia adoptatoare, în vederea facilitării acomodării acestora. La finalul procedurii de potrivire, compartimentul de adopții și post-adopții din cadrul direcției generale de asistență socială și protecția copilului întocmește un raport de potrivire, în care sunt consemnate concluziile referitoare la constatarea compatibilității dintre copil și persoana/familia adoptatoare, precum și propunerea vizând sesizarea instanței judecătorești pentru încredințarea copilului în vederea adopției⁵. După întocmirea raportului de potrivire, direcția în această teritorială se află domiciliul copilului sesizează, în maximum 5 zile, instanța judecătorească pentru încredințarea copilului în vederea adopției.

⁵ Pentru alte detalii, a se vedea B. D. Moloman, L. C. Ureche, *Noul Cod civil. Cartea a II-a. Despre familie. Comentarii, explicații și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 589 și urm.

3. Încredințarea copilului în vederea adopției

După ce a fost identificat/identificată adoptatorul/familia adoptatoare cel/cea mai potrivit/potrivită pentru copil, direcția generală de asistență socială și protecția copilului în același caz administrativ-teritorial este situat domiciliul copilului sesizează instanța judecătorească pentru încredințarea lui în vederea adopției. În cazul cererilor de încredințare în vederea adopției, instanța judecătorească se pronunță exclusiv pe baza actelor depuse de direcția în același caz teritorial se află domiciliul copilului, fără citarea părților. Încredințarea în vederea adopției se dispune de către instanța judecătorească de la domiciliul copilului, pentru o perioadă de 90 de zile. Odată cu admiterea cererii de încredințare în vederea adopției, instanța se pronunță și asupra încetării măsurii de protecție specială.

Încredințarea în vederea adopției nu este necesară, adoptatorul sau familia adoptatoare putând solicita direct instanței judecătorești încuviințarea adopției în următoarele cazuri:

- pentru adopția persoanei care a dobândit capacitate deplină de exercițiu;
- pentru adopția copilului de către soțul părintelui firesc sau adoptiv;
- pentru adopția copilului pentru care a fost deschisă procedura adopției interne și acesta se află în plasament la unul dintre soții familiei adoptatoare sau la familia adoptatoare de cel puțin 6 luni;
- pentru adopția copilului de către tutorele său, dacă au trecut cel puțin 6 luni de la data instituirii tutelei.

Cererea de încuviințare a adopției adresată instanței judecătorești prelungește de drept perioada de încredințare până la soluționarea cererii prin hotărârea judecătorească definitivă. Pe toată perioada încredințării copilului în vederea adopției, direcția generală de asistență socială și protecția copilului de la domiciliul adoptatorului sau familiei adoptatoare urmărește evoluția copilului și a relațiilor dintre acesta și persoana sau familia care i-a fost încredințat, întocmind în acest sens *rapoarte bilunare*. La sfârșitul perioadei de încredințare în vederea adopției, direcția întocmește un *raport final* referitor la evoluția relațiilor dintre copil și adoptatori, pe care îl comunică instanței competente în vederea soluționării cererii de încuviințare a adopției.

Ca și nouă, pentru a încuraja adoptatorul/familia adoptatoare să

adopte, ace tia pot beneficia, opțional, de un concediu de acomodare, cu durata de maximum un an, care include i perioada încredinț rii copilului în vederea adopției, precum i de o indemnizație lunar . Concediul i indemnizația se acord doar persoanelor care realizeaz venituri supuse impozitului pe venit, pe baza cererii persoanei îndrept țite, la care se anexeaz certificatul de gref în baza c ruia se execut hot rârea judec toareasc de încredințare în vederea adopției, documentul care atest mutarea copilului la adoptator/familia adoptatoare, înregistrat la direcția în a c rei raz administrativ-teritorial a fost protejat copilul, precum i dovada intr rii efective în concediu sau a suspend rii activit ții. În perioada concediului de acomodare, adoptatorul nu poate beneficia i de concediul i indemnizația lunar pentru cre terea copiilor. De asemenea, angajatorii au obligația de a acorda salariatului sau, dup caz, salariaților soț i soție care adopt timp liber pentru efectuarea evalu rilor impuse de obținerea atestatului i realizarea potrivirii practice, f r diminuarea drepturilor salariale, în limita a maximum 40 de ore pe an

Concediul de acomodare i plata indemnizației se suspend începând cu ziua urm toare celei în care se produce una dintre urm toarele situații:

- a) s-a dispus plasamentul copilului în regim de urgenț ;
- b) a fost pus în executare hot rârea judec toareasc privind revocarea încredinț rii în vederea adopției.

Suspendarea înceteaz în ziua urm toare celei în care a r mas definitiv hot rârea judec toareasc prin care s-a dispus revenirea copilului la persoana/familia la care fusese încredințat în vederea adopției sau, dup caz, în ziua urm toare celei în care a r mas definitiv hot rârea judec toareasc prin care s-a dispus respingerea revoc rii încredinț rii în vederea adopției. Reluarea concediului de acomodare i a pl ții indemnizației aferente suspendate se face la cererea persoanei îndrept țite, începând cu data depunerii acesteia, dac nu au intervenit situații care s determine încetarea drepturilor.

4. Încuviințarea adopției

Cererea de încuviințare a adopției va fi introdus fie de c tre adoptator sau familia adoptatoare, fie de c tre direcția general de asistenț social i protecția copilului de la domiciliul acestora la sfâr itul perioadei de încredințare în vederea adopției sau, dup caz, la împlinirea termenelor

prevăzute pentru adopția copilului pentru care a fost deschisă procedura adopției interne și care se află în plasament la unul dintre soții familiei adoptatoare sau la familia adoptatoare. Instanța judecătorească va admite cererea de încuviințare a adopției numai dacă, pe baza probelor administrate, și-a format convingerea că adopția este în interesul superior al copilului.

Cererile sunt de competența tribunalului în a cărui rază teritorială se află domiciliul adoptatului. Cauzele pentru judecarea cererii nu se poate determina instanța competentă se judecă de Tribunalul București.

Prevederile instanței în materie pentru fixarea, de îndată ce primește cererea, a primului termen de judecată, care nu poate depăși 15 zile de la data înregistrării cererii, precum și pentru citarea și comunicarea cererii. Întâmpinarea nu este obligatorie. Părțile au posibilitatea redactării de note privind susținerile lor și depunerii acestora la dosar până la primul termen de judecată. În cazul amânării judecării cererii, termenul acordat nu poate depăși 15 zile. Prima instanță se pronunță prin sentință, pe baza înscrisurilor și, în măsura în care acest mijloc de probă nu este suficient sau împrăjuriile cauzei o cer, pot fi administrate și alte probe. Pronunțarea hotărârii se poate amâna cu cel mult 48 de ore, iar redactarea hotărârii se face în cel mult 7 zile de la pronunțare. Hotărârea se comunică părților în termen de 48 de ore de la redactare.

Hotărârile prin care se soluționează cererile în materia adopției sunt supuse numai apelului în termen de 10 zile, cu excepția hotărârilor judecătorești prin care se soluționează cererea de deschidere a procedurii adopției, unde termenul de apel este de 30 de zile. Apelul poate fi exercitat de oricare dintre părți, precum și de procuror. Apelul se judecă de urgență și cu precădere, cu citarea părților, în camera de consiliu.

La încheierea perioadei de monitorizare post-adopție, direcțiile întocmesc un raport final de închidere a cazului și introduc în R.N.A. copia electronică a acestuia. În situația în care, ulterior încuviințării adopției, prenumele copilului adoptat este schimbat pe cale administrativă, raportul va avea anexat și copia actului care a stat la baza schimbării numelui. Activitățile post-adopție se realizează planificat și vizează acordarea de suport și asistență de specialitate adoptatului și adoptatorilor, care răspund nevoilor identificate atât în timpul perioadei de monitorizare post-adopție sau semnalate direct de către cei adoptați ori de către

persoana/familia adoptatoare în perioada de monitorizare post-adoapție, cât și ulterior expirării acestei perioade.

Cu privire la aplicarea în timp a dispozițiilor legale privind adopția, se prevede că efectele hotărârilor judecătorești privind deschiderea procedurii adopției, pronunțate anterior intrării în vigoare a prezentei legi, se prelungesc până la împlinirea de către copil a vârstei de 14 ani. Efectele acestor hotărâri se prelungesc și după împlinirea de către copil a vârstei de 14 ani, până la încuviințarea adopției, dacă există solicitări de adopție a acestuia din partea unor familii sau persoane atestate. În situația fraților care nu pot fi separați, efectele hotărârilor judecătorești privind deschiderea procedurii adopției pronunțate pentru aceștia, anterior intrării în vigoare a prezentei legi, se prelungesc până la împlinirea vârstei de 14 ani de către cel puțin unul dintre ei. Efectele acestor hotărâri se prelungesc și după împlinirea vârstei de 14 ani de către cel puțin unul dintre frați, până la încuviințarea adopției, dacă există solicitări de adopție a respectivilor frați împreună, din partea unor familii sau persoane atestate.

De asemenea, atestatele valabile la momentul intrării în vigoare a prezentei legi își prelungesc valabilitatea până la împlinirea termenului de 2 ani de la data eliberării acestora. Cererile prevăzute de Legea nr. 273/2004 privind procedura adopției, republicată, cu modificările și completările ulterioare, aflate pe rolul instanțelor judecătorești la data intrării în vigoare a prezentei legi, se soluționează potrivit dispozițiilor legale în vigoare la data introducerii cererii.

5. Adopția internațională

În privința adopției internaționale, noua lege prevede reducerea termenului în care un copil poate deveni eligibil de la 2 ani la 1 an. Adopția internațională atunci când adoptatorul sau unul dintre soții din familia adoptatoare este un cetățean român este permisă pentru copiii pentru care s-a admis cererea de deschidere a procedurii adopției și nu a putut fi identificat un adoptator sau o familie adoptatoare cu reședința obișnuită în România sau una dintre persoanele prevăzute la art. 52 alin. (1) lit. a), într-un termen de un an de la data rămânării definitive a hotărârii judecătorești prin care s-a admis cererea de deschidere a procedurii adopției.

Potrivirea inițială și practică a copilului cu adoptatorul sau familia adoptatoare cu reședința obișnuită în străinătate se realizează de

compartimentul de adopții și post-adopții din structura direcției de la domiciliul copilului. Persoana sau familia selectată ca urmare a realizării potrivirii inițiale are obligația să se deplaseze în România și să locuiască efectiv pe teritoriul țării pentru o perioadă de cel puțin 30 de zile consecutive, în scopul realizării potrivirii practice cu copilul. La expirarea acestui termen, direcția în a cărei rază teritorială se află domiciliul copilului va întocmi un raport cu privire la evoluția relațiilor dintre copil și persoana sau familia adoptatoare. Deplasarea adoptatului din România în statul în care adoptatorul sau familia adoptatoare are reședința obișnuită este posibilă numai atunci când hotărârea de încuviințare a adopției este definitivă. Adoptatul se deplasează numai însoțit de adoptator sau de cel puțin unul dintre soții din familia adoptatoare, în condiții de siguranță corespunzătoare nevoilor adoptatului.

6. Concluzii

Noua lege a adopțiilor a fost dictată de necesitatea soluționării din punct de vedere legislativ a problemelor apărute pe parcursul aplicării Legii nr. 273/2004 privind procedura adopției, dar și ca urmare a alinierii legislației la realitățile actuale. Direcția principală a noilor reglementări este asigurarea celerității și flexibilității regulilor de procedură în materia adopției.

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA CONDIȚIILE INTRINSECI ALE
CERERII DE EXECUTARE SILIT

CONSIDERATION REGARDING INTRINSIC CONDITIONS OF
THE ENFORCEMENT APPLICATION

NICOLAE-HORIA ȚIȚ¹

Rezumat: Executarea silit nu poate fi declanșată decât prin formularea unei cereri de executare, cu respectarea cerințelor prevăzute de lege în acest sens. Identificarea elementelor intrinseci ale cererii de executare are o importanță teoretică și practică deosebită, având în vedere în special efectele pe care le produce formularea acesteia. Respectarea acestor condiții va fi verificată de executorul judecătoresc în cadrul procedurii de înregistrare a cererii și de către instanța de executare în cadrul procedurii de încuviințare a executării silită.

Cuvinte cheie: executare silită, cerere de executare, creditor, debitor, creanță, titlu executoriu, modalități de executare

Abstract: The enforcement procedure can only be commenced by an application for enforcement, observing the legal requirements to this end. Identifying the intrinsic elements of this application is of theoretical and practical importance, due to the effects it produces. The accomplishment of these conditions is to be verified by the bailiff when the application is registered and by the enforcement court, in the enforcement approval procedure.

Keywords: enforcement, enforcement application, creditor, debtor, claim, enforcement order, ways of enforcement.

1. Noțiuni introductive

Procedura de executare silită, ca activitate procesuală de aducere la îndeplinire a obligațiilor cuprinse în titlurile executorii, este declanșată prin formularea de către creditor a unei cereri de executare, adresată executorului

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: horia.tit@gmail.com

judec toresc. Principiul disponibilit ții, aplicabil întregului proces civil, î i g se te materializarea i în faza de executare silit ², aceasta neputând fi pornit din oficiu sau la cererea altor persoane decât creditorului, cu excepția cazurilor prev zute de lege. Potrivit art. 622 alin. 1 C. Proc. Civ., regula general este aceea c obligațiile prev zute în titluri executorii se aduc la îndeplinire de bun voie. Cu alte cuvinte, odat ce a fost consemnat într-un titlu executoriu, indiferent dac acesta este unul jurisdicțional (hot râre judec toresc sau arbitral) sau non-jurisdicțional (alte titluri executorii, respectiv înscrișuri c ora legea le confer acest caracter), obligația trebuie adus la îndeplinire de c tre debitor, în caz contrar acesta supunându-se riscului de a fi executat silit, la cererea creditorului i prin intermediul unui executor judec toresc. Sesizarea organului de executare cu cererea de executare silit marcheaz momentul declan rii procedurii de executare (art. 622 alin. 2 C. Proc. Civ.), chiar dac asupra încuviinș rii acesteia instanța de executare urmeaz s se pronunțe ulterior. Regula general , component a principiului legalit ții aplicabil în faza de executare silit (art. 625 alin. 2 C. Proc. Civ.), este aceea c nicio procedur execuțional nu ar putea fi adus la îndeplinire decât prin intermediul executorului judec toresc, acesta fiind cel care garanteaz respectarea dispozițiilor legale a drepturilor p rșilor i ale altor persoane interesate (art. 627 alin. 1 teza final C. Proc. Civ.).

În acest context, formularea cererii de executare silit constituie un moment important în economia întregului proces civil, marcând trecerea de la etapa jurisdicțional (cognitio) la cea execuțional (executio). Exist , desigur, i situații în care faza de executare silit nu este precedat de una jurisdicțional , respectiv acelea în care procedura de executare se desf oar în temeiul unui titlu executoriu altul decât o hot râre judec toresc . În aceste cazuri, sesizarea organului de executare declan eaz practic momentul declan rii procesului civil, redus la faza de executare. Momentul prezint importanș cel puțin sub trei aspecte: este momentul de referinș pentru stabilirea legii aplicabile procedurii de executare silit (art. 24 C. Proc. Civ.), existând posibilitatea ca, raportat la momentul sesiz rii organului de executare, legea aplicabil execut rii s fie diferit de legea aplicabil

² Pentru detalii, a se vedea V. Boze an, *Disponibilitatea p rșilor în procedura execut rii silite*, în volumul Conferinșei Internaționale „Procesul civil i executarea silit . Teorie i practic ”, Editura Universul Juridic, Bucure ti, 2015, pp. 300-316.

judec ții; marcheaz momentul ıntreruperii cursului prescripției dreptului de a obține executarea silit , sub condiția ca cererea de executare s fie ınsoțit de titlul executoriu, chiar dac aceasta ar fi adresat unui organ de executare necompetent (art. 709 alin. 1 pct. 2 C. Proc. Civ.); este momentul ıncepând cu care vor fi stabilite cheltuielile de executare, chiar dac acestea ar fi diminuate ca urmare a unei pl ți voluntare f cute de debitor (art. 670 alin. 2 C. Proc. Civ.).

Pentru a sesiza ın mod valabil executorul judec toresc, cererea de executare silit trebuie s ındeplineasc anumite cerințe de natur formal , atât intrinseci, cât i extrinseci. Aceste cerințe vor fi verificate de c tre executorul judec toresc ın procedura de ınregistrare a cererii (art. 665 C. Proc. Civ.). De asemenea, cerințele formale referitoare la sesizarea executorului judec toresc de c tre creditor prin cererea de executare silit vor fi verificate de instanța de executare ın procedura ıncuviinș rii execut rii silite (potrivit art. 666 alin. 5 pct. 7 C. Proc. Civ.), instanța de executare putând respinge cererea de ıncuviinșare a execut rii silite i pentru existența altor impedimente prev zute de lege ın leg tur cu declan area execut rii silite. ıntre aceste impedimente trebuie s se reg seasc i cele referitoare la respectarea cerințelor formale privind sesizarea executorului judec toresc deoarece, ın caz contrar, examenul f cut de instanța de executare cu privire la ıncuviinșarea execut rii silite nu ar fi unul complet. Cu alte cuvinte, respectarea cerințelor formale referitoare la cererea de executare silit nu poate fi l sat doar la aprecierea executorului judec toresc, ın procedura de ınregistrare a cererii, ținând cont i de considerentele Deciziei Curții Constituționale nr. 895/2015³, prin care s-a stabilit c declan area procedurii execut rii silite trebuie s fie supus , ın totalitate, unui control judec toresc, având ın vedere exigențele principiului dreptului la un proces echitabil. Or, dac respectarea cerințelor formale intrinseci i extrinseci ale cererii de executare silit ar fi verificat exclusiv de c tre executorului judec toresc i ar fi sustras controlului instanței de executare, examenul pe care aceasta ar trebui s ıl realizeze cu privire la declan area procedurii de executare ar fi unul incomplet, contravenindu-se astfel art. 21 alin. 3 i art. 124 din Constituție.

³ Publicat ın Monitorul Oficial nr. 84 din 4 februarie 2016.

2. Analiza condițiilor intrinseci ale cererii de executare silit

2.1. Identificarea condițiilor intrinseci ale cererii de executare silit

Art. 664 alin. 3 C. Proc. Civ. reglementează conținutul cererii de executare silit, raportat la natura juridică a acesteia și la scopul urmărit de creditor prin formularea sa. Astfel, se face trimitere la dispozițiile art. 148 C. Proc. Civ., reglementare cu caracter general referitoare la cererile adresate instanțelor judecătorești; prin urmare, cererea de executare are natura unei cereri introductive, adică o cerere care declanșează o procedură în care trebuie să respecte rigori similare cu cele prevăzute de lege cu privire la cererile adresate instanțelor. La aceste cerințe generale, art. 664 alin. 3 C. Proc. Civ. adaugă o serie de cerințe speciale, mențiuni pe care cererea de executare trebuie să le cuprindă prin raportare la specificul procedurii execuționale pe care o declanșează. Astfel, potrivit art. 664 alin. 3 C. Proc. Civ., distinct de mențiunile pe care legea le prevede la art. 148 C. Proc. Civ., cererea de executare silit trebuie să cuprindă mențiuni cu privire la numele, prenumele și domiciliul sau, după caz, denumirea și sediul creditorului și debitorului; bunul sau după caz, felul prestației datorate; modalitățile de executare solicitate de creditor.

Enumerarea condițiilor intrinseci ale cererii de executare este criticabilă, pe de o parte, deoarece trimiterea la art. 148 C. Proc. Civ. poate crea confuzii cu privire la natura cererii, pe de altă parte pentru că cerințele prevăzute la art. 664 alin. 3 C. Proc. Civ. sunt incomplete și nu răspund în totalitate scopului pentru care este formulată cererea de executare, respectiv acela de a declanșa procedura execuțională și de a fixa cadrul procesual execuțional atât cu privire la părți, cât și cu privire la obligația care trebuie adusă la îndeplinire, obligație prevăzută de titlul executoriu. Fără ca acest cadru procesual execuțional să fie configurat de către dispozițiile titlului executoriu, însă pot exista situații, așa cum vom arăta în continuare, în care să nu existe o suprapunere perfectă între cadrul procesual existent în faza de judecată și cel din faza de executare silit. De asemenea, în cazul în care titlul executoriu nu este reprezentat de o hotărâre judecătorească, ci de un alt înscris căruia legea îi conferă acest caracter, stabilirea cadrului execuțional, în special în ceea ce privește întinderea sau quantumul creanței, este necesară, prin urmare cererea de executare silit trebuie să cuprindă mențiuni exprese în acest sens.

Având în vedere dispozițiile art. 664 alin. 3 și art. 148 C. Proc. Civ., dar și scopul, finalitatea și efectele cererii de executare silită, aceasta trebuie să cuprindă mențiuni cu privire la: indicarea executorului judecătoresc la care cererea este adresată; identificarea părților (nume, prenume sau, după caz, denumire, alte date de identificare, domiciliu sau sediu); identificarea reprezentantului legal sau convențional al creditorului, în cazul în care cererea este formulată prin reprezentant; obiectul cererii, reprezentat de aducerea la îndeplinire a unei obligații prevăzute de titlul executoriu (creanța ce urmează să fie executată) cu indicarea, dacă este cazul, a bunului sau, după caz, a prestației datorate; temeiul procedurii execuționale, respectiv titlul executoriu; modalitatea sau modalitățile de executare solicitate de creditor, dacă este cazul, raportat la natura creanței ce urmează să fie executată și la competența teritorială a executorului judecătoresc sesizat de creditor; semnătura creditorului sau a reprezentantului acestuia.

2.2. Indicarea executorului judecătoresc

Prin raportare la dispozițiile art. 148 alin. 1 C. Proc. Civ., cererea de executare silită trebuie să cuprindă mențiuni cu privire la executorul judecătoresc la care cererea este adresată, având în vedere scopul urmărit de creditor prin formularea acesteia, respectiv învestirea executorului judecătoresc în vederea aducerii la îndeplinire a dispozițiilor cuprinse în titlul executoriu. Alegerea executorului judecătoresc constituie o facultate a creditorului, adică un act de dispoziție al acestuia, creditorul putând sesiza oricare dintre executorii judecătorești care ar avea competență teritorială pentru aducerea la îndeplinire a obligației prevăzute de titlul executoriu⁴. Sesizarea executorului judecătoresc constituie un act ireversibil, atâta timp cât creditorul nu mai poate dispune, ulterior învestirii, înlocuirea acestuia, singura competentă în acest sens fiind instanța de executare și numai pentru motive temeinice (art. 653 alin. 4 C. Proc. Civ.). Cu alte cuvinte, odată depusă la un executor judecătoresc competent, cererea de executare va rămâne pe rolul acestuia, înlocuirea sa neputând fi făcută în baza unui simplu act de voință al creditorului. Disponibilitatea conferită de lege creditorului cu privire la alegerea executorului judecătoresc, cu respectarea normelor de competență prevăzute de art. 652 alin. 1 C. Proc. Civ. încetează chiar la

⁴ N.-H. Țiț, *Executarea silită. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 179.

momentul sesizării legale a acestuia, în măsura în care dorește ulterior înlocuirea, creditorul fiind nevoit să se adreseze cu o cerere instanței de executare și să dovedească existența unor motive temeinice în acest sens. Sub acest aspect, o situație specială este cea prevăzută de art. 652 alin. 4 C. Proc. Civ., respectiv aceea în care executorul judecătoresc inițial investit de creditor constată că nu sunt bunuri și venituri urmabile în raza competenței sale teritoriale. În acest caz, creditorul va putea solicita înlocuirea executorului judecătoresc raportat la necesitatea continuării executării silite de către un executor judecătoresc competent.

2.3. Identificarea părților

Cererea de executare silită trebuie să cuprindă mențiuni referitoare la identificarea părților din procedura de executare, respectiv creditorul și debitorul. Identificarea părților constituie o cerință intrinsecă a cererii de executare atât potrivit art. 664 alin. 3 lit. a) C. Proc. Civ., cât și potrivit art. 148 alin. 1 C. Proc. Civ. (sub acest aspect, mențiunea de la art. 664 alin. 3 lit. a) fiind inutilă, odată ce se face trimitere la art. 148 C. Proc. Civ.). Identificarea părților constituie un element esențial al cadrului procesual execuțional și are în vedere corespondența dintre părțile în procedura de executare și creditorul și debitorul menționați în titlul executoriu (art. 645 alin. 1 C. Proc. Civ.). Este posibil ca titlul executoriu să cuprindă mai mulți debitori, caz în care identificarea părților în cererea de executare este necesară, deoarece, așa cum am arătat, prin aceasta se stabilește cadrul procesual în faza de executare. Spre exemplu, în cazul în care titlul executoriu dă posibilitatea creditorului să pornească executarea atât împotriva debitorului principal, cât și a garantului care s-a obligat în solidar cu debitorul, dacă cererea de executare este formulată doar împotriva fidejursorului, executarea silită nu va putea fi încuviințată și cu privire la debitor. Cu toate acestea, potrivit art. 648 alin. 2 C. Proc. Civ., toate actele de executare vor fi comunicate în același timp și debitorului principal, care va fi introdus din oficiu în procedura de urmărire silită, însă doar din rațiuni de opozabilitate, neputând fi efectuate acte de executare cu privire la patrimoniul său în condițiile în care cererea de executare a fost formulată doar în contradictoriu cu fidejursorul.

Cererea de executare silită trebuie să cuprindă mențiuni referitoare la adresa domiciliului sau, după caz, al sediului părților, în vederea efectuării

comunicărilor necesare pe parcursul procedurii de executare. De asemenea, în cazul domiciliului sau sediului pârâtului, indicarea acestuia este necesară pentru determinarea competenței instanței de executare, potrivit regulii generale stabilite de art. 651 alin. 1 C. Proc. Civ., cu mențiunea că schimbarea acestui domiciliu sau sediu după începerea executării silită nu atrage schimbarea competenței instanței de executare. De asemenea, în funcție de domiciliul sau sediul debitorului la momentul sesizării organului de executare se determină competența executorului judecătoresc în cazul urmăririi silită a bunurilor mobile sau al executării silită directe mobiliare, în aceste cazuri fiind competent executorul judecătoresc din circumscripția curții de apel unde se află domiciliul sau, după caz, sediul debitorului, alternativ cu executorul judecătoresc din circumscripția curții de apel unde se află bunurile mobile ce urmează a fi urmărite sau predate silit (art. 652 alin. 1 lit. b) C. Proc. Civ.). În cazul în care creditorul are domiciliul sau sediul în străinătate, acesta are obligația de a indica domiciliul sau sediul ales în România, în vederea efectuării comunicărilor⁵.

Pe lângă indicarea numelui, respectiv denumirii, a domiciliului sau sediului pârților, în cuprinsul cererii de executare silită pot fi făcute mențiuni și cu privire la adresa electronică, numărul de telefon, numărul de fax sau altele asemenea (art. 148 alin. 1 teza finală C. Proc. Civ.). Indicarea acestora este opțională pentru creditor, acesta putând să își indice propriile date de contact, însă cu privire la cele ale debitorului, creditorul trebuie să dovedească realitatea acestora.

2.4 Identificarea reprezentantului legal sau convențional al pârților

În cazul în care cererea de executare este formulată prin reprezentant legal sau convențional, în cuprinsul acesteia trebuie făcute mențiuni în legătură cu datele de identificare ale acestuia (nume sau, după caz, denumire, domiciliu sau sediu). În cadrul procedurii de executare silită sunt pe deplin aplicabile dispozițiile art. 80 și urm. C. Proc. Civ. referitoare la reprezentarea pârților în fața instanțelor judecătorești, atât în ceea ce privește conținutul și întinderea mandatului, cât și condițiile formale privind reprezentarea, la care ne vom referi mai jos, atunci când vom analiza condițiile extrinseci ale cererii de executare.

⁵E. Oprina, I. Gârbuleț, *Tratat teoretic și practic de executare silită*, Vol. I, *Teoria generală și procedurile execuționale*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 390.

În cazul în care creditorul sau debitorul sunt persoane juridice, reprezentarea convențional a acestora se va realiza cu respectarea dispozițiilor art. 84 alin. 1 C. Proc. Civ., respectiv numai prin avocat sau consilier juridic, în condițiile legii. În interpretarea dată de Înalta Curte de Casație și Justiție textului de lege sus menționat, s-a stabilit că „în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 84 alin. (1) din Codul de procedură civilă, cererea de chemare în judecată și reprezentarea convențională a persoanei juridice în fața instanțelor de judecată nu se pot face prin mandatar persoană juridică, nici prin consilierul juridic sau avocatul acesteia din urmă”⁶. Această interpretare este pe deplin aplicabilă și în cazul cererii de executare silită, acesteia aplicându-i-se aceleași reguli în ceea ce privește reprezentarea convențională a părților ca și cererii de chemare în judecată. Prin urmare, în măsura în care cererea de executare silită este formulată de o persoană care nu poate avea calitatea de reprezentant convențional (adică de o persoană care nu are calitatea de avocat sau de consilier juridic), executorul judecătoresc va refuza motivat înregistrarea ei, prin încheiere, în condițiile art. 665 C. Proc. Civ. Dacă cererea de executare, în ciuda nerespectării regulilor referitoare la reprezentarea convențională a persoanei juridice prevăzute de art. 84 alin. 1 C. Proc. Civ., a fost totuși înregistrată de executorul judecătoresc, instanța de executare va dispune respingerea cererii de încuviințare a executării silite, în temeiul art. 666 alin. 5 pct. 7 C. Proc. Civ., deoarece, așa cum am arătat și mai sus, instanța de executare este ținută ca, în procedura încuviințării executării silite, să verifice toate cerințele referitoare la declanșarea procedurii de executare, inclusiv cele care vizează legala sesizare a executorului judecătoresc. Or, dacă cererea este formulată de o persoană care nu poate avea, potrivit legii, calitatea de reprezentant al creditorului, înseamnă că aceasta a fost formulată de o persoană lipsită de calitate, prin urmare procedura de executare nu poate fi declanșată, raportată la dispozițiile art. 664 alin. 2 C. Proc. Civ. („Cererea de executare silită se depune, personal sau prin reprezentant legal ori convențional, la biroul executorului judecătoresc competent...”). Dincolo de problema de ordin formal, verificarea calității persoanei care a formulat

⁶Minuta Deciziei nr. 9/2016 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, disponibil la adresa <http://www.scj.ro/1093/Detail-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=128094> (vizitat la 17.06.2016). La data redactării prezentului articol, decizia nu era încă redactată.

cererea de executare și stabilirea posibilității ca aceasta să acționeze în calitate de reprezentant convențional al creditorului constituie o chestiune de natură substanțială, pe care instanța de executare trebuie să o analizeze pentru a stabili dacă elementele cadrului execuțional precizate în cererea de executare silit corespund celor configurate de titlul executoriu. Cu alte cuvinte, atâta timp cât cererea de executare ar fi formulată de o persoană care nu poate, ex lege, avea calitatea de reprezentant convențional al creditorului, aceasta ar însemna că persoana respectivă a formulat cererea în nume propriu, ceea ce conduce la concluzia lipsei calității execuționale a acesteia, ea nefiind creditor conform titlului executoriu. Or, această chestiune este supusă cenzurii instanței de executare în procedura încuviințării executării silite, deoarece, așa cum am arătat și mai sus, instanța trebuie să verifice îndeplinirea tuturor condițiilor referitoare la declanșarea executării silite. În legătură cu această chestiune, nu ar putea fi reținut argumentul potrivit cu care instanța de executare, în procedura prevăzută de art. 666 C. Proc. Civ., este sesizată de executorul judecătoresc, astfel încât nu are competența de a verifica puterea de reprezentare a persoanei care a formulat cererea de executare. În categoria altor impedimente prevăzute de lege în legătură cu declanșarea executării silite (art. 666 alin. 5 pct. 7 C. Proc. Civ.) se încadrează și cele referitoare la nerespectarea condițiilor privind sesizarea executorului judecătoresc, instanța de executare având obligația ca, în controlul prealabil pe care îl face în cadrul acestei proceduri, să le verifice și să le cenzureze, respingând cererea de încuviințare a executării silite. În cazul în care executarea silită ar fi totuși încuviințată, în ciuda nerespectării dispozițiilor art. 84 alin. 1 C. Proc. Civ. cu privire la reprezentarea creditorului cu ocazia formulării cererii de executare silită, debitorul are deschisă calea contestației împotriva executării silite înseși, în cadrul acesteia putând fi invocate orice neregularități, atât de ordin formal, cât și substanțial, cu privire la declanșarea executării silite. Trebuie însă avute în vedere condițiile de formulare a contestației la executare, în special cea referitoare la termen (art. 715 alin. 1 pct. 3 C. Proc. Civ.). Cu alte cuvinte, debitorul nu va putea invoca pe calea contestației la executare lipsa calității de reprezentant a persoanei care a formulat cererea de executare silită în numele creditorului decât în cadrul unei contestații împotriva executării silite înseși, adică o contestație formulată în cadrul termenului de 15 zile calculat de la data la care a primit încheierea de încuviințare a

execuției sau somația ori de la data când a luat cunoștință de primul act de executare, în cazurile în care nu a primit încheierea de încuviințare a execuției și nici somația sau executarea se face fără somație.

2.5. Obiectul cererii de executare

Un al doilea element al cadrului execuțional, alături de părți, este reprezentat de obiectul execuției solicitate. În sens larg, prin noțiunea de obiect al execuției, implicit, al cererii de executare, trebuie să înțelegem obligația care trebuie adusă la îndeplinire, adică prestația, pozitiv sau negativ, la care debitorul este obligat, conform titlului executoriu. În sens restrâns, prin obiectul cererii de executare trebuie să se înțeleagă, în formularea prevăzută de art. 664 alin. 3 lit. b) C. Proc. Civ., „bunul sau, după caz, felul prestației datorate”. Deși, în modalitatea în care este prevăzută de lege, această cerință intrinsecă a cererii de executare pare a fi o simplă formalitate, respectiv aceea de a reproduce în cerere prestația datorată de debitor, conform titlului executoriu sau, după caz, bunul care trebuie predat, în cazul execuției solicitate directe, în realitate, identificarea obiectului cererii de executare constituie una dintre cerințele cele mai importante ale cererii, care poate ridica numeroase probleme în practică. Deși legiuitorul s-a ferit ca la art. 664 alin. 3 C. Proc. Civ. să folosească noțiunea de creanță, așa cum ar fi fost firesc, prin raportare la condițiile prevăzute de art. 663 C. Proc. Civ., este evident că în cuprinsul cererii de executare trebuie făcute toate mențiunile cu privire la aceasta, inclusiv clarificările sau calificările necesare pentru ca, în cadrul procedurii de încuviințare a execuției solicitate, instanța să verifice caracterul cert, lichid și exigibil al acesteia, potrivit art. 666 alin. 5 pct. 4 C. Proc. Civ. În practică, problema se ridică în special în legătură cu arțarea întinderii (cuantumului) creanței în acele situații în care în cuprinsul titlului executoriu nu există mențiuni exprese în acest sens. În astfel de situații, în cuprinsul cererii de executare sau într-o anexă la aceasta, creditorul trebuie să indice modalitatea de calcul în baza căreia a stabilit cuantumul creanței, pentru ca instanța de executare să aibă posibilitatea să verifice caracterul lichid al acesteia în cadrul procedurii încuviințării execuției solicitate. În lipsa indicării acestui mod de calcul, cererea de încuviințare a execuției solicitate va fi respinsă, deoarece instanța nu poate aprecia cu privire la îndeplinirea cerinței prevăzute de art. 663 alin. 3 C. Proc. Civ., respectiv aceea ca obiectul cererii de executare să fie stabilit pe

baza criteriilor prevăzute în titlul executoriu⁷. Examenul pe care instanța de executare trebuie să îl realizeze în cadrul procedurii de încuviințare a executării silită nu poate fi doar unul formal, respectiv instanța nu se poate limita doar la a verifica dacă cererea de executare cuprinde mențiuni referitoare la obligația ce urmează a fi executată, respectiv la întinderea acesteia; verificarea condițiilor de declanșare a executării silită, prin raportare la exigențele constituționale reținute de Curtea Constituțională prin Decizia nr. 895/2015, presupune verificarea nu numai a acestor cerințe formale, ci și a celor substanțiale, respectiv caracterul cert, lichid și exigibil al creanței. Or, această componentă a raționamentului logico-juridic pe care judecătorul trebuie să îl facă impune creditorului ca, la chiar momentul sesizării organului de executare, să identifice și să clarifice, dacă este cazul, elementele cadrului execuțional, în special cele referitoare la întinderea creanței și să precizeze în cerere modalitatea concretă în care a determinat un anumit quantum al acesteia, dând astfel posibilitatea judecătorului să reitereze criteriile de calcul, prin raportare la dispozițiile titlului executoriu. Simpla menționare în cuprinsul cererii de executare a unui quantum al creanței, în situația în care acesta nu rezultă în mod expres din titlul executoriu, echivalează cu neîndeplinirea acestei obligații și conduce la respingerea cererii de încuviințare a executării silită.

2.6. Indicarea titlului executoriu

Cu toate că art. 664 alin. 3 C. Proc. Civ. nu se referă în mod expres, între elementele intrinseci ale cererii de executare silită, și la titlul executoriu, în cuprinsul acesteia trebuie făcută această mențiune, raportată la natura juridică a titlului executoriu, anume aceea de temei al executării silită (art. 632 C. Proc. Civ.). Atâta timp cât nicio executare silită nu poate avea loc în absența unui titlu executoriu, nici cererea de executare silită nu ar putea produce efectele avute în vedere de reclamant fără indicarea în cuprinsul său a titlului executoriu. Potrivit art. 148 C. Proc. Civ., orice cerere trebuie să cuprindă motivele pe care aceasta se întemeiază; or, atâta timp cât titlul executoriu reprezintă temeiul executării silită, cererea de executare trebuie în mod obligatoriu să facă referire la acesta. În plus, toate condițiile

⁷ Judecătoria Sectorului 6 București, sentința civilă nr. 8800 din 19 octombrie 2012, în R. Sîrghi, *Executarea silită în noul Cod de procedură civilă*, Editura Hamangiu, București, 2015, pp. 243-244.

substanțiale ale creanței, pe care instanța de executare trebuie să le verifice în procedura de încuviințare a executării silită, se raportează la mențiunile cuprinse în titlul executoriu, potrivit art. 663 C. Proc. Civ. Este adevărat că, potrivit art. 664 alin. 4 C. Proc. Civ., la cererea de executare silită trebuie anexat titlul executoriu, în original sau în copie legalizată, însă această cerință extrinsecă a cererii de executare nu dispensează pe creditor de obligația de a indica titlul executoriu în cuprinsul cererii de executare. Numai în acest fel instanța de executare va putea să verifice dacă titlul pe care creditorul îi întemeiază cererea, indicat în cuprinsul acesteia, corespunde cu înscrisul anexat de creditor, urmând ca, raportat la acesta, să verifice condițiile de executorialitate și formalitate, conform art. 666 alin. 5 pct. 2 și 3 C. Proc. Civ., pe baza copiilor cererii de executare și a titlului executoriu depuse de executorul judecătoresc odată cu cererea de încuviințare a executării silită (art. 666 alin. 1 C. Proc. Civ.).

2.7. Indicarea modalităților de executare

Indicarea modalităților de executare în cuprinsul cererii de executare silită trebuie apreciată distinct în funcție de natura obligației care trebuie adusă la îndeplinire conform titlului executoriu. Astfel, posibilitatea creditorului de a alege între mai multe modalități de executare prevăzute de lege există numai în cazul în care obligația prevăzută de titlul executoriu presupune o formă de urmărirea silită, adică de executare silită indirectă, specifică executării silită a creanțelor bănești. În cazul acestora, executarea silită poate avea loc, concomitent sau simultan, în oricare dintre formele prevăzute de lege, până la realizarea integrală a creanței și a accesoriilor acesteia, inclusiv plata cheltuielilor de executare (art. 622 alin. 3 C. Proc. Civ.). Prin urmare, în aceste situații, se poate manifesta dreptul de dispoziție al creditorului, în sensul menționării în cererea modalității de executare pe care o consideră adecvată realizării dreptului său. Necesitatea indicării modalității de executare poate fi determinată și de stabilirea, pe baza acesteia, a competenței teritoriale a executorului judecătoresc sesizat de creditor, conform dispozițiilor art. 652 alin. 1 C. Proc. Civ., având în vedere că această competență va fi verificată de instanța de executare în cadrul procedurii de încuviințare a executării silită, potrivit art. 666 alin. 5 pct. 1 C. Proc. Civ. De asemenea, în cazul anumitor modalități de urmărirea legea impune mențiuni suplimentare în cuprinsul cererii de executare silită. Spre

exemplu, conform art. 801 alin. 2 C. Proc. Civ., creditorul trebuie să indice în mod expres în cuprinsul cererii de urmărire a veniturilor generale ale imobilelor care este imobilul sau care sunt imobilele ale căruia/cărora venituri se urmăresc; or această presupune, în mod evident, că în cuprinsul cererii de executare silit trebuie indicată și modalitatea de executare aleasă de creditor⁸. În cazul în care titlul executoriu cuprinde o obligație ce se aduce la îndeplinire printr-o modalitate de executare silit direct, indicarea acesteia în cuprinsul cererii de executare nu este necesară, deoarece oricum legea nu prevede modalități de executare silit alternative. De altfel, raportat la dispozițiile art. 666 alin. 3 C. Proc. Civ., indicarea modalității de executare în cuprinsul cererii de executare este facultativă, având în vedere că potrivit acestui text de lege încheierea de încuviințare a executării va indica modalitatea de executare numai dacă aceasta a fost prevăzută în mod expres în cererea de executare. *Per a contrario*, există și posibilitatea ca în cererea de executare să nu fie menționată în mod expres modalitatea de executare, cu atât mai mult cu cât încuviințarea executării va permite creditorului să ceară executorului judecătoresc care a solicitat încuviințarea să recurgă, simultan sau succesiv, la toate modalitățile de executare prevăzute de lege în vederea realizării drepturilor sale, inclusiv a cheltuielilor de executare (art. 666 alin. 4 teza întâi C. Proc. Civ.), cu respectarea, desigur, a normelor care stabilesc competența teritorială a executorului judecătoresc (art. 652 alin. 1 C. Proc. Civ.).

2.8. Semnătura creditorului sau a reprezentantului acestuia

Reprezentând manifestarea de voință a creditorului în sensul declanșării procedurii de executare și învestirii executorului judecătoresc în acest sens, cererea de executare silit trebuie să fie semnată de acesta sau de reprezentantul său legal sau convențional. În cazul în care cererea nu este semnată sau este semnată de o persoană care nu a făcut dovada calității de reprezentant al creditorului, executorul judecătoresc va acorda un termen scurt pentru complinirea acestor lipsuri, iar în caz contrar va refuza motivat deschiderea procedurii de executare, potrivit art. 665 C. Proc. Civ.

⁸ E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, p. 391.

3. Concluzii

Cererea de executare silită este actul care declanșează procedura de executare și fixează limitele cadrului execuțional. Având în vedere efectele pe care le produce, actul de procedură trebuie să respecte cerințe de rigoare și formalitate, fiind necesar respectarea elementelor pe care legea le prevede în acest sens. Caracterul formal al cererii de executare este verificat, pe de o parte, de executorul judecătoresc, în cadrul procedurii de înregistrare a cererii, dar și de instanța de executare, în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite deoarece, în cadrul acesteia din urmă, instanța este ținută să analizeze toate cerințele referitoare la declanșarea executării silite. Or, între acestea se regăsesc și cele care vizează sesizarea executorului judecătoresc cu cererea de executare silită, implicit cele care se referă la cerințele intrinseci ale acesteia.

PFA, II SAU SRL? O ALEGERE DIFICIL PENTRU MICUL
ÎNȚREPRINZ TOR

AUTHORIZED INDIVIDUAL, SOLE PROPRIETORSHIP, LIMITED
LIABILITY COMPANY? A DIFFICULT CHOICE THAT THE
SMALL ENTREPRENEUR IS FACING

OLGA –ANDREEA URDA¹

Rezumat: Modificările legislative survenite în materie fiscală dar și comercială au creat o serie de dileme în mediul de afaceri vis-a-vis de modul optim de organizare a activității economice. Înainte de 1 ianuarie 2016 și de intrarea în vigoare a noilor dispoziții fiscale aplicabile mai ales persoanei fizice autorizate și întreprinderii individuale, alegerea era mai facilă pentru micii antreprenori însă modificările semnificative relative la impozitele pe care persoanele fizice sunt nevoite să le plătească începând cu această dată au creat o serie de dileme în organizarea activității economice.

Prezentul studiu își propune să analizeze comparativ avantajele și dezavantajele celor trei forme de organizare a activității economice în vederea stabilirii unei soluții optime pentru mediul de afaceri.

Cuvinte-cheie: persoană fizică autorizată, întreprindere individuală, societate cu răspundere limitată, microîntreprindere, răspundere nelimitată, patrimoniu de afecțiune.

Abstract: Legislative amendments that have occurred in fiscal and commercial matters have created a series of dilemmas within the business environment regarding the optimal way of organizing economic activities. Before January 1st 2016 and the entry into force of new fiscal provisions applicable especially to authorized individuals, the choice was easier for small entrepreneurs but significant changes relative to taxes that the authorized individuals are forced to pay from that date have created a series of dilemmas in organizing economic activity. The present study aims to weigh up the advantages and disadvantages of the three forms of business organization to establish an optimal solution for the business environment.

¹Asistent univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: olga.alexandru@uaic.ro.

Keywords: authorized individual, sole proprietorship, Limited Liability Company, microenterprise, unlimited liability, patrimony of affectation

1. Noțiuni introductive

Persoana fizic autorizat (PFA) reprezint , în accepțiunea O.U.G. nr. 44/2008² privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, „persoana fizica autorizată este orice formă de activitate economică permisă de lege, folosind în principal forța sa de muncă”, prin activitate economică înțelegându-se „activitatea agricolă, industrială, comercială, desfășurată pentru obținerea unor bunuri sau servicii a căror valoare poate fi exprimată în bani și care sunt destinate vânzării ori schimbului pe piețele organizate sau unor beneficiari determinați ori determinabili, în scopul obținerii unui profit”³.

În scopul exercitării activității pentru care a fost autorizat, PFA poate colabora cu alte persoane fizice autorizate ca PFA, întreprinzătorii persoane fizice titulari ai unor întreprinderi individuale sau reprezentanți ai unor întreprinderi familiale ori cu alte persoane fizice sau juridice, pentru efectuarea unei activități economice, fiindcă aceasta să își schimbe statutul juridic.

PFA își desfășoară activitatea folosind în principal forța de muncă și aptitudinile sale profesionale. Ea nu poate cumula și calitatea de întreprinzător persoană fizică titular al unei întreprinderi individuale.

Întreprinderea individuală (II) reprezintă întreprinderea economică, fără personalitate juridică, organizată de un întreprinzător persoană fizică, prin întreprindere economică înțelegându-se „activitatea economică desfășurată în mod organizat, permanent și sistematic, combinând resurse financiare, forța de muncă atrasă, materii prime, mijloace logistice și informație, pe riscul întreprinzătorului, în cazurile și în condițiile prevăzute de lege”⁴.

Societatea cu răspundere limitată (SRL) este acea formă de societate reglementată de Legea nr. 31/1990 *ce poate avea unul sau mai mulți asociați care pun în comun anumite bunuri pentru a desfășura activități de*

² Publicat în Monitorul Oficial nr. 328 din 25 aprilie 2008.

³ Art. 2 lit. a) și i) din O.U.G. nr. 44/2008.

⁴ Art. 2 lit. f) și g) din O.U.G. nr. 44/2008.

*producție, comerț sau prestări servicii, în vederea obținerii de profit și care răscesc pentru obligațiile sociale în limita aportului lor*⁵.

2. Aspecte comune

Toate cele trei forme de organizare a activității economice prezintă o serie de caracteristici comune.

Angajarea unor terțe persoane. Atât PFA și II cât și SRL pot să angajeze, în calitate de angajator, terțe persoane cu contract individual de muncă, încheiat în condițiile legii. Astfel, se conferă posibilitatea exercitării unei activități mult mai complexe.

Activitățile ce pot fi exercitate. Cele trei forme de organizare a activităților economice vor avea obiectul de activitate stabilit prin raportare la Nomenclatorul de clasificare a activităților din economia națională – CAEN, aprobat prin H.G. nr. 656/1997⁶.

Obligația de a asigura publicitatea în registrul comerțului - Legea nr. 26/1990 reglementează în art. 1 care sunt persoanele care au obligația să ceară înmatricularea sau, după caz, înregistrarea în registrul comerțului înainte de începerea activității economice printre acestea numărându-se și persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și societățile reglementate de Legea nr. 31/1990. Prin îndeplinirea acestei obligații se asigură protejarea intereselor terților.

Sediul – PFA, II și SRL trebuie să aibă un sediu profesional pe teritoriul României, în condițiile prevăzute de lege.

3. Avantajele oferite de PFA și II ca forme de organizare a activității economice

Alegerea persoanei fizice autorizate sau a întreprinderii autorizate, în vederea organizării activității economice, conferă o serie de avantaje prin comparație cu societatea cu răspundere limitată. Vom expune în cele ce urmează cele mai importante dintre aceste avantaje.

Modul de ținere a contabilității. Persoana fizică autorizată precum și titularul întreprinderii individuale vor ține contabilitate în partid simplu,

⁵ S. Căpenaru, *Tratat de drept comercial român*. Ediția a IV-a, revizuită și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 363; S. Popa, *Drept comercial. Introducere. Persoana fizică. Persoana juridică*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 158.

⁶ H.G. nr. 656/1997 privind aprobarea Clasificării activităților din economia națională – CAEN, publicat în Monitorul Oficial nr. 301 din 5.11.1997.

potrivit reglement rilor privind organizarea i conducerea evidenței contabile în partid simpl de c tre persoanele fizice care au calitatea de contribuabil, în conformitate cu prevederile Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal.

Procedura simplificat a insolvenței. Persoana fizic autorizat precum i persoana fizic titular a unei întreprinderi individuale, vor fi supuse, în caz de insolvenț , procedurii simplificate prev zute de Legea nr. 85/2014 privind procedura insolvenței.

Accesul la profit. Atât PFA cât i persoana fizic titular a unei întreprinderi individuale pot s foloseasc profitul obținut din exercitarea activit ții oricând, nefiind condiționate de a teptarea trecerii unui anumit termen.

Contractarea serviciilor unui expert contabil are un caracter facultativ. În condițiile în care activitatea pe care o exercit nu este una de amploare, costurile cu serviciile unui contabil pot s fie mult prea mari prin raportare la profitul obținut, context în care legea permite persoanei fizice autorizate precum i persoanei fizice titulare a unei întreprinderi individuale s î i țin singure activitatea.

Costuri mici ocazionate cu înființarea precum i proceduri facile de înregistrare. PFA i II pot fi înființate în mod facil i f r concursul unei persoane de specialitate. Nu este reglementat un act constitutiv, obiectul de activitate fiind menționat direct pe formularul de înregistrare, ca i restul detaliilor referitoare la sediu, datele de identitate sau denumire.

Patrimoniul de afecțaiune - reprezint totalitatea bunurilor, drepturilor i obligațiilor persoanei fizice autorizate sau ale titularului întreprinderii individuale, afectate scopului exercit rii unei activit ți economice, constituite ca o fracțiune distinct a patrimoniului persoanei fizice autorizate sau al titularului întreprinderii individuale, separat de gajul general al creditorilor personali ai acestora i are avantajul de a fi facultativ⁷.

⁷Art. 2 lit. j) din O.U.G. nr. 44/2008.

4. Dezavantajele optării pentru PFA sau II ca forme de organizare a activității economice

Răspunderea nelimitată pentru obligațiile dobândite. PFA și persoana fizică titulară a întreprinderii individuale răspund pentru obligațiile lor cu patrimoniul de afecțiune, dacă acesta a fost constituit, și, în completare, cu întreg patrimoniul lor⁸. Acesta este cel mai mare dezavantaj al optării pentru una dintre cele două forme de organizare a activității economice. Răspunderea nu este condiționată de vre-o culpă a profesionistului persoană fizică.

Contribuții ridicate. Începând cu 1 ianuarie 2016 odată cu intrarea în vigoare a noului Cod fiscal regulile privind stabilirea contribuțiilor sociale pentru persoanele fizice care realizează venituri din activități independente sau în spirit semnificativ. Acesta este un dezavantaj evident al acestei forme de organizare⁹.

Riscul recalificării activității de către trei organele fiscale. Art. 7 pct. 2 Cod fiscal conferă posibilitatea recalificării unei activități ca dependentă, în baza unor criterii de apreciere a legăturii contractuale dintre un beneficiar și

⁸Art. 20 și art. 26 din O.U.G. nr. 44/2008.

⁹În acest sens art. 148 Cod fiscal prevede: (1) Pentru persoanele fizice care realizează venituri din activități independente și care determină venitul net anual în sistem real, baza lunară de calcul al contribuției de asigurări sociale, în cazul plăților anticipate cu titlu de contribuții de asigurări sociale, o reprezintă echivalentul a 35% din câștigul salarial mediu brut utilizat la fundamentarea bugetului asigurărilor sociale de stat, prevăzut la art. 139 alin. (3), în vigoare în anul pentru care se stabilesc plățile anticipate.

(2) În cazul persoanelor fizice care realizează venituri din activități independente și care determină venitul net anual pe baza normelor anuale de venit, baza lunară de calcul al contribuției de asigurări sociale o reprezintă valoarea anuală a normei de venit raportată la numărul de luni în care se desfășoară activitatea și nu poate fi mai mic decât echivalentul reprezentând 35% din câștigul salarial mediu brut utilizat la fundamentarea bugetului asigurărilor sociale de stat, prevăzut la art. 139 alin. (3), în vigoare în anul pentru care se stabilesc plățile anticipate, și nici mai mare decât echivalentul a de 5 ori acest câștig.

(3) Pentru persoanele fizice prevăzute la alin. (1), baza lunară de calcul al contribuției de asigurări sociale se recalculează în anul următor celui de realizare a venitului, în baza declarației privind venitul realizat, și se stabilește ca diferență între venitul brut realizat și cheltuielile efectuate în scopul desfășurării activității independente, exclusiv cheltuielile reprezentând contribuția de asigurări sociale, raportată la numărul de luni în care a fost desfășurată activitatea. Baza lunară de calcul nu poate fi mai mic decât echivalentul reprezentând 35% din câștigul salarial mediu brut utilizat la fundamentarea bugetului asigurărilor sociale de stat, prevăzut la art. 139 alin. (3), în vigoare în anul pentru care se efectuează definitivarea contribuției, și nici mai mare decât echivalentul a de 5 ori acest câștig.

un prestator care constau în aprecierea „relației de subordonare, accesul la baza materială, suportarea cheltuielilor de deplasare și suportarea indemnizațiilor de concediu ori incapacitate de muncă”¹⁰.

Interesul aprecierii activității persoanei fizice autorizate respectiv întreprinzătorului individual ca fiind una dependentă sau independentă este dat de modul diferit de stabilire a impozitului pentru veniturile salariale față de cele profesionale¹¹.

5. Avantajele oferite de SRL ca formă de organizare a activității economice

Societatea cu răspundere limitată a devenit una dintre cele mai utilizate forme de organizare a activității economice, motivat de avantajele de necontestat pe care le oferă.

Posibilitatea asocierii sub aceeași formă de organizare. SRL poate fi constituit atât cu asociat unic cât și cu doi sau mai mulți asociați. Asocierea permite mai multor persoane să investească împreună în vederea obținerii de beneficii.

Răspundere limitată – de departe cel mai mare avantaj al optării pentru SRL ca formă de organizare a activității economice îl constituie răspunderea limitată a asociaților la aporturile efectuate. Într-adevăr această protecție nu are un caracter absolut. În acest sens, în art. 237¹ alin. (3) și (4) sunt reglementate situațiile în care asociatul pierde acest privilegiu. Astfel, va răspunde nelimitat asociatul care, în fraudă creditorilor, abuzează de caracterul limitat al răspunderii sale și de personalitatea juridică distinctă a societății răspunde nelimitat pentru obligațiile neachitate ale societății dizolvate, respectiv lichidate. Această antrenare a răspunderii sale se realizează mai ales în situația în care acesta dispune de bunurile societății ca și cum ar fi bunurile sale proprii sau dacă diminuează activul societății în beneficiul personal ori al unor terți, cunoscând sau trebuind să cunoască faptul că în acest mod societatea nu va mai fi în măsură să își execute obligațiile.

¹⁰ I.M. Costea, *Drept financiar. Note de curs. Conform noului Cod fiscal și noului Cod de procedură fiscală*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 112.

¹¹ A se vedea: I.M. Costea, *op. cit.*, p. 112; I.M. Costea, D.M. Iluc, *Din nou despre activitățile (in)dependente*, în revista TaxMagazine, nr. 5 din mai 2015, p. 218-222.

Impozite mai mici. Începând cu 1 ianuarie 2016 odată cu intrarea în vigoare a noului Cod fiscal taxele și impozitele pe care un SRL ar trebui să le plătească sunt, în situații comparabile, adică pentru același profit, mai mici decât în cazul PFA și II.

6. Dezavantajele optării pentru SRL ca formă de organizare a activității economice

Accesul la beneficii. Dacă PFA sau titularul unei întreprinderi individuale are acces oricând la profit în cazul SRL asociaților li se vor împărți beneficiile proporțional cu cota de participare la capitalul social votat, în termenul stabilit de adunarea generală a asociaților sau, după caz, stabilit prin legile speciale, dar nu mai târziu de 6 luni de la data aprobării situației financiare anuale aferente exercițiului financiar încheiat. În cazul în care au fost plătite dividende contrar acestor dispoziții se vor restitui, dacă societatea dovedește că asociații au cunoscut neregularitatea distribuirii sau, în împrejurările existente, trebuiau să o cunoască.

Mai mult, conform art. 272¹ din Legea nr. 31/1990 este incriminată fapta fondatorului, administratorului sau reprezentantului legal al societății care încasează sau plătește dividende, sub orice formă din profituri fictive ori care nu puteau fi distribuite, în lipsa situației financiare anuale sau contrar celor rezultate din aceasta.

Ținerea contabilității în partid dublu. Toate societățile reglementate de Legea nr. 31/1990, și implicit societatea cu răspundere limitată, au obligația de a conduce contabilitatea în partid dublu și să întocmească situații financiare anuale, potrivit reglementărilor contabile aplicabile.

Obligativitatea angajării unui expert contabil. Contabilitatea va fi organizată și condusă pe baza de contracte de prestări de servicii în domeniul contabilității, încheiate cu persoane fizice sau juridice, autorizate potrivit legii, membre ale Corpului Experților Contabili și Contabililor Autorizați din România.

Costuri ridicate ocazionate cu înființarea. Spre deosebire de înregistrarea unei persoane fizice autorizate sau întreprinderi autorizate, care nu ridică probleme deosebite, constituirea unei societăți cu răspundere limitată impune, în genere, apelarea la ajutor de specialitate. Taxele ocazionate cu înmatricularea societății în registrul comerțului sunt cel puțin duble față de cele calculate pentru înregistrarea profesionistului persoană

fizic în registrul comerțului. Mai mult actul constitutiv al societății cu răspundere limitată trebuie să aibă dat cert, formalitate care presupune de asemenea costuri suplimentare, indiferent de modul în care se realizează, de către avocat, notar sau funcționar care lucrează în cadrul oficiului registrului comerțului.

Obligativitatea unui capital social minim. Pentru societatea cu răspundere limitată art.11 din Legea nr. 31/1990 reglementează un capital social minim, în cuantum de 200 lei, care trebuie să fie versat integral la momentul constituirii societății. Capitalul social reprezintă gajul general al creditorilor sociali. Un real dezavantaj în cazul societății cu răspundere limitată este acela că asociații, care au adus ca aport un bun în societate, nu pot să solicite, în cazul lichidării societății, restituirea în natură a acelui bun, afară de cazul în care actul constitutiv conține precizări punctuale în acest sens.

7. Concluzii

În mod cert atunci când se optează între PFA, SRL și SRL trebuie avut în vedere sectorul de activitate în care va opera. Riscul răspunderii nelimitate trebuie înțeles și asumat de către cei care își doresc inițierea unei afaceri. Pe de altă parte persoana fizică autorizată și întreprinderea individuală organizează activități mai puțin complexe, bazate în genere pe forța de muncă și aptitudinile unei singure persoane, chiar și în situația existenței unor angajați. De altfel, forma de răspundere, justifică și numărul redus de angajați, pe care îl au în genere aceste două entități.

Reglementarea în legislația noastră a acestor trei forme de exercitare a activității economice oferă antreprenorilor o paletă destul de largă de opțiuni, adaptate nevoilor și strategiilor de afaceri.

OBSERVAȚII REFERITOARE LA IMPACTUL PRODUS ASUPRA
UNOR INSTITUȚII GENERALE ALE DREPTULUI PENAL DE
MODIFICĂRILE APORTATE PRIN ORDONANȚA DE URGENȚĂ A
GUVERNULUI NR. 18/2016

COMMENTS ON THE IMPACT CAUSED BY THE GOVERNMENT
EMERGENCY ORDINANCE NO. 18/2016 UPON SOME GENERAL
CRIMINAL LAW INSTITUTIONS

MIHAI DUNEA¹

Rezumat: Prezentul articol abordează o chestiune de actualitate în materie juridico-penală, respectiv problema impactului produs asupra anumitor instituții generale ale dreptului penal, prin intrarea în vigoare (de data recentă – 23 mai 2016) a dispozițiilor ordonanței de urgență a Guvernului nr. 18/2016, conținând prevederi de modificare și completare a Codului penal și a Codului de procedură penală. Direct sau indirect, aceste reglementări pot fi puse în legătură (printre altele) cu instituții penale generale precum: unele cauze de înlăturare a răspunderii penale (prescripția răspunderii penale și împiedicarea, respectiv încheierea unui acord de mediere cu privire la latura penală a cauzei); răspunderea penală a persoanei juridice și regimul sancționator specific infractorilor minori, coroborate cu problematica generală a raportului dintre conceptele de *limite speciale* – *limite generale* ale anumitor categorii de sancțiuni de drept penal; existența unității infracționale legale (sub forma infracțiunii complexe) sau a pluralității de infracțiuni (sub forma concursului ideal de infracțiuni), în raport de interacțiunea anumitor fapte penale determinate; natura juridică specifică care poate fi / trebuie să fie atribuită anumitor dispoziții de incriminare (nou introduse în Partea specială a Codului penal); corelarea sau lipsa de corelare a unor dispoziții penale substanțiale, respectiv procesual penale, vizând funcționarea anumitor instituții cu dublu natură juridică (materială și de procedură). Autorul schițează o analiză critică asupra acestor subiecte, relevând opinia sa cu privire la aspectele pozitive, precum și la cele perfectibile, ale modificărilor asumate de legiuitorul penal (delegat), emițând chiar unele propuneri *de lege ferenda* în considerarea momentului la care legiuitorul propriu-zis urmează să se pronunțe cu

¹ Asistent univ. dr., Universitatea „Alexandru I. Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, e-mail: mihai.dunea@uaic.ro.

privire la respingerea ori aprobarea (cu sau fără modificări) a ordonanței de urgență în cauză.

Cuvinte-cheie: O.U.G. nr. 18/2016; Cod penal; Cod de procedură penală; modificări complete; prescripția răspunderii penale; împănirea; limite generale și limite speciale ale unor categorii de sancțiuni de drept penal; infracțiune complexă; concurs ideal de infracțiuni; act sexual cu un minor; incest; membru de familie; rudă în linie directă, frate sau soră; infracțiuni contra patrimoniului care au produs consecințe deosebit de grave; natură juridică; necorelări între reglementarea substanțială și cea procesuală penală în materia anulării renunțării sau amânării aplicării pedepsei.

Abstract: This article addresses a topical issue in the field of current Romanian criminal law, namely the issue of the impact produced on some general criminal law institutions by the entry into force (of recent date - May 23, 2016) of the provisions of the Government Emergency Ordinance no. 18/2016, containing provisions amending and supplementing both the Criminal Code and the Criminal Procedure Code. Directly or indirectly, these provisions may be linked (among others) with certain general criminal law institutions, such as: some of the causes of removal of criminal liability (prescription of criminal liability and reconciliation, namely the conclusion of a mediation agreement regarding the criminal side of some criminal case); the problem of criminal liability of legal entities and the specific sanctioning regime of under-aged offenders, in conjunction with the general issue of the relationship between the concepts of special limits and general limits of certain categories of criminal law sanctions; the existence of a legal unity of offence (in the form of the complex offence) or the existence of a plurality of offences (in the form of ideal concurrence of offences), in relation to the interaction of certain specified offenses; the specific legal nature that can be / should be attributed to some special provisions describing offences newly introduced in the Special Part of the Criminal Code; the correlation or lack of correlation between some substantial criminal provisions and some procedural criminal provisions, regarding the functioning of certain institutions with dual legal nature (both substantial and procedural one). The author outlines a critical analysis on these topics, revealing his opinion about the positive aspects, as well as those still perfectible, of the changes made by the criminal legislator (delegate legislator), issuing even some proposals of improving the law, considering the point at which the legislature itself shall decide on the approval or rejection (with or without modification) of the emergency ordinance in question.

Keywords: Government Emergency Ordinance no. 18/2016; Romanian Criminal Code; Romanian Code of Criminal Procedure; amendments and additions; prescription of criminal liability; reconciliation; general limits and special limits of

certain categories of criminal law sanctions; the complex offense; ideal concurrence of offenses; sexual intercourse with a minor; incest; family member; relative in direct line, brother or sister; crimes against the patrimony with extremely serious consequences; legal nature; inconsistencies between the substantial criminal legislation and the criminal procedural legislation in regard to the institution of cancelling the renunciation or the postponement of applying the penalty.

1. Cadrul analizei

Începând cu data de 23 mai a anului 2016 au intrat în vigoare o serie de modificări și completări normative aduse Codului penal al României², Codului de procedură penală al României³ și Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară⁴, aportate prin ordonanța de urgență a Guvernului nr. 18/2016⁵, care a dispus și o viitoare republicare⁶ a celor două coduri, material și procesual penal. Deși (aparent), actul normativ astfel indicat a modificat (mai precis: a completat) o singură dispoziție din Partea generală a C. pen.⁷, trebuie remarcat împrejurarea că, dincolo de această completare directă, există și o serie de modificări / completări care vizează indirect (și) anumite instituții generale ale dreptului penal, deși prevederile cuprinse în O.U.G. nr. 18/2016 le reglementează ca modificări / completări care vizează (direct) anumite dispoziții cuprinse fie în Partea specială a C. pen., fie în C. proc. pen. Ne asumăm chiar afirmația că aceste din urmă modificări / completări tind a produce un impact mai pregnant asupra anumitor instituții generale ale dreptului penal, decât modificările / completările care privesc formal, direct, dispozițiile normative cuprinse în Partea generală a C. pen.

² Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicat în Monitorul Oficial al României (Partea I) nr. 510/2009 [în continuare, pe parcursul prezentului articol, vom folosi abrevierea „M. Of.” pentru a desemna Monitorul Oficial al României, respectiv abrevierea „C. pen.” pentru a desemna Codul penal în vigoare al României].

³ Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicat în M. Of. (Partea I) nr. 486/2010 [în continuare, pe parcursul prezentului articol, vom folosi abrevierea „C. proc. pen.” pentru a desemna Codul de procedură penală în vigoare al României].

⁴ Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară a fost publicată în M. Of. (Partea I) nr. 576/2004, fiind ulterior republicată în M. Of. (Partea I) nr. 827/2005.

⁵ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 18/2016 a fost publicată în M. Of. (Partea I) nr. 389/2016 [în continuare, pe parcursul prezentului articol, vom folosi abrevierea „O.U.G.” pentru a desemna ordonanțele de urgență ale Guvernului].

⁶ Potrivit art. VI alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 18/2016, atât C. pen. cât și C. proc. pen. urmează a fi republicate în M. Of. (Partea I), după aprobarea O.U.G. prin lege.

⁷ Este vorba despre art. 154 alin. 4 C. pen. – text în materia prescripției răspunderii penale – care a fost modificat / completat prin prevederile art. I pct. 1 din O.U.G. nr. 18/2016.

Astfel, fără pretenția unei tratări exhaustive a problematicii instituțiilor penale generale afectate de modificările normative aportate prin O.U.G. nr. 18/2016, ne propunem să întrezărim, în continuare, impactul produs în materia dreptului penal – partea generală, de dispozițiile cuprinse în următoarele articole / puncte ale actului normativ pre-indicat: art. I pct. 1 (referitor la modificarea art. 154 alin. 4 C. pen.)⁸; art. I pct. 13 (referitor la completarea – prin adugarea alin. 6 – a art. 345 C. pen.) și art. I pct. 14 (referitor la modificarea / completarea art. 356 C. pen.)⁹; art. II pct. 2 (referitor la modificarea art. 25 alin. 5 C. proc. pen.)¹⁰; art. II pct. 100 (referitor la modificarea art. 396 alin. 10 C. proc. pen.) și art. II pct. 121 (referitor la completarea – prin introducerea alin. 4 – a art. 480 C. proc. pen.)¹¹. În secundar, vom puncta și scurte observații cu privire la alte dispoziții din O.U.G. nr. 18/2016, care pot fi puse în legătură cu instituțiile și probleme de analiză specifice dreptului penal – parte generală, respectiv acelea cuprinse în: art. I pct. 7 (vizând modificarea anumitor prevederi din art. 220 C. pen.)¹²; art. I pct. 11 (prin care se introduce în C. pen. art. 256¹)¹³;

⁸ După cum s-a indicat deja, această modificare vizează instituția prescripției și spunderii penale.

⁹ Aceste modificări produc consecințe în materia instituției și spunderii penale a persoanei juridice și – la un nivel de referință mai generic – în materia sancțiunilor de drept penal (mai precis: a pedepselor), referitor la raportul dintre conceptele: *limite speciale* – *limite generale de pedeapsă*.

¹⁰ Modificarea are legătură cu instituția penal substanțială împiedicării, în calitate de cauză de înlăturare a răspunderii penale, dar și de stingere a acțiunii civile (este vizat, de asemenea, și instituția medierii cu privire la latura penală a cauzei, impusă cu natura juridică de cauză *sui-generis* de înlăturare a răspunderii penale, prin jurisprudența obligatorie a instanței supreme – așa se vede decizia nr. 9/2015 pronunțată, ca hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală al Înaltei Curți de Casație și Justiție, decizie publicată în M. Of., Partea I, nr. 406/2015, consultabil în format electronic, on-line, la adresa de internet, în 18 iunie 2016: <http://www.scj.ro/1093/Detailii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=120645>).

¹¹ Aceste modificări produc consecințe în materia instituției și spunderii penale a infractorului minor și – la un nivel de referință mai generic – în materia sancțiunilor de drept penal (mai precis: a măsurilor educative), referitor la existența și eventualul raport dintre conceptele: *limite speciale* – *limite generale ale măsurilor educative*, precum și asupra efectului produs de incidența cauzelor de atenuare a răspunderii penale asupra măsurilor educative.

¹² În urma acestor modificări, apreciem că se (re)deschide o problemă de interpretare a legii referitoare la absorbția (într-o unitate legal infracțională – infracțiune complexă pe conținut agravat) sau soluția concursului ideal între o infracțiune contra libertății și integrității sexuale (actul sexual cu un minor) și infracțiunea de incest.

art. II pct. 130 (prin care s-au modificat dispozițiile art. 581¹ alin. 2 C. proc. pen.)¹⁴ – r mând, desigur, o serie de alte prevederi de interes a c ror tratare excede, îns , actuala noastr preocupare, în cadrul de față .

2. Modificări în materia prescripției r spunderii penale

Potrivit art. I pct. 1 din O.U.G. nr. 18/2016, s-a dispus modificarea / completarea art. 154 alin. 4 C. pen. Potrivit reglementării inițiale, art. 154 C. pen. (text cu denumirea marginală : „Termenele de prescripție a r spunderii penale”), consacra, în alin. 4, o excepție de la regula incidentă în materia momentului de la care se calculează termenul de prescripție a r spunderii penale (a datei de la care începe să curgă acest termen)¹⁵, dispunând: „În cazul infracțiunilor contra libertății și integrității sexuale, s vârite față de un minor, termenul de prescripție începe să curgă de la data la care acesta a devenit major. Dacă minorul a decedat înainte de împlinirea majoratului, termenul de prescripție începe să curgă de la data decesului”. Se stipula astfel, implicit, (și) o veritabilă modificare (potențială) a duratei termenelor de prescripție a r spunderii penale în anumite cazuri (cele vizate de dispoziția legală în cauză).¹⁶

¹³ Completarea atrage, în opinia noastră, problema determinării naturii juridice a acestei norme de incriminare, care vizează agravarea r spunderii penale pentru unele infracțiuni contra patrimoniului, atunci când s-au produs consecințe deosebit de grave prin comiterea acestora.

¹⁴ Modificarea vizează o compatibilizare formală a unor raporturi procesuale penale la o instituție penală substanțială (renunțarea la aplicarea pedepsei, sub raportul anulării acesteia), fără a realiza însă și o compatibilizare pe fond a unor incongruențe ce se pot contura între reglementarea penală materială și aceea procesuală, în privința acestei instituții (și nu numai).

¹⁵ Astfel, potrivit art. 154 alin. 2 C. pen., regula este că termenele de prescripție a r spunderii penale încep să curgă de la data s vâririi infracțiunii (cu precizarea că, în cazul infracțiunilor continue, continuate și de obicei, trebuie considerat acest moment ca fiind acela al epuizării activității infracționale, în timp ce pentru infracțiunile progresive se apreciază acel moment ca fiind data s vâririi acțiunii sau inacțiunii).

¹⁶ Astfel, luând ca exemplu ipotetic ipoteza unei infracțiuni de viol comisă în anul 2015 asupra unui minor în etate de 15 ani la data s vâririi infracțiunii, coroborând textele art. 218 alin. 3 C. pen. și art. 154 alin. 1 lit. b), respectiv alin. 2 C. pen., reiese un termen (general) de prescripție a r spunderii penale de 10 ani (care s-ar împlini, aadar, în anul 2025, când victima ar atinge vârsta de 25 de ani). Prin aplicarea art. 154 alin. 4 C. pen., prorogându-se momentul de la care se consideră că începe să curgă termenul de prescripție a r spunderii penale (formal r mas tot de 10 ani), până la împlinirea, de către victimă, a vârstei majoratului, reiese că termenul va începe să curgă din 2018 (când victima atinge 18 ani), împlinindu-se în 2028 (când victima atinge vârsta de 28 de ani). Or, acest aspect presupune că, de fapt, infractorul ar avea de așteptat (în acest caz particular), nu 10, ci 13 ani, de la data comiterii infracțiunii,

Menținând nemodificate dispozițiile existente în reglementarea anterioară (reglementarea inițială a C. pen. actual), legiuitorul i-a manifestat, prin intermediul O.U.G. nr. 18/2016, voința de a extinde această excepție și asupra altor categorii de infracțiuni, atunci când acestea au drept victimă un minor, astfel încât, prin art. I pct. 1 din actul normativ precizat, s-a dispus: «La art. 154 [C. pen. – s.n.], alin. 4 se modifică și va avea următorul cuprins: „În cazul infracțiunilor contra libertății și integrității sexuale, al celor de trafic și exploatare a persoanelor vulnerabile, precum și al infracțiunii de pornografie infantilă [s.n.], sârurile faș de un minor, termenul de prescripție începe să curgă de la data la care acesta a devenit major. Dacă minorul a decedat înainte de împlinirea majoratului, termenul de prescripție începe să curgă de la data decesului”». Prin urmare, conservând excepția anterior reglementată cu privire la data de începere a curgerii termenelor de prescripție a răspunderii penale (și – implicit – la durata reală, potențial majorată – indeterminată, dar determinabilă – a acestor termene) în cazul anumitor categorii de infracțiuni comise asupra unei victime care este o persoană fizică minoră (anume, infracțiunile contra libertății și integrității sexuale)¹⁷, legiuitorul a extins-o și asupra altor categorii de infracțiuni, (tot numai) atunci când sunt comise asupra minorilor (anume, asupra infracțiunilor de trafic și exploatare a persoanelor vulnerabile¹⁸, precum și al infracțiunii de pornografie infantilă¹⁹).

pentru a-și vedea înlăturată răspunderea penală prin intermediul prescripției (generale). Din perspectiva sa, a adă, termenul de prescripție a răspunderii penale, într-o atare ipoteză, este mai mare (mai lung) decât termenul de prescripție a răspunderii penale pentru o infracțiune similară, de viol agravat, dar comisă fie asupra unei victime minore mai în etate (mai apropiată de 18 ani), ori asupra unei victime majore (cu reținerea unui alt element circumstanțial agravant care s-a condus la încadrarea faptei în art. 218 alin. 3 C. pen.)!

¹⁷ Incriminate în Capitolul VIII din Titlul I („Infracțiuni contra persoanei”) al Partii speciale a C. pen., art. 218-223 (conținând incriminarea violului, agresiunii sexuale, actului sexual cu un minor, coruperii sexuale a minorilor, răcolirii minorilor în scopuri sexuale, hărțuirii sexuale). De precizat că prin O.U.G. nr. 18/2016 s-au operat modificări / completări inclusiv asupra unora dintre aceste norme de incriminare (respectiv: violul, agresiunea sexuală, actul sexual cu un minor, coruperea sexuală a minorilor); a se vedea art. I pct. 5-10 din O.U.G. nr. 18/2016.

¹⁸ Incriminate în Capitolul VII din Titlul I („Infracțiuni contra persoanei”) al Partii speciale a C. pen., art. 209-217 (conținând incriminarea sclaviei, traficului de persoane, traficului de minori, supunerii la muncă forțată sau obligatorie, proxenetismului, exploatarea ceretoriei, folosirii unui minor în scop de ceretorie, folosirii serviciilor unei persoane exploatate și – de la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 18/2016 – a folosirii prostituției infantile). De precizat că prin O.U.G. nr. 18/2016 s-au operat modificări / completări inclusiv asupra unora dintre aceste norme de incriminare, separat de aspectul introducerii în vigoare a

Desigur că decizia legiuitorului este una de oportunitate a reglementării, prin aceasta punându-se în evidență anumite țeluri de politic penal similare aceluia care au determinat și reglementarea inițială a art. 154 alin. 4 C. pen., referitoare inclusiv la principiul interesului superior al minorului și la necesitatea unei cât mai largi și eficiente protecții a acestei categorii de subiecți de drept.²⁰ Singurele observații pe care le putem formula în raport de această completare a legii penale generale, prin intermediul O.U.G. nr. 18/2016, ar fi doar următoarele:

- Nu suntem convinși, pe deplin, de caracterul urgent, excepțional, al necesității care a impus această reglementare, prin intermediul unei ordonanțe de urgență (ne întrebăm care era aici împrejurarea care determina o imposibilitate de amânare a reglementării²¹, astfel încât aceasta să parcurgă procedura firească – desigur, mult mai lent – a adoptării printr-o lege organică, izvor principal de bază în materia dreptului penal). Totuși, observăm că în cadrul formal al motivării necesității care a impus reglementarea prin O.U.G. nr. 18/2016, se regăsesc referiri la imperativul transunerii de urgență, în legislație, a efectelor unor decizii ale Curții Constituționale a României, precum și a prevederilor unor „acte comunitare cu impact atât asupra dreptului substanțial penal, cât și asupra dreptului procesual penal” cu privire la care se desfășoară „proceduri de infringement aflate în fază avansată”. Unul dintre aceste documente internaționale, astfel cum este el menționat în motivarea O.U.G. nr. 18/2016, este Directiva 2011/93/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind combaterea

noii incriminări a folosirii prostituției infantile – art. 216¹ (respectiv: s-au operat modificări asupra formelor agravate ale traficului de minori și s-a extins incriminarea tentativei asupra infracțiunii de folosire a serviciilor unei persoane exploatate, precum și asupra noului inseratei folosirii a prostituției infantile); a se vedea art. I pct. 2-4 din O.U.G. nr. 18/2016.

¹⁹ Incriminat în Capitolul I („Infracțiuni contra ordinii și liniștii publice”) din Titlul VIII („Infracțiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială”) al Partii speciale a C. pen., art. 374. De precizat că prin O.U.G. nr. 18/2016 s-au operat modificări / completări inclusiv asupra acestei norme de incriminare; a se vedea art. I pct. 15 al O.U.G. nr. 18/2016.

²⁰ Potrivit Expunerii de motive a noului Cod penal, se stipulează: „În același timp s-a prevăzut că în cazul infracțiunilor contra libertății și integrității sexuale, s-vârșite fa de un minor, termenul de prescripție începe să curgă de la data la care acesta a devenit major, pentru a se crea astfel posibilitatea urmării acestor infracțiuni chiar dacă au fost descoperite la un interval de timp mai mare de la comiterea lor” – punctul 2.39 lit. c) al documentului, care poate fi consultat în format electronic, on-line, la adresa de internet: <http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf> (verificat la data de 18.06.2016).

²¹ A a cum impune dispoziția din art. 115 alin. 4 al Constituției României (revizuit și republicat).

abuzului sexual asupra copiilor, a exploatareii sexuale a copiilor și a pornografiei infantile, care, printre alte dispoziții, prevede și c : „Ar trebui facilitate cercetarea penală a infracțiunilor și punerea sub acuzare în cadrul procedurilor penale, pentru a se ține seama de dificultatea, pentru copiii victime, de a denunța abuzul sexual, precum și de anonimatul infractorilor în spațiul virtual. Pentru a garanta succesul cercetării și urmării penale în cazul infracțiunilor menționate în prezenta directivă, inițierea acestora ar trebui să nu depindă, în principiu, de sesizarea sau de formularea de acuzații în acest sens de către victimă sau de către reprezentantul său. Durata perioadei suficient de lungi pentru urmărirea penală ar trebui să fie stabilită în conformitate cu dreptul național”.²²

- Urmează să se determine în ce măsură extinderea (*in mala partem*, în raport de anumii infractori), a acestei excepții de la data curgerii (și de la însuși durata) termenelor de prescripție a răspunderii penale, în cazul anumitor categorii de infracțiuni (cele de trafic și exploatare a persoanelor vulnerabile și cele de pornografie infantilă), poate fi constituțional interpretat ca aplicabil și persoanelor care au comis astfel de infracțiuni (asupra unor victime ce sunt persoane minore), înainte de data intrării în vigoare a dispozițiilor legate în cauză (prin intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 18/2016, cu toate discuțiile ce pot viza încălcarea anumitor componente esențiale care decurg din principiul fundamental al legalității incriminării, prin aceea că o ordonanță de urgență intră în vigoare în chiar ziua publicării sale în M. Of., și cu sensibile discuții referitoare la situația persoanelor care au comis asemenea infracțiuni, asupra unor minori, în chiar ziua publicării în M. Of. a O.U.G. nr. 18/2016). Ne exprimăm opinia de principiu că o asemenea extindere, fiind neprevizibilă și în detrimentul anumitor infractori, nu ar trebui să funcționeze decât în raport de infracțiunile de acest gen comise, asupra minorilor, de la data intrării în vigoare a respectivei norme

²² A se vedea art. (26) al Directivei, care poate fi consultat (de exemplu), în format electronic, on-line, la adresa de internet (verificat la data de 18.06.2016): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0093>. Potrivit celor indicate în motivarea O.U.G. nr. 18/2016 (și unui document al Ministerului Afacerilor Externe al României, referitor la Directivele Uniunii Europene cu termen de transpunere depășit, de România, care fac obiectul unor acțiuni ce privesc necomunicarea măsurilor naționale de transpunere în dreptul intern, document care se poate consulta în format electronic, on-line, la adresa de internet, verificat pe 18.06.2016: <http://documents.tips/documents/lista-mae-privind-procedurile-de-infringement-asupra-romaniei-pentru-netranspunerea.html>), față de această Directivă procedura de infringement a fost declanșată încă din cursul anului 2014 (Cauza 2014/0192).

(de extindere a excepției), în viitor, iar nu i față de cazurile în care asemenea infracțiuni erau deja comise, asupra unor minori, înainte de 23 mai 2016 (termenele de prescripție a r spunderii penale pentru respectivele infracțiuni fiind deja în curs, potrivit dispozițiilor penale în vigoare la data comiterii faptelor – art. 154 C. pen., anterior modificării prin O.U.G. nr. 18/2016).

3. Modificări în materia sancțiunilor de drept penal (privind raportul dintre conceptele de *limite generale* – *limite speciale* ale sancțiunilor penale)

3.1. Cu titlu de *aspecte preliminare* acestei chestiuni, vom puncta (din rațiuni preponderent didactice), pe scurt, bine-cunoscuta distincție existentă (din punct de vedere științific, obiectiv) și constant relevată în doctrină, dintre conceptele de *limite generale*, respectiv *limite speciale* ale unei anumite categorii de sancțiuni juridice (juridico-penale, în particular, ținând cont de cadrul prezentei analize).

Astfel, raportându-ne la categoria sancțiunilor (juridice, juridico-penale în particular), s-a observat că acestea pot fi clasificate după multiple criterii. Printre acestea, raportându-ne la criteriul entității care instituie sancțiunea, putem distinge *sancțiuni prevăzute de legiuitor*, deci *sancțiuni abstracte* (descrise într-un text normativ, aadar neindividualizate în considerarea unei anumite situații concrete din realitatea obiectivă, prin urmare situate la un stadiu abstract de referință), respectiv *sancțiuni determinate de organul de aplicare* (de judecător, în ceea ce privește expunerea de față), deci *sancțiuni concrete* (individualizate judiciar în considerarea aspectelor obiective și subiective ale unei spețe determinate, dând expresie punctual sancțiunii abstracte prevăzute de lege pentru situații de tipul celei în cauză, aadar sancțiuni situate la un stadiu concret de referință). După un alt criteriu de clasificare, anume aptitudinea sancțiuni de a fi sau nu individualizată (adaptat) în considerarea unor aspecte particulare variate, sancțiunile juridice (juridico-penale, inclusiv) se împart în *sancțiuni nedeterminate* și *sancțiuni determinate*, cele din urmă putând fi *absolut determinate*, ori doar *relativ determinate*. Primele nu indic deloc (nici măcar în gen / specie / tip) felul sancțiunii²³, pe când celelalte îl indică într-o

²³ Spre exemplu, o asemenea formă de sancțiune ar fi aceea care ar stipula că un anumit tip de comportament urmează să atrage *cele mai severe reacții ale autorității*, respectiv că se

manier mai mult sau mai puțin strict, lăsând (cele relativ determinate²⁴), sau nu (cele absolut determinate²⁵) loc pentru individualizare, din punct de vedere al duratei sau cuantumului sancțiunii, în cadrul genului / tipului / speciei respective.

În considerarea faptului că principiul individualizării tinde a fi admis (în genere) ca un principiu fundamental în dreptul penal modern / contemporan, legiuitorul penal a limitat la maxim sancțiunile de drept penal absolut determinate pe care le instituie în dreptul pozitiv, axându-se, în principal, asupra sancțiunilor relativ-determinate, la nivel abstract.²⁶ Or, dacă ne raportăm la sancțiuni relativ-determinate, devin necesare determinările conceptelor de *limite generale*, respectiv *limite speciale* ale sancțiunii (ale unei anumite categorii de sancțiuni), tocmai pentru că o sancțiune relativ determinată presupune indicarea legală a tipului / speciei / genului sancțiunii, cu stabilirea unui palier de intensitate / durată / cuantum în care poate fi aceasta instituit în varii cazuri concrete; acest palier / interval al sancțiunii este jalonat de o valoare inferioară – o *limită minimă* – respectiv de o valoare superioară – o *limită maximă*.

va sancționa cu toată asprimea, fără a indica nici măcar generic felul sancțiunii aplicabile (ca tip / gen / specie).

²⁴ În cazul sancțiunilor relativ determinate, se prevede normativ tipul / genul / specia sancțiunii, precum și limitele între care se poate stabili și aplica aceasta (de ex.: pentru comiterea unei anumite infracțiuni, urmează să se aplica pedeapsa cu închisoarea, de la 1 la 5 ani), organul de aplicare a legii (în ceea ce privește analiza de fapt, instanța de judecată) urmând ca între respectivele limite să stabilească (și, eventual, să aplice) un cuantum / o durată concretă a acelui tip de sancțiune (spre exemplu, unei persoane care a comis o infracțiune, în anumite circumstanțe, i se va stabili o pedeapsă de 2 ani închisoare, altei persoane, care a comis o infracțiune în alte circumstanțe, i se va stabili o pedeapsă de 3 ani închisoare etc.).

²⁵ O sancțiune absolut determinată este aceea care, fiind indicată normativ în genul / tipul / specia sa, nu poate fi individualizată, adaptată în considerarea anumitor particularități ale unui caz concret, urmând să se aplice invariabil pentru toate cazurile de același fel, indiferent de variațiile obiective sau subiective existente între acestea. Spre exemplu, pedeapsa detențiunii pe viață nu poate fi adaptată, în momentul pronunțării, cazului concret. Astfel, dacă aceasta este unica pedeapsă prevăzută de lege pentru comiterea unei infracțiuni (cum este cazul, de pildă, potrivit art. 428 alin. 2 C. pen. – infracțiunea de genocid, forma agravată), instanța o va pronunța în mod egal pentru oricare persoană care a săvârșit respectiva infracțiune, fără a o putea adapta suplimentar față de dispunerea sa legală (abstractă).

²⁶ Considerăm că precizarea *la nivel abstract* referitor la instituirea sancțiunilor relativ determinate, ca regulă, în dreptul penal actual, este necesară, deoarece, la nivelul sancțiunii concret determinate (judiciar stabilite) ne aflăm în fața unei sancțiuni absolut determinate, care, odată pronunțată, nu mai poate fi – în principiu – ulterior modificată, în mod normal, infractorului stabilindu-i-se precis, cu exactitate, sancțiunea concretă strict corespunzătoare gravității faptei comise și pericolozității sale, manifestate prin săvârșirea acesteia.

Prin variațiile acestor limite, prevzute de lege în considerarea unor tipuri distincte de fapte ilicite (aspect combinat cu acela al speciei de sancțiune relativ-determinat prevzută pentru genul de comportament în cauză), se poate exprima aprecierea abstractă a legiuitorului referitor la pericolozitatea socială a tipului de fapt avut în vedere, precum și la importanța abstractă a valorii sociale / relațiilor sociale protejate (ocrotite) prin reglementarea, ca ilicită, a acesteia. Spre exemplu, se impune cu evidentă împrejurarea că furtul este un tip de conduită infracțională mai puțin periculoasă pentru societate decât violul, respectiv că acesta este apreciat a fi mai puțin grav decât omorul, prin aceea că, pentru prima incriminare indicată, pedeapsa legală prevzută este închisoarea de la 6 luni la 3 ani (sau amenda), pentru a doua este închisoarea de la 3 la 10 ani (și interzicerea exercitării unor drepturi), iar pentru a treia, pedeapsa prevzută este închisoarea de la 10 la 20 de ani (și interzicerea exercitării unor drepturi).²⁷

Toate aceste variații (în combinații multiple posibile) alcătuiesc conceptul de *limite speciale* (ale sancțiunii de drept penal reprezentată de pedeapsă, în exemplul particular înfățișat). Precizarea că sunt limite *speciale* se impune deoarece ele sunt particulare (proprii, specifice) fiecărei fapte ilicite în parte (fiecarei infracțiuni, dacă este să ne raportăm doar la materia dreptului penal), deosebind-o pe aceasta (și sub acest aspect) din punct de vedere sancționator, de alte fapte din aceeași categorie a ilicitului juridic, imprimându-i un specific aparte (în plus, în dreptul penal, normele de incriminare – care conțin, obligatoriu, fiecare în parte, propria dispoziție sancționatorie, prevzută direct sau indirect – fac parte din domeniul propriu al *speciale* a acestei ramuri de drept). Limitele speciale ale unei categorii de sancțiuni pot fi depășite, ca efect al aplicării unor dispoziții legale exprese, corespunzătoare unor instituții generice denumite *cauze de modificare (atenuare sau, după caz, agravare) a răspunderii penale* (care pot fi atât generale²⁸, cât și speciale²⁹).

²⁷ În exemplificare au fost avute în vedere doar formele de bază („simple”) ale categoriilor de infracțiuni indicate. A se vedea dispozițiile cuprinse în C. pen. la art. 228, 218, respectiv 188.

²⁸ Cauzele generale de modificare a răspunderii penale (atât cele atenuante, cât și cele agravante) se împart în *stări* și *circumstanțe*. Sunt circumstanțe generale atenuante acele împrejurări, situații etc. reglementate, cu acest titlu, de legea penală (art. 75 C. pen.), producând – în caz de reținere – efectul strict determinat de legiuitor (art. 76 C. pen.). Reprezintă o stare generală de atenuare (ca regulă), rămânerea infracțiunii la stadiul de

Pe de alt parte, prin dispoziții normative generale (în cazul dreptului penal, prin prevederi cuprinse în Partea generală a C. pen.) se instituie (se poate institui) un cadru de ansamblu, panoramic, în care legiuitorul sîi auto-jaloneze însîi activitatea de stabilire a *limitelor speciale* ale unei anumite categorii de sancțiuni. Astfel, la nivel de principiu, ca regulă generală creia însîi auto-limitează el însuși cadrul decizional în instituirea limitelor speciale ale unei categorii de sancțiuni de drept (penal), pentru tipurile diverse de activități descrise ca ilicite, legiuitorul poate institui o valoare minim ireductibilă a unei categorii de sancțiuni, respectiv o valoare maximă fixă, de nedepășit, a acesteia, ca repere generice, în cadrul cărora urmează să cuprindă, ulterior, toate variațiile particulare speciale corespunzătoare unor activități ilicite diferite. Acestea reprezintă *minimul general* și *maximul general* – a adă, *limitele generale* – ale respectivei categorii de sancțiuni. Ca regulă fundamentală (art. 2 alin. 3 C. pen.), impusă prin natura / firescul lucrurilor (științific, obiectiv), limitele generale ale unei categorii de sancțiuni NU pot fi depășite, în nicio împrejurare, nici ca efect al aplicării dispozițiilor *cauzelor de modificare (atenuare sau, după caz, agravare) a răsputerii penale* (fie acestea generale sau speciale).

De lege lata, dintre pedepsele principale, detențiunea pe viață (pedeapsă privativă de libertate pe durată nedeterminată)³⁰, nu cunoaște limite (nici generale, nici speciale), fiind o pedeapsă absolut determinată (încă de la nivel abstract); închisoarea (pedeapsă privativă de libertate pe durată determinată), pedeapsă relativ determinată (la nivel abstract), cunoaște *limitele generale* (minimul general: 15 zile; maximul general: 30 de ani)³¹, precum și limite speciale (diferite de la o incriminare la alta, potrivit

tentativ (pentru acele infracțiuni în cazul cărora tentativa este posibil și relevant penal – incriminat), producând efectul sancționator stabilit de legiuitor (art. 33 C. pen.; art. 36 alin. 3 C. pen.). Sunt circumstanțe generale agravante acele împrejurări, situații etc. reglementate, cu acest titlu, de legea penală (art. 77 C. pen.), producând – în caz de reținere – efectul strict determinat de legiuitor (art. 78 C. pen.). Reprezintă (în principiu) stări generale de agravare: comiterea unei infracțiuni în formă continuată, săvârșirea unui concurs de infracțiuni, comiterea unei infracțiuni în stare de recidivă ori de pluralitate intermediară; efectele produse în aceste cazuri sunt, de asemenea, strict reglementate de lege (art. 36 alin. 1; art. 39, 40 și 45; art. 43 și 45; art. 44 și 45 C. pen.). A se vedea și art. 146 și 147 C. pen., respectiv 128 și 129 C. pen.

²⁹ A se vedea, de pildă, art. 411 C. pen., respectiv (cu potențiale discuții privind natura sa juridică, aspect asupra căruia vom reveni) art. 256¹ C. pen. – nou introdus prin O.U.G. nr. 18/2016.

³⁰ Art. 56 C. pen.

³¹ Art. 60 C. pen.

oricrei dispoziții sancționatorii corespund toare fiecărei norme de incriminare în parte, indiferent de sediul reglementării – Partea specială a C. pen., legi penale speciale, legi extrapenale, care cuprind și unele dispoziții penale); amenda penală (pedeapsă relativ determinată, la nivel abstract), corespund toare atât infractorilor persoane fizice, cât și infractorilor persoane juridice (reglementată, în legislația actuală, potrivit sistemului specific al *zilelor-amend*), cunoaște, de asemenea, atât *limite generale* (pentru persoana fizică³² – minim general: 300 lei, maxim general: 200.000 lei; pentru persoana juridică³³ – minim general: 3.000 lei, maxim general: 3.000.000 lei), precum și *limite speciale* (cu particularitatea că, de regulă, acestea sunt stabilite tot prin dispoziții cuprinse în Partea generală a C. pen.³⁴, existând însă și excepții, anume dispoziții speciale inserate în structura / sau conexe unor norme de incriminare).

³² Conform art. 61 alin. 1 C. pen., se stabilește că pedeapsa cu „Amenda constă în suma de bani pe care condamnatul este obligat să o plătească statului”. Potrivit alin. 2 al aceluiași articol, se determină limitele generale ale amenzii penale, potrivit sistemului zilelor-amend, astfel: „Cuantumul amenzii se stabilește prin sistemul zilelor-amend. Suma corespunde toare unei zile-amend, cuprins între 10 lei și 500 lei, se înmulțește cu numărul zilelor-amend, care este cuprins între 30 de zile și 400 de zile”. Din coroborarea textelor indicate, reiese clar că amenda penală se determină ca *sumă* rezultat din înmulțirea numărului de zile-amend cu valoarea unei zile-amend, și adică limitele sale generale vor fi reprezentate de: minimul general – produsul înmulțirii numărului minim de zile-amend (30) cu valoarea minim posibilă pentru o zi-amend (10 lei), adică, 300 lei; maximul general – produsul înmulțirii numărului maxim de zile-amend (400) cu valoarea maxim posibilă pentru o zi-amend (500 lei), adică, 200.000 lei.

³³ Conform art. 137 alin. 1 C. pen., se stabilește că pedeapsa cu „Amenda constă în suma de bani pe care persoana juridică este condamnată să o plătească statului”. Potrivit alin. 2 al aceluiași articol, se determină limitele generale ale amenzii penale pentru persoana juridică, potrivit sistemului zilelor-amend, astfel: „Cuantumul amenzii se stabilește prin sistemul zilelor-amend. Suma corespunde toare unei zile-amend, cuprins între 100 și 5.000 lei, se înmulțește cu numărul zilelor-amend, care este cuprins între 30 de zile și 600 de zile”. Din coroborarea textelor indicate, reiese clar că amenda penală pentru persoana juridică se determină ca *sumă* rezultat din înmulțirea numărului de zile-amend cu valoarea unei zile-amend, și adică limitele sale generale vor fi reprezentate de: minimul general – produsul înmulțirii numărului minim de zile-amend (30) cu valoarea minim posibilă pentru o zi-amend (100 lei), adică, 3.000 lei; maximul general – produsul înmulțirii numărului maxim de zile-amend (600) cu valoarea maxim posibilă pentru o zi-amend (5.000 lei), adică, 3.000.000 lei.

³⁴ Ca regulă, limitele speciale ale amenzii penale pentru persoana fizică sunt reglementate potrivit art. 61 alin. 4 C. pen.: „Limitele speciale ale zilelor-amend sunt cuprinse între: a) 60 și 180 de zile-amend, când legea prevede pentru infracțiunea săvârșită numai pedeapsa amenzii; b) 120 și 240 de zile-amend, când legea prevede pedeapsa amenzii alternativ cu pedeapsa închisorii de cel mult doi ani; c) 180 și 300 de zile-amend, când legea prevede pedeapsa amenzii alternativ cu pedeapsa închisorii mai mare de 2 ani.” Adică, aceste limite

Se observă faptul că, prin însăși natura lor, conceptele astfel descrise prezintă următoarea caracteristică inerentă / naturală / firească, obiectivă din punct de vedere științific: *limitele speciale* sunt valori dinamice, bazate pe varietate, diferite de la caz la caz (de la un tip de incriminare la altul); *limitele generale* reprezintă valori fixe, predeterminate (rigide, am putea spune), statice, comune tuturor cazurilor integrabile într-una și aceeași categorie de ansamblu. În plus, are aceeași valoare de axiomă împrejurarea că *limitele generale cuprind limitele speciale, acestea încadrându-se în cuprinsul celor dintâi* (altfel spus, *minimul general al unei categorii de sancțiune trebuie întotdeauna să fie inferior sau cel puțin egal cu cel mai redus minim special din acea categorie sancționatorie, iar maximul general trebuie întotdeauna să fie superior, sau cel puțin egal cel mai crescut maxim special din acea categorie sancționatorie*). A nega aceste staturi obiective din punct de vedere științific (a admite că ar putea exista minime speciale mai mici decât minimul general al respectivei categorii de sancțiune, sau că ar putea exista maxime speciale mai mari decât maximul general al respectivei categorii de sancțiune) ar semnifica o relativizare a însuși conceptelor în discuție, o anihilare a rațiunii de a se mai distinge între *limite generale* și *limite speciale*, mai exact spus, o devalorizare a noțiunii și conceptului (instituției) *limitelor generale*, care ar implica, practic, renunțarea la acestea.

Date fiind cele relevate astfel, apreciem că domeniul dihotomiei dintre conceptele (instituțiile) *limitelor generale* și *limitelor speciale* ale unei categorii de sancțiuni (juridice, de drept penal – în particular), constituie un caz rar care se prezintă ca excepție de la posibilitatea aplicării acelei reguli generale de interpretare în drept, potrivit căreia *specialia generalibus derogant*. Desigur că, prin afirmarea formală a acestei reguli, s-ar putea

speciale ale pedepsei amenzii, pentru persoana fizică, sunt de: a) 600 - 90.000 lei; b) 1.200 - 120.000 lei; c) 1.800 - 150.000 lei. În ceea ce privește amenda penală pentru persoana juridică, ca regulă, limitele speciale ale acestei pedepse sunt reglementate potrivit art. 137 alin. 4 C. pen.: „Limitele speciale ale zilelor-amendă sunt cuprinse între: a) 60 și 180 de zile-amendă, când legea prevede pentru infracțiunea respectivă numai pedeapsa amenzii; b) 120 și 240 de zile-amendă, când legea prevede pedeapsa închisorii de cel mult 5 ani, unică sau alternativă cu pedeapsa amenzii; c) 180 și 300 de zile-amendă, când legea prevede pedeapsa închisorii de cel mult 10 ani; d) 240 și 420 de zile-amendă, când legea prevede pedeapsa închisorii de cel mult 20 de ani; e) 360 și 510 de zile-amendă, când legea prevede pedeapsa închisorii mai mare de 20 de ani sau detențiunea pe viață”. Aadar, aceste limite speciale ale pedepsei amenzii, pentru persoana juridică, sunt de: a) 6.000 - 900.000 lei; b) 12.000 - 1.200.000 lei; c) 18.000 - 1.500.000 lei; d) 24.000 - 2.100.000 lei; e) 36.000 - 2.550.000 lei.

argumenta (aparent logic) o eventuală derogare de la limitele generale ale unei categorii de sancțiuni, prin instituirea unor limite speciale excedente celor generale, în privința anumitor tipuri determinate de conduite prohibite. Pe de altă parte, o asemenea atitudine legislativă ar situa voința legiuitorului în conflict ireductibil cu însuși legitimizele obiective, științifice, care guvernează inerent domeniul reglementării (a căror observare nu ar trebui să îi eludeze acestuia, în pofida afirmării capacității sale suverane de reglementare). Limitele generale fie sunt respectate de legiuitorul însuși, în activitatea normativă de instituire a limitelor speciale, fie sunt abandonate; *tertium non datur!*

A admite excepția unor limite speciale situate în afara limitelor generale ale categoriei sancționatorii respective constituie, în opinia noastră, o contradicție în termeni, ce nu poate fi surmontată nici măcar de afirmarea suveranității de reglementare a legiuitorului (în mod similar, credem, imposibilității de reglementare juridică, de către acesta, în sensuri contrare unor legitimize obiective, precum cele care se impun în spectrul fizic sau biologic al existenței).³⁵ În măsura în care o asemenea tendință și-ar impune în mod imperativ, legiuitorul ar trebui fie să adapteze corespunzător limitele generale ale categoriei de sancțiune în cauză, fie să renunțe complet la însuși conceptul de limite generale (și la reglementarea acestuia).

De parte de a se distanța, însă, de acest concept, este de observat că legiuitorul Codului penal actual s-a apropiat, în reglementarea expres în vigoare, de aceste postulate obiective, relevate constant de doctrină, prin aceea că, în cadrul unei dispoziții calificată expres drept *principiu general (fundamental, a adar)* al domeniului penal de referință – anume art. 2 alin. 3 C. pen., text din materia principiului legalității sancțiunilor de drept penal – se statuează, de principiu, că „nicio pedeapsă nu poate fi stabilită și aplicată în afara limitelor generale ale acesteia” (dispoziție formal echivalentă în

³⁵ Ar fi imposibil (în mod obiectiv) a se admite că, suveran fiind în aptitudinea sa de a reglementa, legiuitorul ar putea institui, spre exemplu, obligația destinatarilor legii de a (să zicem) levita timp de un minut, în fiecare zi, ori de a nu respira decât pe gură, chiar și în timpul somnului etc. Deși apropierea dintre ipoteze poate pare forțată, ne susținem opinia potrivit căreia ideea de bază care stă la temelie a afirmării acestor imposibilități de reglementare (în sensurile indicate) tinde a fi aceeași (transgresarea unor legitimize obiective, științifice, mai presus de puterea decizională suverană a legiuitorului), or: *ubi eadem ratio, ibi idem jus!*

legislația penal anterioară). Ne-am exprimat și cu altă ocazie³⁶ opinia potrivit căreia, în pofida unor critici ale doctrinei³⁷, prevederea expresă în cauză este bine-venită, tocmai pentru a formula explicit (formal și legal) un concept științific ireductibil al domeniului juridico(-penal) de referință. Critica doctrinară adusă inserării acestei dispoziții expresive viza tocmai faptul că ea ar fi inutilă, din moment ce nu s-ar putea concepe, obiectiv (științific) o ipoteză funcțională în care, odată legal afirmate (stabilite, impuse), limitele generale ale unei categorii de sancțiuni de drept penal să nu fie respectate (observate) în prevederea normativă a unor limite speciale ale respectivului tip de sancțiune.

În același cadru anterior³⁸ ne-am exprimat părerea că ar fi posibil (și chiar benefic) a se interpreta textul mai devreme indicat în sensul că, referitor la operațiunea de *stabilire* a sancțiunii, dispoziția ar urma să vizeze inclusiv activitatea de legiferare, impunând legiuitorului penal viitor să respecte limitele generale ale unei categorii sancționatorii, astfel cum au fost stabilite acestea de către legiuitorul anterior, sau, dacă nu le mai apreciază oportune pe acestea, să le modifice în prealabil dispunerii unor limite speciale excedentare, astfel încât noile valori generale să poată cuprinde reaprecierile unor limite speciale. Dincolo de acest deziderat interpretativ, am achiesat încă de atunci³⁹ la realitatea potrivit căreia, pentru a putea limita în mod real, în acest sens, pe legiuitorul viitor, reglementarea în cauză ar trebui să fie purtătoare a unei autorități care să i se impună acestuia în mod imperativ, din punct de vedere al ierarhiei normative. Cu alte cuvinte, această dimensiune a principiului legalității sancțiunilor de drept penal urmează să fie cu adevărat efectivă numai în cazul afirmării sale legale la nivel constituțional, altfel, legiuitorul organic (a adăra cel care are competență de legiferare inclusiv în domeniul penal) o va putea nesocoti.⁴⁰

³⁶ A se vedea, în acest sens – M.I. Michinici, M. Dunea, în: T. Toader (coordonator), M.I. Michinici, R. R. ducanu, A. Crișu-Ciocînt, S. R. dulețu, M. Dunea, *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 8-10.

³⁷ A se vedea, de pildă – G. Antoniu, în: G. Antoniu (coordonator), C. Bulai, C-tin. Duvac, I. Griga, Ghe. Ivan, C-tin. Mitrache, I. Molnar, I. Pascu, V. Pașca, O. Predescu, *Explicații preliminare ale noului Cod penal. Vol. I (art. 1-52)*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 20, 21.

³⁸ M. I. Michinici, M. Dunea, în: T. Toader (coord.) *et al.*, *op. cit.*, p. 8.

³⁹ *Idem.*, p. 9.

⁴⁰ A se vedea, în acest sens, și F. Streteanu, D. Nițu: *Drept penal. Partea generală. Curs universitar. Vol. I*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 56.

Din nefericire (în opinia noastră), prin intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 18/2016, observăm că s-a creat exact o asemenea situație inacceptabilă, de instituire a unor excepții de la regula imposibilității reglementării unor limite speciale în afara limitelor generale ale unei categorii de sancțiuni de drept penal, legiuitorul (delegat - aspect ce considerăm că trebuie subliniat expres)⁴¹ ajungând să înfrângă, prin manifestarea sa de voință, însăși legitimizele obiective, științifice, ale domeniului de reglementare!

3.2. Astfel, potrivit art. 1 pct. 13 din O.U.G. nr. 18/2016, s-a dispus completarea art. 345 C. pen. (normă de incriminare a faptei de nerespectare a regimului materialelor nucleare sau al altor materii radioactive), *prin adăugarea unui nou alineat* (al șaselea), având următorul cuprins: „Prin excepție de la dispozițiile art. 137 alin. (2) [C. pen. – s.n.], în cazul infracțiunii prevăzute în prezentul articol, suma corespunzătoare unei zile-amend pentru persoana juridică este cuprinsă între 500 și 25.000 lei” [s.n.].

Dispoziția nu ar avea nimic neobișnuit dacă ar veni să stabilească limite speciale ale pedepsei amenzii pentru persoana juridică, derogatorii de la cadrul de principiu al limitelor speciale ale amenzii penale pentru persoana juridică, reglementat în art. 137 alin. 4 C. pen., cu observarea și respectarea limitelor generale corespunzătoare. Referirea din textul nou introdus creează, însă, o excepție expres indicată de la prevederile art. 137 alin. 2 C. pen., sediu de reglementare pentru instituția *limitelor generale* ale pedepsei amenzii pentru persoana juridică.

Într-adevăr, este de observat că legiuitorul penal stabilește diferențele între variate limite speciale ale pedepsei amenzii (atât în raport de persoana fizică, cât și de persoana juridică), prin jocul numărului minim, respectiv maxim, al zilelor-amend (cuprinse între minimul general și maximul general al numărului de zile-amend aplicabile), fără a modifica valorile minime și maxime – generale – ale sumei la care pot fi evaluate aceste zile-amend. Desigur, nimic nu l-ar putea împiedica pe legiuitor să procedeze și astfel, cu stipularea că, în mod asemănător imposibilității obiective, științifice, de a stabili un număr de zile-amend inferior minimului general, ori superior maximului general (cu titlu de minim, respectiv maxim special), legiuitorul nu ar trebui să poată nici să stabilească o valoare minimă

⁴¹ Putem doar exorta legiuitorul (penal) propriu-zis (Parlamentul), să nu aprobe ca atare aceste dispoziții ale O.U.G. nr. 18/2016, atunci când operațiunea în cauză va ajunge să fie întreprinsă, dacă s-ar consfinți o situație care, științific vorbind, prezintă un caracter cu totul inadmisibil, trebuind a fi remediată, ca o inadvertență periculoasă și îngrijorătoare.

special , corespunzătoare unei zile-amend , inferioară valorii minime generale, respectiv o valoare maximă specială superioară valorii maxime generale. Prin oricare dintre aceste procedee, s-ar ajunge la o ieşire, prin intermediul unor limite speciale, din cadrul limitelor generale ale pedepsei amenzii, aspect – după cum am indicat deja – inadmisibil / inacceptabil din punct de vedere obiectiv / tiinţific (atâta vreme cât se menţine recunoaşterea formală , prin reglementare, a conceptului de *limite generale de pedeapsă*).

Prin prevederea nou inserată în art. 345 C. pen. (alin. 6), prin art. I pct. 13 din O.U.G. nr. 18/2016, se indică explicit că , *prin excepţie de la art. 137 alin. 2 C. pen.* (adică de la textul care stabileşte *limitele generale* ale pedepsei amenzii în cazul persoanei juridice), valoarea la care poate fi apreciată o zi-amendă pentru persoana juridică (înfractoare condamnată pentru săvârşirea infracţiunii de nerespectare a regimului materialelor nucleare sau al altor materii radioactive), nu se va determina între 100 şi 5.000 de lei, ci între 500 de lei şi 25.000 de lei. Fără a se putea discuta (decât, eventual, sub aspectul oportunităţii) cu privire la derogarea sub aspectul minimului special (căci 500 de lei, ca valoare minimă specială a unei zile-amendă , se integrează fără probleme în limitele generale prevăzute de art. 137 alin. 2 C. pen.), este de observat că valoarea de 25.000 de lei (fără dubiu, *maxim special* al valorii ce se poate atribui unei zile-amendă , în cazul persoanei juridice care a comis infracţiunea incriminată de art. 345 C. pen.), reprezintă o sumă care depăşeşte (considerabil, chiar) *maximul general* al valorii ce se poate atribui unei zile-amendă , în cazul infractorului persoană juridică (adică 5.000 de lei, conform art. 137 alin. 2 C. pen.), fiind de *cinci ori mai mare*.

Aadar, fără a se deroga (şi) sub aspectul numărului maxim de zile-amendă care se pot aplica în acest caz persoanei juridice, modificarea unui parametru din cei doi, prin această însumare se obţine maximul general (ca sumă finală de achitat), al pedepsei amenzii pentru persoana juridică , determinată, în acest caz, *maximul special al amenzii aplicabile persoanei juridice* (care a comis infracţiunea de la art. 345 C. pen.) *să fie de cinci ori mai mare decât maximul general al pedepsei amenzii aplicabile persoanei juridice!* Nu putem (re)exprima, în mod suficient, absurdul unei asemenea soluţii în contradicţia obiectivă în care se situează , astfel, legiuitorul, faţă de legitimităţile tiinţifice care guvernează domeniul juridico-penal de reglementare. Or, în opinia noastră , acestea semnifică atingerea unui punct

inadmisibil, abuziv, al autorității de reglementare legislativă, care nu poate fi acceptat și care ar trebui corijat de urgență, fiind eradicat ca o abominabilă inadvertență normativă (de sperat, prin respingerea / aprobarea cu modificări corespunzătoare a acestei O.U.G., prin lege organică, de către Parlament).

3.3. O.U.G. nr. 18/2016 mai conține, înșurubată, încă o asemenea dispoziție, cu referire la o altă normă de incriminare. Astfel, *potrivit art. I pct. 14 din O.U.G. nr. 18/2016, s-a dispus modificarea și completarea art. 356 C. pen.* (normă de incriminare a faptei de infectare a apei), printre altele (și) *prin adăugarea unui nou alineat (al treilea), având următorul cuprins: „Prin excepție de la dispozițiile art. 137 alin. (2) [C. pen. – s.n.], în cazul infracțiunii prevăzute în prezentul articol, suma corespunzătoare unei zile-amendă pentru persoana juridică este cuprinsă între 500 și 25.000 lei”* [s.n.], adică exact aceeași dispoziție inserată și în art. 345 C. pen., comentat anterior. Bineînțeles, absolut toate aprecierile și observațiile deja exprimate, la punctul precedent al analizei, se raportează, ca atare, și asupra acestei modificări / completări legislative, cu aceeași propunere *de lege ferenda*.

3.4. Conex cu problematica astfel abordată se ridică și o altă chestiune, stimulată de alte prevederi cuprinse în O.U.G. nr. 18/2016, anume cea referitoare la *tipul limitelor sancționatorii care se pot distinge în cazul sancțiunilor penale reprezentate nu de pedepse, ci de măsuri educative*. Astfel, în mod asemănător cu ipoteza unor pedepse complementare, în materia măsurilor educative (sancțiuni de drept penal specifice și exclusive tragerii la răspundere penală a infractorilor minori), legea dispune cu privire la durata fiecărei specii de sancțiune în parte, dintre acestea, prin norme cuprinse în Partea generală a C. pen. Potrivit art. 117 C. pen., măsură educativă neprivativă de libertate a stagiului de formare civică se poate dispune pentru o perioadă de cel mult 4 luni; conform art. 118 C. pen., măsură educativă neprivativă de libertate a supravegherii se poate aplica pe o durată cuprinsă între 2 și 6 luni; art. 119 C. pen. stabilește că măsură educativă neprivativă de libertate a consemnării la sfârșit de săptămână se va putea impune pe o durată cuprinsă între 4 și 12 săptămâni; în art. 120 C. pen., legiuitorul dispune că măsură educativă neprivativă de libertate a asistării zilnice se ia pe o durată cuprinsă între 3 și 6 luni; potrivit art. 124 C. pen., măsură educativă privativă de libertate a internării într-un centru educativ se dispune pe o perioadă cuprinsă între unu și 3 ani; din interpretarea art. 125 C. pen. reiese că măsură educativă privativă de

libertate a intern rii într-un centru de detenție se poate dispune pe o perioadă cuprins între 2 și 5 ani, atunci când pedeapsa prevăzută de lege (a adăru, pedeapsa abstractă) pentru infracțiunea comisă (pe caz concret, de c tre un infractor minor), ar fi amenda sau închisoarea cu un maxim special mai mic de 20 de ani, respectiv c durată intern rii într-un centru de detenție urmează a se fixa între 5 și 15 ani, atunci când pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea comisă (pe caz concret, de c tre un infractor minor), ar fi închisoarea cu un maxim special de 20 de ani (inclusiv) sau mai mare, ori detențiunea pe viață.

În aprecierea noastră, din întreaga reglementare a regimului r spunderii penale a infractorului minor se poate desprinde concluzia c perioadele astfel prevăzute, pe durată c rora se poate dispune fiecare dintre tipurile de m suri educative în parte (fie acestea neprivative, ori privative de libertate), constituie *limite generale* ale respectivelor sancțiuni de drept penal.⁴² Astfel, potrivit art. 123 C. pen., dac minorul nu respectă, cu recredință, condițiile de executare a m surii educative neprivative de libertate impuse, sau obligațiile eventual aplicate de instanță al turi de această m sură educativă, precum și dac acesta comite o nouă infracțiune în executarea unei asemenea m suri educative, sau este judecat pentru o infracțiune anterioară concurentă celei pentru care a fost definitiv sancționat cu această m sură educativă, instanța (după caz) prelungește m sura educativă respectivă, *dar fără a putea depăși, astfel, durata maximului prevăzută de lege pentru aceasta*, fie o înlocuiește cu o m sură educativă mai severă. În mod similar, potrivit art. 124, respectiv 125 C. pen. (cu precizarea c, în cazul din urmă, posibilitatea / obligativitatea înlocuirii cu o m sură educativă mai severă nu mai subzistă, deoarece nu există nicio altă m sură educativă mai drastică), dac în perioada executării unei m suri educative privative de libertate, ori în perioada executării m surii educative a asistării zilnice ce a înlocuit m sura educativă privativă de libertate după executarea a acel puțin jumătate din durată intern rii, sau în perioada în care fostul minor este liberat din centrul educativ sau de detenție (în anumite condiții), acesta comite o

⁴² Admitem c o eventuală opinie contrară s-ar putea contura plecând de la limitele diferite prevăzute în art. 125 C. pen., pentru m sura educativă a intern rii într-un centru educativ, în funcție de gravitatea abstractă a infracțiunii comise de c tre minor, dar, prin coroborare cu restul reglementării în materie, suntem de părere c apare ca preponderent argumentabil soluția potrivit căreia m surile educative au stabilite *limite generale* prin dispozițiile art. 117-120, respectiv 124 și 125.

nou infracțiune sau este judecat pentru o infracțiune concurrentă și vârl anterior (sau, în ultimele dou cazuri, dac nu respectă, cu rea-credință, condițiile de executare sau obligațiile impuse), instanța poate prelungi m sura educativă privativă de libertate (revenind, dac este cazul, asupra deciziei de înlocuire sau de liberare), dar fără a depăși maximul prevăzut de lege pentru aceasta (sau, dac este vorba despre internarea într-un centru educativ, o poate înlocui cu internarea într-un centru de detenție). De asemenea, potrivit art. 128 C. pen., se stabilește că „În cazul infracțiunilor și vârlite în timpul minorității, cauzele de atenuare și agravare sunt avute în vedere la alegerea măsurii educative și produc efecte între limitele prevăzute de lege pentru fiecare măsură educativă” [s.n.].

De i legiuitorul de la care a emanat actuala reglementare penală nu a prevăzut expres altfel, prin norme penale speciale, apreciem că nu este imposibil să se imagineze o situație în care s-ar fi prevăzut (sau s-ar prevedea, de acum încolo), pentru anumite infracțiuni determinate, ca, atunci când acestea ar fi comise de către infractori minori, limitele anumitor măsurii educative prin care ar urma să fie aplicată sancționată pentru acele infracțiuni, să fie diferite față de limitele indicate în art. 117-120, respectiv 124 și 125 C. pen., cu precizarea că asemenea potențiale *limite speciale* ale măsurilor educative ar urma să se situeze între *limitele generale* pre- indicate (toate observațiile efectuate anterior, referitor la raportul dintre *limitele generale de pedeapsă* și *limitele speciale de pedeapsă* le considerăm aplicabile, *mutatis mutandis*, în problematica aici abordată).

3.5. În acest context, observăm că o critică asemănătoare celei formulate anterior (cu privire la impactul – apreciat de noi ca unul negativ – produs asupra conceptului de *limite generale* ale unei categorii de sancțiuni, ca urmare a modificărilor aporlate de O.U.G. nr. 18/2016, prin dispozițiile art. I pct. 13 și 14, asupra art. 345 și 356 C. pen.), se poate ridica și cu privire la *dispozițiile art. II pct. 100 din O.U.G. nr. 18/2016, prin care se modifică art. 396 alin. 5 și 10 din C. proc. pen.* Astfel, potrivit textului de lege în configurația astfel dată, se dispune: „Când judecata s-a desfășurat în condițiile art. 375 alin. (1), (1¹) și (2) [C. proc. pen. – s.n.], când cererea inculpatului ca judecata să aibă loc în aceste condiții a fost respinsă sau când cercetarea judecătorească a avut loc în condițiile art. 377 alin. (5) ori art. 395 alin. (2), iar instanța reține aceeași situație de fapt ca cea recunoscută de către inculpat, în caz de condamnare sau amânare a aplicării pedepsei,

limitele de pedeapsă prevăzute de lege în cazul pedepsei închisorii se reduc cu o treime, iar în cazul pedepsei amenzii, cu o parte trime. *Pentru inculpații minori, instanța va avea în vedere aceste aspecte la alegerea măsurii educative; în cazul măsurilor educative privative de libertate, limitele perioadelor pe care se dispun aceste măsuri, prevăzute de lege, se reduc cu o treime*” [s.n.].⁴³

Această ultimă frază a textului legal indicat, inexistent anterior (introdus prin O.U.G. nr. 18/2016), ridică, în mod asemănător problemei instituirii unor limite speciale ale pedepsei amenzii pentru persoana juridică, care se situează (parțial) în afara limitelor generale ale acesteia, problema instituirii unor limite speciale ale unor măsuri educative, care se situează (parțial) în afara limitelor generale ale acestora. Diferența (nicidecum calitativ) este că, dacă prin art. I pct. 13 și 14 din O.U.G. nr. 18/2016, se ajunge la depășirea maximumului general al categoriei sancțiunii (amendă pentru persoana juridică) prin instituirea unei limite maxime speciale, prin dispozițiile art. II pct. 100 din același act normativ se ajunge la acreditarea unor limite minime speciale a măsurilor educative privative de libertate, inferioare limitelor minime generale ale acestora (reducându-se limitele – generale – cu o treime, reiese că se va putea aplica o măsură educativă pe o durată minimă mai redusă decât durata minimumului general prevăzut de art. 124 C. pen. – 1 an – sau 125 C. pen. – după caz, 2 sau 5 ani).⁴⁴

Dincolo de aceste aspecte, este de observat că prin modificările în cauză aduse (direct) C. proc. pen., prin O.U.G. nr. 18/2016, se creează o excepție discutabilă cu privire la regimul (general) al modului în care se reflectă efectele cauzelor generale sau speciale de modificare a răspunderii penale (de agravare sau de atenuare – în acest caz, de atenuare), asupra răspunderii penale a infractorilor minori, respectiv asupra măsurilor educative aplicabile acestora. Astfel, incidența concretă a oricărei alte cauze de atenuare sau agravare, fie aceasta generală sau specială, într-o speță vizând o infracțiune comisă de un minor, nu va produce efecte decât asupra

⁴³ În textele la care se face referire în articolul citat, este vorba despre instituția *procedurii în cazul recunoașterii învinuirii*, care, sub aspectul calificării naturii sale juridice, din punct de vedere al dreptului penal material (substanțial), constituie o cauză specială de reducere (atenuare) a răspunderii penale.

⁴⁴ Practic, în asemenea cazuri, infractorului minor îi se va putea aplica fie internarea în centrul educativ pe o perioadă cuprinsă între 8 luni și 2 ani, fie internarea într-un centru de detenție pe o perioadă cuprinsă între 16 luni (1 an și 4 luni) și 40 de luni (3 ani și 4 luni), sau – după caz – între 40 de luni (3 ani și 4 luni) și 10 ani.

alegerii m surii educative aplicabile acestuia, dar, odat m sura educativ aleas , limitele între care se va putea dispune r mân neschimbate. Numai atunci când intervine cauza special de atenuare reprezentat de recunoa terea învinuirii (nu îns i – în observarea principiului simetriei – atunci când ar interveni o cauz special de agravare a r spunderii penale), dar nici m car atunci în toate cazurile (ci doar dac instanța se orientează spre m surile educative privative de libertate, iar nu i spre cele neprivative de libertate), efectul produs nu mai este doar acela de orientare a instanței c tre m sura educativ de aplicat, ci i acela de modificare a limitelor între care se va putea aplica m sura educativ privativ de libertate, cu reluarea subsecvent a preciz rii c , astfel, se impune (i) un minim de aplicare inferior minimului *general* al fiec rei m suri educative privative de libertate în parte!⁴⁵

Apreciem, drept urmare, c legiuitorul penal ar trebui s mediteze cu maxim atenție la oportunitatea reglement rii exprese a binomului *limite generale – limite speciale* i în materia m surilor educative, precum i la necesitatea de a corobora dispozițiile nou inserate în materie procesual penal cu prevederile generale privind minoritate, cuprinse în C. pen. (mai ales cu prevederile art. 124, 125 i 128 C. pen.), pentru a realiza o reglementare de ansamblu coerent , echilibrat , echitabil i – astfel – eficient . În acest context (i în lipsa unor asemenea dovezi de contemplare, în ansamblu, a implicațiilor generice produse de intervenția legislativ efectuat - intempestiv - în materie penal i procesual penal), înclin m s calific m drept criticabile i modific rile aduse, prin art. II pct. 100 din O.U.G. nr. 18/2016, articolului 396 alin. 10 C. proc. pen. (i – implicit – reglement rii penale generale materiale).

3.6. Prevederi asem n toare celor inserate în art. 396 alin. 10 C. proc. pen., prin art. II pct. 100 din *O.U.G. nr. 18/2016*, au fost aduse prin *art. II pct. 121*

⁴⁵ Astfel, de pild , dac minorul comite tentativa unei infracțiuni, iar instanța optează pentru m sura educativ a intern rii în centrul educativ (fiind întrunite condițiile legale de dispunere a acesteia), va trebuie s o aplice pentru o perioad determinat , cuprins între 1 i 3 ani. Chiar dac ar exista în plus i circumstanțe atenuante, acela i ar fi efectul. În schimb, dac minorul consum (chiar în prezența unor circumstanțe agravante) acea infracțiune, dar apoi recunoa te învinuirea, instanța (dac s-ar orienta spre aceea i m sur educativ), nu ar mai putea-o dispune decât pentru o perioad determinat cuprins între 8 luni i 2 ani! Inechitatea (chiar absurdul) evidențiat prin acest exemplu credem c ne dispensează de orice dezvolt ri subsecvente ale caracterului criticabil al opțiunii legislative impuse în materie penal prin art. II pct. 100 din O.U.G. nr. 18/2016 i modificarea astfel operat asupra art. 396 alin. 10 C. proc. pen.

din acest act normativ și asupra art. 480 C. proc. pen. Astfel, în materia instituției acordului de recunoaștere a vinovăției⁴⁶, reglementat (inclusiv prin) articolul 480 C. proc. pen., a fost inserat un text nou (alin. 4), prin care se dispune: „Inculpatul beneficiază de reducerea cu o treime a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege în cazul pedepsei închisorii și de reducerea cu o parte a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege în cazul pedepsei amenzii. Pentru inculpații minori se va ține seama de aceste aspecte la alegerea măsurii educative; în cazul măsurilor educative privative de libertate, limitele perioadelor pe care se dispun aceste măsuri, prevăzute de lege, se reduc cu o treime” [s.n.].

Toate aprecierile și observațiile anterior efectuate cu privire la modificările aduse prin art. II pct. 100 din O.U.G. nr. 18/2016, în privința art. 396 alin. 10 C. proc. pen. (și – implicit – asupra dreptului penal material) se mențin, ca atare, și în legătură cu aceste modificări / completări legislative.

4. Modificări care au legătură cu instituția împiedicării

Potrivit art. II pct. 2 din O.U.G. nr. 18/2016 s-a dispus modificarea art. 25 alin. 5 C. proc. pen. Anterior acestei modificări, textul în cauză (reglementare din materia rezolvării acțiunii civile în procesul penal) prevedea după cum urmează: „În caz de achitare a inculpatului sau de încetare a procesului penal, în baza art. 16 alin. (1) lit. b) teza întâi, lit. e), f), g), i) și j), precum și în cazul prevăzut de art. 486 alin. (2), instanța lasă nesoluționată acțiunea civilă”.⁴⁷ În momentul de față, ulterior intrării în

⁴⁶ Instituție distinct de aceea a recunoașterii învinuirii, dar transformată, odată cu intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 18/2016, la rândul ei (din punct de vedere al dreptului penal material), într-o cauză specială de atenuare / reducere a răspunderii penale – natură juridică ce nu îi putea fi atribuită anterior, când constituia o instituție cu natură juridică exclusiv procesuală penală, iar nu și de drept penal substanțial.

⁴⁷ De menționat că toate prevederile la care se face trimitere în acest text legal sunt cuprinse în C. proc. pen. Astfel, art. 16 C. proc. pen. prevede cazurile care împiedică punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale, dispunând (vom selecta doar dispozițiile indicate în art. 25 alin. 5 C. proc. pen. anterior modificărilor aduse prin O.U.G. nr. 18/2016): „Acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare, iar când a fost pusă în mișcare nu mai poate fi exercitată dacă: (...); b) fapta nu este prevăzută de legea penală ori nu a fost săvârșită cu vinovăția prevăzută de lege; (...); e) lipsește plângerea prealabilă, autorizarea sau sesizarea organului competent ori o altă condiție prevăzută de lege, necesară pentru punerea în mișcare a acțiunii penale; f) a intervenit amnistia sau prescripția, decesul suspectului ori al inculpatului persoană fizică sau s-a dispus radierea suspectului ori inculpatului persoană juridică; g) a fost retrasă plângerea prealabilă, în cazul infracțiunilor pentru care retragerea acesteia înlătură

vigoare a O.U.G. nr. 18/2016, textul art. 25 alin. 5 C. proc. pen. este formulat astfel: „În caz de achitare a inculpatului sau de încetare a procesului penal, în baza art. 16 alin. (1) lit. b) teza întâi, lit. e), f), i) și j), în caz de încetare a procesului penal ca urmare a retragerii plângerii prealabile, precum și în cazul prevăzut de art. 486 alin. (2), instanța lasă nesoluționat acțiunea civilă”.

Din coroborarea celor două forme ale dispoziției legale de referință, reiese că, anterior modificărilor aduse prin O.U.G. nr. 18/2016, instanța penală lăsa nesoluționat acțiunea civilă (exercitată în cadrul procesului penal, în legătură cu prejudiciul produs prin comiterea faptei care face obiectul acțiunii penale din acel proces) și în caz de împăcare, respectiv de încheiere a unui acord de mediere, în condițiile legii (cu privire la latura penală a cauzei), pe când, ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 18/2016, în aceste două (din urmă) cazuri, instanța penală nu va lăsa nesoluționat acțiunea civilă, ceea ce semnifică faptul că *o va soluționa*.

Apreciem că modificarea astfel adusă C. proc. pen. implică și o salutară coroborare a dispozițiilor procesuale penale cu cele ale dreptului penal material în materia instituției împăcării. Astfel, potrivit art. 159 C. pen., se dispune (conform alin. 2) că „împăcarea în lătură spunderii penale și stinge acțiunea civilă”, instituția în cauză constituind singura cauză de înlăturare a răspunderii penale în raport de care de care legiuitorul prevede expres și efectul cumulativ de stingere a acțiunii civile (ceea ce, în aprecierea noastră, o recomandă pe aceasta drept singura cauză de înlăturare a răspunderii penale care stinge și acțiunea civilă, distingând-o și sub acest aspect - de retragerea plângerii prealabile).⁴⁸ În aceste condiții, apăsarea ca o

răspunderii penale, a intervenit împăcarea ori a fost încheiat un acord de mediere în condițiile legii; (...); i) există autoritate de lucru judecat; j) a intervenit un transfer de proceduri cu un alt stat, potrivit legii”. Potrivit art. 486 alin. 2 C. proc. pen. (text în materia soluționării acțiunii civile în procedura specială a acordului de recunoaștere a vinovăției), se dispune: „În cazul în care instanța admite acordul de recunoaștere a vinovăției și între părți nu s-a încheiat tranzacție sau acord de mediere cu privire la acțiunea civilă, instanța [penală – s.n.] lasă nesoluționat acțiunea civilă. În această situație, hotărârea prin care s-a admis acordul de recunoaștere a vinovăției nu are autoritate de lucru judecat asupra întinderii prejudiciului în fața instanței civile”.

⁴⁸ În acest sens, a se vedea și: M.I. Michinici, *Despre caracterul total și necondiționat al retragerii plângerii prealabile*, în *Buletinul științific al Universității „Mihail Kogălniceanu”* din Iași, nr. 8/1998; M.I. Michinici, în: M. Zolyneak, M.I. Michinici, „Drept penal. Partea generală”, Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1999, p. 492; M. I. Michinici, M. Dunea, în: T. Toader (coord.) *et al., op. cit.*, p. 267; F. Streteanu, R. Moroanu: *Instituții și infracțiuni în noul Cod penal. Manual pentru uzul formatorilor SNG*, București, 2010, material ce se poate

inconsecvență prevederea procesual penal potrivit căreia, în caz de împiedicare, instanța penală nu soluționează acțiunea civilă (desigur, în singurul fel posibil, anume, prin constatarea acesteia ca fiind stinsă), deoarece, astfel, se lăsa deschisă în mod inutil calea unei acțiuni civile separate în fața instanței civile, numai pentru ca odată astfel exercitată, să se constate, de fapt, împrejurarea că acțiunea civilă este, oricum, stinsă.

Dispoziția actuală, ulterior modificată aduse prin art. II pct. 2 din O.U.G. nr. 18/2016 se integrează în sensul unei de mult formulate (de către o parte a doctrinei) propuneri *de lege ferenda* (care produsese, la un moment dat, ecou, în legislația procesual penală anterioară intrării în vigoare, la 1 februarie 2014, a noilor coduri, penal și procesual penal)⁴⁹, motiv pentru care o apreciem drept o intervenție legislativă pozitivă, corectă și utilă (pronunțându-ne și în trecut⁵⁰ cu privire la caracterul inexplicabil al rezolvării legale prin care se dispunea lăsată nesoluționată acțiunii civile, alături de cea penală, în caz de împiedicare).

V. Alte modificări aportate legislației penale și procesual penale prin O.U.G. nr. 18/2016 care pot fi puse în legătură (și) cu instituții penale generale

5.1. Potrivit art. I pct. 7 din O.U.G. nr. 18/2016, s-a dispus modificarea (și completarea) art. 220 C. pen., text care incriminează fapta de act sexual cu un minor.⁵¹ Printre alte modificări, s-a renunțat la reglementarea formei

consulta în format electronic, on-line, pe site-ul Consiliului Superior al Magistraturii: www.csm1909.ro.

⁴⁹ Prin modificările aduse prin Legea nr. 356/2006 Codului de procedură penală de la 1968, în special, art. 346 alin. 4, se ajunsese la statuarea potrivit căreia, în caz de retragere a plângerii prealabile (dar nu și de împiedicare a părților), instanța penală lăsa nesoluționată acțiunea civilă, spre deosebire de reglementarea anterioară intervenirii acestei modificări. A se vedea, în acest sens: M. I. Michinici, *Din nou despre caracterul total și necondiționat al retragerii plângerii prealabile*, în revista *Dreptul*, nr. 9/2001, p. 108 și urm.

⁵⁰ M. I. Michinici, M. Dunea, în: T. Toader (coord.) *et al.*, *op. cit.*, p. 267.

⁵¹ Pentru a facilita urmărirea expunerii, vom reproduce forma sub care se prezenta această normă de incriminare anterior intervenției O.U.G. nr. 18/2016, respectiv ulterior acestui moment. Astfel, în varianta inițială, art. 220 dispunea după cum urmează: „(1) Raportul sexual, actul sexual oral sau anal, precum și orice alte acte de penetrare vaginală sau anală comise cu un minor cu vârsta între 13 și 15 ani se pedepsesc cu închisoarea de la unu la 5 ani. (2) Fapta prevăzută în alin. (1), săvârșită asupra unui minor care nu a împlinit vârsta de 13 ani, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi. (3) Fapta prevăzută în alin. (1), comisă de un major cu un minor cu vârsta între 13 și 18 ani, când majorul a abuzat de autoritatea ori influența sa asupra victimei, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi. (4) Fapta prevăzută în alin. (1)-(3) se

agravate a acestei fapte, întemeiat pe împrejurarea că „minorul este rud în linie directă, frate sau sor”, or, mai corect spus, s-a preferat extinderea acestei forme agravate asupra tuturor cazurilor în care „minorul este membru de familie al majorului” (ipotezele cuprinse în prima formulă de raportare fiind integral acoperite de acelea cuprinse în formularea din urmă, care adaugă și situația altor persoane, celor dintâi, cu titlu de membri de familie⁵²).

Însă, prin această extindere a elementului circumstanțial agravant, credem că legiuitorul (delegat) (re)aduce în actualitate, sub o formă puțin modificată, o problemă controversată care a generat numeroase dezbateri și a atras chiar pronunțarea unei decizii obligatorii (ca soluție a unui recurs în interesul legii) de către instanța supremă, în perioada activității fostului Cod penal. Astfel, în materia incriminării violului, fostul Cod penal (Legea nr.

sancționează cu închisoarea de la 3 la 10 ani și interzicerea exercitării unor drepturi, atunci când: a) minorul este rud în linie directă, frate sau sor; b) minorul se află în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul fostului; c) a fost comis în scopul producerii de materiale pornografice. (5) Faptele prevăzute în alin. (1) și alin. (2) nu se sancționează dacă diferența de vârstă nu depășește 3 ani”.

În forma actuală, posterioră acțiunii O.U.G. nr. 18/2016, dispoziția de incriminare în cauză este formulată astfel: „(1) Raportul sexual, actul sexual oral sau anal, precum și orice alte acte de penetrare vaginală sau anală comise cu un minor cu vârsta între 13 și 15 ani se pedepsesc cu închisoarea de la unu la 5 ani. (2) Fapta prevăzută în alin. (1), săvârșită asupra unui minor care nu a împlinit vârsta de 13 ani, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi. (3) Fapta prevăzută în alin. (1), comisă de un major cu un minor cu vârsta între 15 și 18 ani, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi dacă: a) minorul este membru de familie al majorului; b) minorul se află în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul fostului sau acesta a abuzat de poziția sa recunoscută de încredere sau de autoritate asupra minorului ori de situația deosebit de vulnerabilă a acestuia, ca urmare a unui handicap psihic sau fizic ori ca urmare a unei situații de dependență; c) fapta a pus în pericol viața minorului; d) a fost comis în scopul producerii de materiale pornografice. (4) Fapta prevăzută în alin. (1) și (2) se pedepsește cu închisoarea de la 3 la 10 ani și interzicerea exercitării unor drepturi, atunci când: a) minorul este membru de familie; b) minorul se află în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul fostului sau acesta a abuzat de poziția sa recunoscută de încredere sau de autoritate asupra minorului; c) fapta a pus în pericol viața minorului; d) a fost comis în scopul producerii de materiale pornografice. (5) Faptele prevăzute în alin. (1) și alin. (2) nu se sancționează dacă diferența de vârstă nu depășește 3 ani. (6) Tentativa la infracțiunile prevăzute în alin. (1)-(4) se pedepsește”.

⁵² Astfel, potrivit dispozițiilor cuprinse de art. 177 C. pen. (cu denumirea marginală: „Membru de familie”), se prevede: „(1) Prin membru de familie se înțelege: a) ascendenții și descendenții, frații și surorile, copiii acestora, precum și persoanele devenite prin adopție, potrivit legii, astfel de rude; b) soțul; c) persoanele care au stabilit relații asemănătoare aceluia dintre soți sau dintre părinți și copii, în cazul în care conviețuiesc. (2) Dispozițiile din legea penală privitoare la membru de familie, în limitele prevăzute în alin. (1) lit. a), se aplică, în caz de adopție, și persoanei adoptate ori descendenților acesteia în raport cu rudele firești”.

15/1968), ajunsese să prevadă, ca formă agravată a acelei infracțiuni, fapta comisă asupra unui membru al familiei (art. 197 alin. 2 lit. b¹) – noțiune care includea (printre altele) și categoria ascendenților / descendenților, precum și pe aceea a fraților și surorilor, dacă aceștia locuiau în gospodărie împreună cu făptuitorul.⁵³ Pe de altă parte, prin articolul 203 din C. pen. anterior, se incrimina incestul, ca reprezentând „raportul sexual între rude în linie directă sau între frați și surori”.

Deoarece aparuse o practică neunitară cu privire la corectă încadrare juridică a ipotezei în care o persoană viola (prin întreținerea unui raport sexual), o victimă față de care avea calitatea de rudă în linie directă, ori de frate sau soră (alături de care, eventual, și locuia în gospodărie), Înalta Curte de Casație și Justiție a fost sesizată cu soluționarea unui recurs în interesul legii, în rezolvarea căruia a dispus (prin decizie obligatorie pentru instanțe, potrivit art. 414⁵ alin. 4 C. proc. pen. anterior – de la 1968) „c raportul sexual săvârșit (...) atunci când victima este membru al familiei, prin constrângerea acesteia sau profitând de imposibilitatea ei de a se apăra ori de a-și exprima voința (...) constituie infracțiunea de viol prevăzută de art. 197 alin. 1 raportat la alin. 2 lit. b¹) (...), iar în cazul în care raportul sexual a avut loc între rude în linie directă sau între frați și surori se va reține, în concurs, și infracțiunea de incest prevăzută de art. 203 (...).”⁵⁴

Codul penal actual incriminează, în continuare, incestul, ca reprezentând „raportul sexual consimțit, săvârșit între rude în linie directă sau între frați și surori” (art. 377), integrându-i în continuare pe aceștia în înțelesul noțiunii de *membru de familie* (e adevărat, cu modificarea – față de fosta reglementare – că nu mai solicită, pentru verificarea acestei calități, între aceste persoane, și condiția de a locui în gospodărie împreună cu făptuitorul). Pe de altă parte, în incriminarea (agravată) actuală a violului (și de altfel - pentru identitate de rațiune - și în reglementarea agravată a agresiunii sexuale, respectiv în incriminarea agravată inițial, de până la O.U.G. nr. 18/2016, a actului sexual cu un minor), s-a preferat raportarea doar la o victimă „rudă în linie directă, frate sau soră” [art. 218 alin. 3 lit. b) C. pen.; art. 219 alin. 2 lit. b) C. pen.; art. 220 alin. 4 lit. a) C. pen., anterior

⁵³ Art. 149¹ C. pen. anterior, coroborat cu art. 149 C. pen. anterior.

⁵⁴ Decizia nr. 17/2008 a Secțiilor Unite ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în Monitorul Oficial nr. 866/2008, consultabilă, în format electronic, on-line, la adresa de internet (verificată la data de 18 iunie 2016): <http://www.scj.ro/1093/Detail-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=86082>.

modificării prin O.U.G. nr. 18/2016], iar nu la victima „membru de familie” în raport de fapt, tocmai „pentru a rezulta cu claritate că această faptă absoarbe incestul, punând astfel capăt incertitudinilor din practica judiciară cu privire la acest aspect”.⁵⁵

Menținând în incriminarea formei agravate a violului și a agresiunii sexuale referirea la victima „rud în linie directă, frate sau soră”, dar schimbând raportarea, în cazul actului sexual cu un minor, la victima „membru de familie” [atât în art. 220 alin. 4 lit. a) C. pen., cât și prin adugarea acestei forme de agravare variantei modificate din alin. 3 al aceluiași articol, tot la lit. a)], legiuitorul delegat credem că (re)deschide în materia actului sexual cu un minor, controversa existentă, în fosta legislație, în materie de viol, referitor la raportul de absorbție sau concurență cu incestul, precum și problema posibilei reactivări (*mutatis mutandis*) a efectelor deciziei nr. 17/2008 a Secțiilor Unite ale instanței supreme.

Astfel, până la această modificare, se putea aprecia că incestul se absorbea în infracțiunea de act sexual cu un minor⁵⁶ (dacă victima era minor și rudă în linie directă ori frate / soră, iar actul sexual cu un minor se realiza sub forma unui raport sexual) – care constituia, astfel, o infracțiune complexă pe conținutul său agravat – iar, în cazul în care actul sexual cu un minor se comitea asupra unui alt membru (minor) al familiei, decât o rudă în linie directă, ori frate sau soră, împrejurarea rămânea de valorificat doar în cadrul procesului de individualizare judiciară a pedepsei pentru infracțiunea în formă de bază (sau în altă formă agravată). În momentul de față, indiferent asupra cui membru al familiei, persoană minoră, s-ar comite infracțiunea de act sexual cu un minor, urmează să se rețină forma agravată a acestei infracțiuni [prevăzută, după caz, la art. 220 alin. 3 lit. a) C. pen., ori la alin. 4 lit. a) al aceluiași articol], indiferent dacă se întrunesc, sau nu, și elementele

⁵⁵ Citat din *Expunerea de motive* a Codului penal actual (precit.), pct. 2.50.

⁵⁶ În acest sens, a se vedea și – T. Toader, în: T. Toader (coord.) *et al., op. cit.*, p. 380; M. Udrioiu, V. Constantinescu: *Noul Cod penal. Codul penal anterior (prezentare comparativă, observații, ghid de aplicare, legea penală mai favorabilă)*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 303; R. Moroșanu, în: C. Voicu, A.S. Uzlu, R. Moroșanu, C. Ghigheci, *Noul Cod penal. Ghid de aplicare pentru practicieni*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 359; V. Dobrinioiu, N. Neagu: *Drept penal. Partea specială. Curs universitar*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 166; I. Ristea: *Drept penal. Partea specială. Vol. I (conform noului Cod penal)*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 182. A se vedea și (*mutatis mutandis*) – L. Barac: *Drept penal. Partea specială. Curs universitar*. Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 53.

constitutive ale infracțiunii de incest (raport sexual și calitatea de rude în linie directă, ori frate / sor).

Prin urmare, nu credem că este un raționament de ignorat acela în temeiul că ruia s-ar putea aprecia că, ori de câte ori fapta concretă (reprezentând act sexual cu un minor, forma agravată), întrunește, în plus, și elementele constitutive ale infracțiunii de incest, ar fi necesar să se angajeze, suplimentar, și răspunderea penală a infractorului pentru această faptă penală (cele două determinând existența unui concurs ideal de infracțiuni)⁵⁷, urmând ca atunci când un asemenea conținut suplimentar nu se verifică, și răspunderea sa penală să fie angajată numai pentru infracțiunea agravată de act sexual cu un minor.⁵⁸ Nu apreciem însă drept complet nerezonabilă nici opinia posibilă potrivit căreia, categoria persoanelor avute în vedere în reglementarea incestului fiind întotdeauna cuprinsă în aceea a persoanelor având statutul de membru de familie, s-ar propune să se considere că actul sexual cu un minor (realizat doar prin raport sexual) absoarbe întotdeauna incestul (când se verifică și elementele constitutive ale acestei fapte), constituind, în acest caz, o infracțiune complexă.

Astfel, deși nu credem că aceasta a fost intenția legiuitorului (delegat), se (re)configurează o controversă teoretică și doctrinară care tinde a tulbura interpretarea și aplicarea unitară a legii, motiv pentru care apreciem

⁵⁷ Astfel, mergând pe această direcție de interpretare, consecința modificării, prin O.U.G. nr. 18/2016, a referirii la *rudă în linie directă, frate sau sor*, cu aceea la *membru de familie*, în conținutul constitutiv agravat al actului sexual cu un minor, ar fi că s-a renunțat la soluția unității legale de infracțiune, sub forma infracțiunii complexe pe conținut agravat (renunțându-se, astfel, la absorbția incestului cu titlu de element circumstanțial agravant al actului sexual cu un minor), în favoarea soluției concursului ideal de infracțiuni între actul sexual cu un minor formă agravată (victima fiind un membru de familie) și infracțiunea de incest (atunci când minorul, membru de familie, este și rudă în linie directă, frate ori sor, iar actul întreprins întrunește caracterele unui *raport sexual*). Nu suntem însă, pe deplin convinși, că acest efect a fost unul urmărit (intenționat) de către legiuitorul penal (delegat) emitent al O.U.G. nr. 18/2016, mai ales că soluția contrară (inițial) a rămas nemodificată în cazul violului și al agresiunii sexuale.

⁵⁸ În momentul de față, optăm chiar să ne raliem acestui raționament, având în vedere și soluția ce fusese pronunțată prin decizia nr. 17/2008 a instanței supreme (*mutatis mutandis*). Pentru o opinie (minoritară) care aprecia aceasta drept o soluție corespunzătoare chiar și anterior modificării operate de O.U.G. nr. 18/2016 (a adăra, în raport de varianta originară a formei agravate a actului sexual cu un minor, referitoare la victima *rudă în linie directă, frate sau sor*), a se vedea – P. Dungan, T. Medeanu, V. Pa ca: *Drept penal. Partea specială (prezentare comparativă a noului Cod penal și a Codului penal din 1968). Vol. I*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 224.

critic (i) aceste modific ri aduse domeniului penal de reglementare prin O.U.G. nr. 18/2016.

5.2. Prin art. I pct. 11 din O.U.G. nr. 18/2016 s-a dispus introducerea unui nou capitol în titlul II din Partea special a C. pen. („Infracțiuni contra patrimoniului”), anume capitolul VI („Infracțiuni care au produs consecințe deosebit de grave”), format dintr-un singur articol, anume 256¹ C. pen. Textul în cauz (cu nota marginal : „Faptele care au produs consecin e deosebit de grave”) dispune dup cum urmeaz : „Dac faptele prev zute la art. 228, 229, 233, 234, 235, 239, 242, 244, 245, 247, art. 249-251 [C. pen. – s.n.] au produs consecin e deosebit de grave, limitele speciale ale pedepsei prev zute de lege se majoreaz cu jum tate”.⁵⁹ Prin producerea de *consecințe deosebit de grave* se înțelege, potrivit art. 183 C. pen., cauzarea, prin infracțiune, a unei pagube materiale mai mari de 2.000.000 lei.

Suntem de p rere c această dispoziție se adaug unui ir de prevederi (din nefericire, mai numeroase decât în reglementarea fostului Cod penal) cu o natur juridic incert , opțiunile posibile fiind reprezentate de: form (comun) agravat a unor infracțiuni distincte pe forma lor de baz (anume acelea la care se face referire normativ în cuprinsul textului de lege în cauz); infracțiune (complex) autonom , de sine-st t toare, care absoarbe într-un conținut constitutiv propriu faptele penale indicate în cuprinsul s u; cauz special de agravare a r spunderii penale pentru infracțiuni autonome distincte. În funcție de natura juridic ce se va determina, dintre aceste ipoteze, urmeaz a se observa efecte juridice diferite în raport de o serie de instituții generale de drept penal (precum: prescripția r spunderii penale; participația; existența unor condiții de existență ale st rii de recidiv etc.), dat fiind i prevederea din art. 187 C. pen. (referitoare la sensul noțiunii de *pedeaps prev zut de lege*), precum i împrejurarea c numeroase instituții generale ale dreptului penal î i leag / condiționeaz efectele de instituția *pedepsei prev zute de lege* pentru o anumit infracțiune.⁶⁰

⁵⁹ Este vorba despre o serie de infracțiuni contra patrimoniului, respectiv: furtul i furtul calificat, tâlh ria i tâlh ria calificat , pirateria, abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor, gestiunea frauduloas , în el ciunea i în el ciunea privind asigur rile, exploatarea patrimonial a unei persoane vulnerabile, fraudă informatic , efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos, acceptarea operațiunilor financiare efectuate în mod fraudulos.

⁶⁰ În acest sens, a se vedea i: M. Dunea, „Unele probleme privind semnifica ia normativ a expresiei *pedeaps prev zut de lege*”, articol publicat în volumul conferinței – imprimat electronic (pe C.D.) – organizate cu ocazia sesiunii anuale de comunic ri tiințifice

Pentru natura juridică de infracțiune (complex) autonom pledează, în opinia noastră, sediul materiei (articol de sine-stătător, singurul care alcătuiește o subdiviziune de sistematizare a Partii speciale a C. pen.: un capitol al unui titlu). Pe de altă parte, natura juridică de cauză specială de agravare a răspunderii penale tinde a fi susținută de lipsa unui conținut

organizat, în data de 15 aprilie 2016, de Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române – Conferința cu tema: „Intrarea în vigoare a noilor coduri. O primă evaluare”; M. Dunea, „Radiografia unei doctrine eterogene (și uneori auto-eterogene) în materia naturii juridice și structurii incriminării, *de lege lata*, a ultrajului și ultrajului judiciar”, articol prezentat la Conferința „160 de ani de învățământ juridic românesc”, organizat de către Facultatea de Drept a Universității „Alexandru I. Cuza” din Iași, în perioada 23-25 octombrie 2015; articolul a fost publicat în volumul conferinței, editat de editura Hamangiu (București, 2015), p. 239-253; M. Dunea, „Despre claritate și obscuritate normativă în materia conținutului infracțiunii atunci când se reglementează tendințe atenuante sau agravante ale legiuitorului penal. Reflecții privind determinarea unei anumite naturi juridice a dispoziției legale din art. 308 Cod penal român astfel cum a fost aceasta stabilită prin jurisprudența obligatorie a instanței supreme”, articol transmis la Conferința Internațională biennială, cu tema: „Sistemul juridic între stabilitate și reformă”, organizat de Facultatea de Drept și Științe Sociale a Universității din Craiova, în perioada 20-21.03.2015; articol publicat în Revista de Științe Juridice (Editura Universul Juridic, București), vol. 30 (2015), supliment (număr suplimentar) / 2015, p. 127-157; M. Dunea, „Observații privind raportul dintre opțiunile în determinarea naturii juridice a anumitor norme de incriminare și semnificația expresiei *pedeapsă prevăzută de lege*” / „Comments on the relation between the options in deciding the legal nature of certain indictment rules and the significance of the expression *prescribed penalty*”, (ISI-Proceedings) articol publicat, în limba română, în volumul Conferinței Internaționale de drept, studii europene și relații internaționale, ediția a III-a, cu tema „Dreptul între modernizare și tradiție. Implicații asupra organizării juridice, politice, administrative și de ordine public”, organizat de Facultatea de Drept a Universității „Titu Maiorescu” din București, 21-23 aprilie 2015, p. 750-758 (variante în limba engleză este publicat, în format electronic, în CD-ul imprimat ca volum electronic al lucrărilor conferinței); M. Dunea, „Approaches on the legal nature of the offense provided by article 200 from the new Romanian Criminal Code: murder or injury of the newborn committed by the mother” [„Reflecții asupra naturii juridice a faptei incriminate la art. 200 din noul Cod penal român: uciderea ori vătămarea nou-născutului stabilit de către mamă”] (articol indexat BDI), *Journal of Public Administration, Finance and Law (JOPAFI)*, Nr. special (Special issue) 1 (2014), p. 112-126 (articol care se poate consulta, în format electronic, on-line, la adresa de internet, verificat pe 18 iunie 2016: http://www.jopafl.com/uploads/special-issue-1-2014/APPROACHES_ON_THE_LEGAL_NATURE_OF_THE_OFFENSE_PROVIDED_BY_ARTICLE_200_FROM_THE_NEW_ROMANIAN_CRIMINAL_CODE.pdf); M. Dunea, „Expresii normative speciale ale politicii penale de factură atenuantă sau agravantă ale legiuitorului penal” / „Criminal Lawmaker Mitigating or Aggravating Special Normative Terms of Criminal Policy” (ISI-Proceedings), articol publicat, în limba română, în volumul Conferinței Internaționale „Uniformizarea dreptului: efecte juridice și implicații sociale, politice și administrative” / „Uniformization of the law: legal effects and social, political, administrative implications”, organizat de Facultatea de Drept a Universității „Alexandru I. Cuza” din Iași, 23-25 octombrie 2014, p. 696-704 (variante în limba engleză a articolului este publicat, în format electronic, în CD-ul imprimat ca volum electronic al lucrărilor conferinței)

constitutiv propriu al faptei astfel incriminate și de lipsa unei determinări directe a sancțiunii aplicabile, precum și de subordonarea sa (din punct de vedere al existenței, dar și sancționator) conținuturilor constitutive (și dispozițiilor de pedepsire) ale unor norme de incriminare cu existență autonomă de sine stătătoare. În schimb, principiul simetriei, raportat la fixarea (prin decizii obligatorii ale instanței supreme) a unei anumite naturi juridice a unor norme similare (spre exemplu, cele din art. 308 și 309 C. pen.)⁶¹, drept sedii (comune) ale formelor derivate prin atenuare sau agravare ale unor infracțiuni autonome la care se face referire în cuprinsul lor, ar acredita aceeași soluție și în cazul dispoziției din art. 256¹ C. pen.

Pe acest fond (criticabil), împrăjurarea că legiuitorul nu abdică de la o tehnică legislativă care lasă extrem de mult de dorit, sub aspectul clarității determinării naturii juridice a unor norme de incriminare, cu implicații majore și diferite în interacțiunea acestora cu o sumă de instituții generale ale dreptului penal, reprezintă, în opinia noastră, un alt aspect negativ al modificărilor apportate domeniului penal prin O.U.G. nr. 18/2016.

5.3. Prin art. II pct. 130 din O.U.G. nr. 18/2016, s-a dispus modificarea art. 581¹ alin. 2 C. proc. pen., radiindu-se referirea la art. 83 C. pen. din acel text și înlocuindu-se cu raportarea, corespunzătoare, la art. 82 C. pen.⁶² Modificarea este bine-venită (și mult-așteptată), deoarece materia pe care o reglementează art. 581¹ C. proc. pen. vizează procedura de urmat în cazul anulării instituției renunțării la aplicarea pedepsei, reglementată de dreptul penal material în art. 82 C. pen., iar nu în art. 83, referitor la condițiile în care se poate recurge la o altă instituție penală substanțială, anume amânarea aplicării pedepsei. Este de neînțeles de ce o asemenea modificare nu a intervenit mult mai repede (legislația a conținut reglementarea acestei erori evidente timp de mai bine de doi ani, de la intrarea în vigoare a noilor coduri

⁶¹ A se vedea decizia nr. 9/2015 a Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală al Înaltei Curți de Casație și Justiție (precit.) și decizia nr. 12/2015 a aceleiași complet / aceleiași instanțe, publicată în M. Of., Partea I, nr. 409/2015.

⁶² Astfel, textul (în materia anulării renunțării la aplicarea pedepsei), dispune, *de lege lata*, că „Dacă constată că sunt îndeplinite condițiile art. 82 alin. (3) din Codul penal, instanța, anulând renunțarea la aplicarea pedepsei, dispune condamnarea inculpatului pentru infracțiunea cu privire la care se renunțase la aplicarea pedepsei, stabilește pedeapsa pentru aceasta, aplicând apoi, după caz, dispozițiile cu privire la concursul de infracțiuni, recidivă sau pluralitate intermediară”, pe când, în forma anterioară, dispoziția făcea trimitere – probabil dintr-o scăpare, regretabilă – la art. 83 alin. 3 C. pen.

în materie penală, la 1 februarie 2014, și până la intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 18/2016, la 23 mai 2016).

Pe de altă parte, apreciem că este regretabil că legiuitorul nu a profitat de această ocazie pentru a compatibiliza și pe fond, iar nu doar sub aspect strict (și pur) formal, reglementarea penală materială și aceea procesuală penală în domeniul anulării renunțării la aplicarea pedepsei, precum și în domenii apropiate care ridică problema unor incongruențe similare (respectiv: anularea amânării aplicării pedepsei).

Astfel, conform art. 82 C. pen. (care disciplinează „Anularea și efectele renunțării la aplicarea pedepsei”), se dispune că: „Dacă în termen de 2 ani de la rămânerea definitivă a hotărârii prin care s-a dispus renunțarea la aplicarea pedepsei se descoperă că persoana față de care s-a luat această măsură s-a vădit anterior rămânerei definitive a hotărârii o altă infracțiune, pentru care și s-a stabilit o pedeapsă chiar după expirarea acestui termen, renunțarea la aplicarea pedepsei se anulează și *se stabilește pedeapsa* pentru infracțiunea care a atras inițial renunțarea la aplicarea pedepsei, aplicându-se apoi, după caz, dispozițiile privitoare la concursul de infracțiuni, recidivă sau pluralitate intermediară” [s.n.]. Textul nu dispune nimic, ca atare, cu privire la operațiune consecutivă *stabilirii* pedepsei pentru infracțiunea care a atras anularea renunțării la aplicarea pedepsei și aplicării dispozițiilor privind forma de pluralitate de infracțiuni emergentă. Or, de exemplu, conform art. 83 alin. 1 lit. a) C. pen., reiese că, în caz de concurs de infracțiuni, este posibil pronunțarea soluției de amânare la aplicarea pedepsei în raport de pedeapsa rezultantă stabilită (dar neaplicată).

Prin urmare, ținând cont doar de aceste prevederi, ale dreptului penal substanțial (care disciplinează instituția renunțării la aplicarea pedepsei, ce este o instituție penală cu dublă natură juridică: materială și procesuală), ar decurge că ulterior anulării renunțării la aplicarea pedepsei, cel puțin în caz de concurs de infracțiuni, ar fi posibil (teoretic) dispunerea amânării la aplicarea pedepsei, în raport de întregul ansamblu faptic comis de infractor. Această soluție este, de altfel, una echitabilă și firească, și, în caz contrar, ar ridica problema discriminării între infractorul care a comis un concurs de infracțiuni, toate faptele penale fiind judecate deodată - care are deschis beneficiul amânării la aplicarea pedepsei - și infractorul care a comis mai multe infracțiuni concurente, dar care nu este judecat, deodată, pentru toate faptele penale comise, care obține inițial pentru una / unele dintre acestea,

soluția renunțării la aplicarea pedepsei, dar care nu ar mai putea apoi beneficia de soluția amânării (precum cel lalt infractor), consecutiv anulării renunțării la aplicarea pedepsei inițial acordate și judecării sale pentru toate infracțiunile concurente și vârlite. Mai mult, chiar, s-ar putea aprecia că discriminarea subzistă în raport de faptul că celui de-al doilea nu îi mai este deschis accesul către soluția de renunțare la aplicarea pedepsei pentru întregul ansamblu faptic (precum este posibil în cazul celui dintâi, potrivit art. 80 alin. 3 C. pen.), pentru că art. 82 C. pen. dispune că *se stabilește pedeapsa pentru infracțiunea care a atras anularea renunțării la aplicarea pedepsei, ori, în caz de renunțare la aplicarea pedepsei, nu se stabilește nicio pedeapsă* (spre diferență de ipoteza amânării aplicării pedepsei).

Însă, rezolvare anticipată (posibilul acces către o amânare a aplicării pedepsei, consecutiv unei anulări a renunțării la aplicarea pedepsei) nu este, totuși, posibil, ca efect al dispozițiilor contradictorii (față de art. 82 C. pen.) cuprinse în art. 581¹ alin. 2 C. proc. pen., care statuează expres (și incongruent față de reglementarea substanțială în domeniu) că, ulterior anulării renunțării la aplicarea pedepsei, instanța „dispune *condamnarea inculpatului pentru infracțiunea cu privire la care se renunță la aplicarea pedepsei*” [s.n.]. Or, soluția condamnării este separat de aceea a amânării aplicării pedepsei, înscriind, a adar, textele penale substanțial și procesual penal în domeniul anulării renunțării la aplicarea pedepsei pe un traseu de coliziune, pe care intervenția normativă asumată de Guvern prin O.U.G. nr. 18/2016 ar fi putut să îl curme, compatibilizând (într-o formă sau alta) aceste prevederi. Inabilitatea legiuitorului (delegat) de a proceda în consecință, ne stimulează, prin urmare, noi critici, față de modificările (și lipsa unora dintre modificările necesare, ale) reglementării penale, aduse (sau nu) prin O.U.G. nr. 18/2016.

Situația este cu atât mai flagrantă în materie de anulare a amânării aplicării pedepsei, unde art. 89 C. pen. dispune expres, în alin. 2, că „În caz de concurs de infracțiuni, instanța poate dispune amânarea aplicării pedepsei rezultante dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute în art. 83 [C. pen. - s.n.]. Dacă se dispune amânarea aplicării pedepsei, termenul de supraveghere se calculează de la data rămânării definitive a hotărârii prin care s-a pronunțat anterior amânarea aplicării pedepsei”, în timp ce art. 582 C. proc. pen. statuează, potrivit alin. 3, că „Dacă constată că sunt îndeplinite condițiile art. 88 sau 89 din Codul penal, instanța, anulând sau, după caz, revocând

amânarea aplicării pedepsei, dispune *condamnarea* inculpatului *și executarea pedepsei stabilite* prin hotărârea de amânare, aplicând apoi, după caz, dispozițiile cu privire la concursul de infracțiuni, recidivă sau pluralitate intermediară”. Astfel, în pofida împrejurării că legea penală materială permite explicit, în caz de anulare a amânării aplicării pedepsei, amânarea aplicării pedepsei rezultante emergente, în caz de concurs de infracțiuni, sau în care condamnarea cu suspendarea executării sub supraveghere a acestei pedepse, legea procesuală penală le infirmă (implicit), obligând la condamnare cu executare efectivă pentru pedeapsa rezultantă.

Ar fi fost dezirabil ca legiuitorul (fie el și delegat), să se fi informat asupra propunerilor *de lege ferenda* emise de doctrină asupra acestor chestiuni (o simplă radiere a referirii la *condamnare* și – respectiv – *executarea* pedepsei, din textele procesuale penale indicate, ar fi rezolvat problema)⁶³ - mai ales dacă le-a abordat, formal, în spectrul preocupărilor sale - și să le dea și curs, dat fiind relevanța și temeinicia acestora, ceea ce, din nefericire (dar poate deloc surprinzător), nu a reușit să facă (nici de data aceasta).

Concluzii

O.U.G. nr. 18/2016 constituie un cadru comun pentru o multitudine de modificări / completări ale domeniului penal (substanțial și procesual penal), din care – trebuie afirmat – doar unele respectă imperativul existenței unei situații excepționale, de urgență, care nu suferă amânare în reglementare, altele fiind atașate acestora, deși ar fi putut aștepta parcurgerea firească a procedurii legislative de drept comun (iar nu adoptarea prin ordonanță de urgență). Separat de acest aspect, observăm că numeroase dispoziții de modificare produc, dincolo de consecințele lor directe asupra unui anumit domeniu de reglementare, și consecințe indirecte mai ample asupra funcționării anumitor instituții generale ale dreptului penal, care nu apar întotdeauna a fi fost calculate și urmărite de către legiuitorul delegat. Alături de soluții corecte și mai demult așteptate, prin acest act normativ

⁶³ A se vedea: D. Nițu, „Anularea renunțării și amânării aplicării pedepsei. Incongruență în aplicarea practică”, articol publicat pe platforma de specialitate juridică „Juridice.ro” (a se vedea și revista *Curierul Judiciar*, nr. 3/2014) – materialul poate fi consultat în format electronic, on-line, la adresa de internet: <http://www.juridice.ro/314494/anularea-renunțarii-si-amanării-aplicării-pedepsei-incongruente-in-aplicarea-practica.html> (verificat pe 18 iunie 2016).

s-au lăsat, totuși, nerezolvate, numeroase probleme acute, semnalate în mod suficient de doctrină și – deja – de practica judiciară, în timp ce acoperirea unor incongruențe („scorpi” regretabile) s-a efectuat, uneori, doar sub aspect formal, nu neapărat și funcțional / material (substanțial). Mai mult decât atât, o inexplicabilă (și impardonabilă, la acest nivel) lipsă de viziune ori de cunoștințe de specialitate în materie (...!), determină ca unele din dispozițiile normative introduse în vigoare prin acest act normativ să intre într-o veritabilă opoziție ireconciliabilă cu însuși legitimizele obiective, științifice, care definesc (și după care funcționează) unele instituții / concepte generale ale domeniului penal de referință. Or, este opinia noastră fermă că autoritatea suverană de legiferare a legiuitorului (delegat sau propriu-zis), trebuie să țină cont, în mod obiectiv, de asemenea aspecte ireductibile proprii domeniului de reglementare, presupunând anumite cunoștințe de specialitate.

Suntem de părere că toate aceste aspecte criticabile ale reglementării prin O.U.G. nr. 18/2016 vor trebui avute în vedere, cu maximă atenție și seriozitate, precum și cu responsabilitate asumată, în momentul în care urmează să se ridice problema respingerii sau aprobării acesteia, de către Parlament, prin lege organică, sens în care propunem o aprobare cu modificări, (cel puțin) în unele din sensurile semnalate pe parcursul prezentului material.

LATURA SUBIECTIV - ELEMENT ESENȚIAL PENTRU
DELIMITAREA INFRAȚIUNILOR CONTRA VIEȚII DE
INFRAȚIUNILE CONTRA INTEGRITĂȚII CORPORALE SAU
SANTĂȚII. CAZURI ȘI SOLUȚII PRACTICE

THE SUBJECTIVE ASPECT – AN ESSENTIAL ELEMENT THAT
MAKES THE DIFFERENCE BETWEEN THE OFFENCES AGAINST
LIFE AND THE OFFENCES AGAINST BODY INTEGRITY OR
HEALTH. CASES AND PRACTICAL SOLUTIONS

ANDA CRIU-CIOCÎNT¹

Rezumat: În practica judiciară cazurile ce au ca obiect infracțiuni contra vieții și infracțiuni contra integrității corporale sau sănătății sunt extrem de frecvente și, de multe ori, problema de drept care apare și se impune a fi tratată în astfel de spețe este aceea a deosebirii infracțiunii de omor de infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte și respectiv a infracțiunii de tentativă la omor de infracțiunile de lovirea sau alte violențe ori vătămarea corporală. Elementul esențial care stă la baza deosebirii unei infracțiuni contra vieții de o infracțiune contra integrității corporale sau sănătății este latura subiectivă, adică poziția psihică a făptuitorului din momentul în care a comis fapta. Stabilirea poziției psihice a făptuitorului trebuie fundamentată pe o serie de criterii obiective extrase din modalitățile prin care făptuitorul și-a exteriorizat comportamentul și din împrejurările concrete în care a avut loc și vătămarea faptei. Încadrarea cu acuratețe în drept a faptei comise este atributul organelor judiciare, care trebuie să și argumenteze și să probeze obiectiv soluția adoptată.

Cuvinte cheie: latura subiectivă, intenția de a ucide, intenția de a vătăma, criterii obiective pentru determinarea intenției, încadrare juridică.

Abstract: There are extremely frequent cases in the judicial practice that have as a subject offences against life and offences against the body integrity or health. The

¹ Doctorand, Universitatea "Alexandru Ioan Cuza" Iași, Facultatea de Drept (România)

Nota: Acest articol a fost prezentat în cadrul celei de a-II-a Conferințe "Malpraxis Medical - Responsabilitate și răspundere profesională medicală" ce a avut loc la Universitatea de Medicină "Gr. T. Popa" Iași, în perioada 15 – 16 aprilie 2016.

real issue that arises and is imposed to be solved in such cases is very often the issue of the difference between the murder offence and the offence of hitting or lethal bodily prejudice and respectively the difference between the offence of murder attempt and the offence of hitting or other violence or the bodily prejudice. The essential element that makes the difference between an offence against life and an offence against the body integrity or health is the subjective aspect, namely the perpetrator's psychical position since the moment he/she committed the crime. The perpetrator's psychical position must be established in accordance with a series of objective criteria extracted from the modalities by which the perpetrator exteriorised his/her behaviour and from the concrete circumstances in which the crime was committed. The accurate legal classification of the committed crime is the attribute of the judicial bodies that must motivate and prove the adopted solution objectively.

Keywords: the subjective aspect, the intention to kill, the intention to hurt, objective criteria in order to determine the intention, juridical classification.

Infracțiunile contra vieții și infracțiunile contra integrității corporale sau sănătății sunt două dintre grupele de infracțiuni încorporate în marea categorie a infracțiunilor contra persoanei, categorie cu care debutează partea specială a Codului penal român.

Poziționarea infracțiunilor contra persoanei în Titlu I din Partea specială a Codului penal exprimă voința legiuitorului penal român de a pune persoana, drepturile și libertățile acesteia pe locul cel mai de vârf în ierarhia valorilor sociale care se bucură de protecție din partea dreptului penal.

În literatura de specialitate s-a arătat că, spre deosebire de toate celelalte ființe, omul este acela care reușește să-și domine pornirile primare și să ridice la înălțimea unor principii fundamentale de viață tot ceea ce este bun, adevărat și drept, așa că este firesc ca legea penală să acorde cea mai mare însemnată ocrotire omului, atât în ceea ce privește existența sa fizică și atributele fundamentale ale personalității lui, cât și în ceea ce privește toate celelalte drepturi, libertăți și interese, pe care societatea este datorată să le asigure².

F când parte din marea clasă a infracțiunilor contra persoanei, cele două grupe de infracțiuni contra vieții și respectiv contra integrității corporale sau sănătății prezintă o serie de caracteristici comune dar, în același timp, și numeroase deosebiri, prima dintre acestea fiind dată de

² O. Loghin, T. Toader, *Drept penal român. Partea specială*, Casa de editură și presă "Ansa" SRL, București, 1996, p. 68

obiectul juridic special. Astfel, dac prin incriminarea infracțiunilor contra vieții este ap rat dreptul persoanei la viață , care astfel reprezint obiectul juridic al acestei grupe de infracțiuni, în cazul infracțiunilor contra integrității corporale sau s n t ții obiectul juridic este reprezentat de relațiile sociale referitoare la dreptul fiec rei persoane la integritate corporal i s n tate.

În sfera de ocrotire a valorilor sociale legate de persoan , prima poziție este ocupat de dreptul la viață , dreptul suprem al omului, în lipsa c rui celelalte drepturi fundamentale nu pot fi exercitate. În ierarhia însemn t ții, dreptul la viață este urmat îndeaproape de dreptul care asigur suport vieții, i anume dreptul la integritate corporal i s n tate.

Prezentul articol nu î i propune realizarea unui examen comparativ asupra celor dou grupe de infracțiuni, cele contra vieții i cele contra integrității corporale sau s n t ții, i extragerea asem n rilor i deosebirilor existente între ele, ci tema aleas a fi abordat este aceea a deosebirii dintre infracțiunea de omor i infracțiunea de loviri sau v t m ri cauzatoare de moarte, respectiv a tentativei la omor de infracțiunile de lovirea sau alte violențe ori v t marea corporal . Pentru o cât mai bun i corect înțelegere a criteriilor care stau la baza deosebirii dintre tipurile de infracțiuni ar tate, materialul de față î i propune s aduc în atenție o serie de cazuri practice relevante din punctul de vedere al problematicii tratate.

2. Criterii de determinare a poziției psihice a f ptuitorului

În literatura juridic , latura subiectiv este definit ca acel elementul constitutiv al infracțiunii care cuprinde toate condițiile cerute de lege cu privire la atitudinea con tiinței i voinței infractorului față de fapt i urm rile acesteia, pentru caracterizarea faptei ca infracțiune³.

În structura laturii subiective a infracțiunii, componenta principal este elementul subiectiv, care reprezint atitudinea psihic a celui care a s vâr it o fapt , față de fapta sa i de urm rile acesteia, atitudine exprimat în forma de vinov ție cerut de lege pentru existența acelei infracțiuni.

Pornind de la faptul c obiectul material al infracțiunilor contra vieții i al celor contra integrității corporale sau s n t ții este identic, fiind reprezentat de corpul persoanei - victima a infracțiunii, reținând c în cazul

³ C-tin. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea general* , Ediția a VIII-a rev zut i ad ugita, Universul Juridic, Bucure ti, 2010, p. 136

ambelor grupe de infracțiuni acțiunea sau inacțiunea care realizează elementul material al laturii obiective poate fi identic sau doar asemănătoare, problema care se ridică este aceea de a deosebi infracțiunile care fac parte din grupa celor contra vieții de infracțiunile contra integrității corporale sau sănătății. Practic, o faptă de lovire (cu pumnii, cu picioarele, cu diverse obiecte contondente), un alt act de violență fizică (de exemplu, aruncarea victimei de la un etaj superior al unui imobil, îmbrâncirea victimei în căderea acesteia pe trepte, aruncarea unui piatră de dimensiuni reduse în direcția capului victimei etc.) sau un act non-violent (de exemplu, punerea unei substanțe toxice în bucurta victimei) îndreptate împotriva corpului unei persoane în viață, pot constitui elementul material al laturii obiective atât al infracțiunii de omor (art. 188, art. 189 Cod penal) – consumat sau rămas în fază de tentativă – cât și al infracțiunii de lovire sau vătămări cauzatoare de moarte (art. 195 Cod penal), lovirea sau alte violențe (art. 193 Cod penal) ori vătămarea corporală (art. 194 Cod penal).

Într-o atare situație apare nevoia încadrării în drept a faptei petrecută în realitatea obiectivă, implicit, a delimitării infracțiunii de omor/tentativă la omor de o infracțiune dintre cele contra integrității corporale sau sănătății.

Elementul esențial care stă la baza unei astfel de delimitări este latura subiectivă, adică atitudinea psihică pe care a avut-o făptuitorul în momentul în care a acționat, și anume intenția - directă sau indirectă – de a ucide sau intenția – directă ori indirectă – de a vătăma integritatea corporală sau sănătatea victimei.

Determinarea intenției cu care a acționat făptuitorul este o activitate, de multe ori, anevoioasă, care trebuie să aibă la bază criterii obiective extrase din modalitățile prin care făptuitorul și-a exteriorizat comportamentul și din împrejurările concrete în care a avut loc săvârșirea faptei. În ipoteza în care determinarea intenției făptuitorului s-ar face exclusiv în baza susținerilor acestuia referitoare la atitudinea sa psihică din momentul în care a comis fapta, tindem să credem (iar practica judiciară o confirmă frecvent) că în majoritatea cazurilor făptuitorul va adopta o atitudine subiectivă și va declara favorabilă, mai exact va susține că a acționat cu intenția de a leza integritatea corporală sau sănătatea victimei, deși intenția sa reală a fost aceea de a ucide. De aceea, chiar dacă făptuitorul este cel care cunoaște cu exactitate, care a fost intenția sa în momentul în care a acționat,

declarația sa privitoare la acest aspect trebuie privit cu rezerve, neputând proba în mod obiectiv poziția psihică din momentul comiterii faptei.

Tocmai din aceste considerente, în literatura juridică⁴ au fost avansate o serie de criterii obiective, exterioare faptei, pe baza cărora în fiecare caz concret se determină poziția psihică cu care a acționat făptuitorul, criteriile ce au fost preluate și însușite în totalitate în practica judiciară. Astfel, în stabilirea intenției făptuitorului trebuie avute în vedere, ca și criteriile obiective, următoarele elemente: relația dintre făptuitor și victima anterior comiterii faptei (daca erau relații de prietenie, amicitie, afecțiune sau, dimpotrivă, relațiile erau din motive noase, tensionate, conflictuale); instrumentul utilizat de făptuitor la comiterea faptei (instrument apt să producă moartea unei persoane sau inapt pentru un astfel de rezultat); regiunea anatomică sau, altfel spus, zona corpului care a fost vizată prin acțiune (în sensul dacă este o zonă vitală sau, dimpotrivă, o zonă nevitală); intensitatea cu care a/au fost aplicat/aplicate lovitura/loviturile (aspect ce se desprinde din urmările constatate pe corpul victimei); numărul loviturilor aplicate (o singură lovitură sau mai multe lovituri succesive ori concomitente atunci când există pluralitate de făptuitori); atitudinea infractorului în raport cu victima sa imediat după comiterea faptei (a încercat să-i acorde un prim ajutor sau a abandonat-o în starea în care a adus-o). La criteriile anterior menționate, pot fi adăugate și alte elemente faptice specifice cazului concret analizat, elemente concludente din perspectiva identificării intenției cu care a acționat făptuitorul.

Pentru justa determinare a poziției psihice a făptuitorului, criteriile anterior arătate se impun a fi apreciate în ansamblul lor și nu parțial, în mod izolat, deoarece prin luarea în considerare doar a unuia sau a unora dintre ele (de exemplu, analiza doar a elementului ce ține de zona corpului vizată sau analiza asupra numărului și intensității loviturilor aplicate) se poate ajunge la o concluzie greșită în ceea ce privește poziția psihică a făptuitorului și, implicit, la o încadrare juridică incorectă, în dezacord cu realitatea.

Pentru o mai bună reflectare și înțelegere a criteriilor obiective care stau la baza determinării laturii subiective ca principal element pentru

⁴ V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, R. Stănoiu, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, V. Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea specială*, Vol. III, Ediția a II-a, Editura Academiei române și Editura ALL BECK, București, 2003, p. 230

deosebirea infracțiunilor contra vieții de cele contra integrității corporale apreciem util prezentarea unor cazuri practice relevante.

3. Cazuri și soluții practice relevante din perspectiva determinării laturii subiective ca element esențial pentru delimitarea infracțiunilor contra vieții de infracțiunile contra integrității corporale sau s n t ții

Jurisprudența națională în materia infracțiunilor contra vieții și a infracțiunilor contra integrității corporale sau s n t ții este una consistentă, fiind frecvente situațiile în care se pune problema delimitării infracțiunii de omor de infracțiunea de loviri sau v t m ri cauzatoare de moarte și respectiv a infracțiunii de tentativă la omor de infracțiunile de lovirea sau alte violențe ori v t m rea corporală. În fiecare caz concret, organele judiciare sunt chemate să facă delimitarea dintre infracțiunile ce aparțin celor două grupe și să realizeze o corectă calificare în drept a faptelor cu a c ror cercetare sau judecată au fost investite.

În continuare vom prezenta o serie de cazuri practice ce au fost extrase din practica instanțelor judecătorești, cazuri în care s-a pus problema determinării laturii subiective a faptuitorului și, pe baza acestui element constitutiv, stabilirea încadrării juridice corecte a faptei petrecută în realitatea obiectivă.

Într-o primă cauză⁵, situația de fapt reținută în considerentele hotărârii judecătorești, în linii mari, a constat în următoarele:

Faptuitorul O.L., în condițiile în care avea în mână un cuțit de bucătărie cu care își pregătise cina, în cadrul unui conflict spontan cu soția sa, victima O.V., s-a întors către aceasta și, cu cuțitul pe care îl avea asupra sa (cu lama metalică de 16 cm lungime și 3,5 cm lățime), i-a aplicat 2 (două) lovituri în zona superioară a membrului inferior stâng. În urma loviturilor primite, victima s-a așezat pe patul din apropiere, iar faptuitorul a continuat să-și pregătească cina. După aproximativ 15 minute, observând că victima sângera abundant la nivelul piciorului, faptuitorul a mers în curtea locuinței

⁵ Sentința penal nr. 592/15.09.2006 a Tribunalului Iași, menținută prin decizia penal nr. 311/28.11.2006 a Curții de Apel Iași, rămășiță definitivă prin nerecurare.

de unde a revenit cu o bucată de sârma cu care a legat victima, strâns, deasupra zonei tiate. Apoi făptuitorul a mers la mama lui, martora O.M., care locuia în aceeași curte și i-a solicitat să meargă la locuința sa, solicitare careia martora i-a dat curs. Imediat ce a intrat în locuință, văzând hemoragia externă masivă pe care o prezenta victima și starea gravă în care se găsea aceasta, martora O.M. a apelat numărul unic de urgență "112" și, după circa 30 minute, la fața locului a sosit un echipaj al ambulanței care a constatat decesul victimei O.V.

La examenul medico-legal efectuat asupra cadavrului au fost constatate două plăgi tiate: 1) o plagă tăiată din afara în untru și de sus în jos, de 8 cm lungime și 2,5 cm dehiscentă care intersecta planul tegumentar, țesutul celular subcutanat și planul muscular, *cu secțiune de artera femurală*; 2) o plagă tăiată situată la 1,5 cm inferior față de prima, de 7 cm lungime dispusă din afara în untru și de sus în jos, care intersecta planul tegumentar.

Din raportul de necropsie întocmit în cauză a rezultat că moartea victimei O.V. a fost violentă și ea s-a datorat insuficienței cardio-respiratorii acute, *consecința hemoragiei masive externe prin secțiune de artera femurală*. S-a mai reținut că cele două plăgi tiate de la nivelul membrului inferior stâng au putut fi produse prin lovire cu corp tăietor-înțepător (posibil cuțit).

Principala problemă de drept ridicată în speța anterior redată a fost aceea a calificării juridice a faptei comise de O.L., respectiv dacă aceasta constituie o infracțiune de omor sau o infracțiune de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte⁶.

Deosebirea dintre cele două infracțiuni – omor și loviri sau vătămări cauzatoare de moarte – este dată de latura subiectivă, adică de poziția psihică a făptuitorului din momentul comiterii faptei. Dacă făptuitorul a acționat cu intenția de a ucide, fapta sa va constitui infracțiunea de omor, iar dacă intenția cu care a acționat a fost aceea de a cauza o vătămare a integrității corporale sau a sănătății, dar s-a produs rezultatul mai grav, constând în decesul victimei, rezultatul se poate fi imputat în baza culpei, forma de

⁶ Prin rechizitoriul Parchetului de pe lângă Tribunalul Iași, procurorul de caz a dispus trimiterea în judecată a lui O.L. sub aspectul comiterii infracțiunii de "loviri sau vătămări cauzatoare de moarte", în varianta normativ prevăzută de art. 183 din Codul penal din 1969.

vinov ție este intenția dep it care atrage încadrarea faptei în infracțiunea de loviri sau v t m ri cauzatoare de moarte.

În declarațiile date în fața organelor judiciare, f ptuitorul O.L. a recunoscut c a aplicat victimei, cu cuțitul, 2 (dou) lovituri în partea superioara a piciorului stâng, dar a ar tat c intenția sa a fost aceea de a produce o v t marea integrit ții corporale a victimei i nu aceea de a-i suprima viața.

Examenul coroborat i complet asupra elementelor ce constituie criteriile obiective pentru determinarea poziției psihice a f ptuitorului a condus la concluzia c intenția lui O.L. în momentul în care a lovit victima a fost aceea de a o ucide i nu aceea de a-i produce doar o v t marea integrit ții corporale. În acest sens, s-a reținut c instrumentul folosit, prin natura i dimensiuni (un cuțit de buc t rie având lama metalică cu lungimea de 16 cm i l ățimea de 3,5 cm), era apt sa produc moartea unei persoane; zona corpului lovit , respectiv partea superioar a membrului inferior stâng, nu este o zona vital a corpului uman, dar este o zon unde este localizat artera femural , principalul vas de sânge al membrului inferior i al doilea ca mare (dup aorta) din corpul uman, a c rui secționarea duce la hemoragie extern masiv care, în lipsa unei intervenții imediate (în primul minut) pentru realizarea hemostazei conduce la deces; num rul loviturilor aplicate, respectiv dou lovituri consecutive; intensitatea, profunzimea loviturilor aplicate rezultat din leziunile constatate asupra cadavrului, dou pl gi t iate dintre care una cu dehiscenta de 2,5 cm care a intersectat planul tegumentar, țesutul celular subcutanat i planul muscular, cu secțiunea arterei femurale, ceea ce însemn c lovitura care a cauzat-o a fost una de mare intensitate, cuțitul p trunzând mult în membrul inferior al victimei; modul de aplicare a loviturilor, de sus în jos, f ptuitorul aflându-se față în față cu victima; atitudinea f ptuitorului imediat dup comiterea faptei constând în aceea c a continuat s - i preg teasc cina, ignorând faptul c victima (aflata în aceea i înc pere) sângera abundent, intervenind mult prea târziu (dup aproximativ 15 minute) i într-o modalitate care transmite ideea c nu a dorit neap rat s opreasc hemoragia i astfel s salveze viața victimei întrucât sârma, prin rigiditate i dimensiuni, nu putea opri curgerea sângelui. Cât prive te relația dintre f ptuitor i victima anterior comiterii faptei, probatoriul administrat în cauza a dovedit c aceasta era tensionat i conflictual , cei doi soți

obi nuind s consume frecvent b uturi alcoolice, fond pe care se certau i se loveau reciproc.

Pe baza analizei criteriilor anterior dezvoltate, instanța de judecat a reținut c f ptuitorul a acționat cu intenția indirect de a ucide, adic , de i nu a urm rit s - iucid soția, a prev zut c , prin lovirea de dou ori i cu intensitate mare a acesteia cu un cuțit având lama de dimensiuni mari în zona membrului inferior stâng, zona unde este localizat cel de-al doilea vas de sânge ca m rime din corpul uman, a c rui secționare poate conduce, în lipsa unei intervenții imediate i eficiente, la deces, se poate produce o hemoragie masiva care s conduc la deces, rezultat a c rui posibilitate de producere aacceptat-o. Pentru intenția indirect de a ucide cu care a acționat f ptuitorul O.L. au pledat i relația pe care acesta o avea cu soția sa anterior comiterii faptei cât, mai ales, conduita lui imediat ce a înjunghiat victima, conduit din care rezult c nu a dorit s împiedice producerea rezultatului mai grav, ci a acceptat posibilitatea intervenirii acestuia.

Reținând c sub aspectul laturii subiective, f ptuitorului O.L. a acționat cu intenția indirect de a ucide pe victima O.V., instanța de judecata a încadrat în drept fapta acestuia în infracțiunea de ”omor calificat”, în forma prev zuta de art. 174 – art. 175 lit. c) din Codul penal din 1969.

Într-o alt cauz ⁷, situația de fapt dovedit dincolo de orice îndoial rezonabil de materialul probator administrat la dosar se prezint dup cum urmeaz :

Pe fondul consumului de b uturi alcoolice i a unui conflict spontan generat de conduita f ptuitorului C.A., acesta s-a apropiat de persoana v t mat A.D.I. i, cu un cuțit tip briceag cu lama de aproximativ 7 cm, i-a aplicat acesteia o lovitura în zona hemitoracelui drept, dup care s-a îndreptat c tre persoana v t mat D.C. c reia, cu acela i cuțit, i-a aplicat o prim lovitura în spate. Persoana v t mat D.C., ca reacție la lovitura primit , s-a întors c tre f ptuitorul C.A. i i-a aplicat o lovitur cu pumnul, prinzându-l cu cealalt mân de ceaf . Apoi, D.C. a f cut un pas în spate, s-a dezechilibrat i a c zut în anșul de la marginea drumului. În timp ce D.C. era în anș, în poziția ezut, cu spatele rezemat de gard, f ptuitorul C.A. s-a

⁷ Sentința penal nr. 361/28.04.2015 a Tribunalului Ia i, modificat i r mas definitiv prin decizia penal nr. 774/04.11.2015 a Curții de Apel Ia i

apropiat de acesta, s-a aplecat asupra lui și l-a lovit de aproximativ 4 (patru) ori, cu cuțitul, în zona toracelui și a abdomenului. În timp ce era lovit, D.C. a încercat să se apere, împingându-l pe făptuitor cu mâinile și picioarele.

Imediat după înjunghierea persoanei vătămate D.C., făptuitorul C.A. a fugit de la locul faptei, deplasându-se la locuința sa situată într-o localitate învecinată.

Potrivit concluziilor raportului de expertiza medico-legal întocmit de IML Iași, persoana vătămată A.D.I. a prezentat diagnosticul de „*plag înjunghiat hemitorace drept fără intersectare pleura pulmonară, pe linia axilar anterioară, în spațiul X intercostal*”, leziune ce a necesitat pentru vindecare un număr de 9 – 10 zile îngrijiri medicale și care nu a fost de natură să pună în primejdie viața.

Referitor la persoana vătămată D.C., din raportul de expertiza medico-legal întocmit rezultă că aceasta a prezentat traumatism toraco-abdominal obiectivat prin 5 (cinci) plăgi înjunghiate la nivelul hemitoracelui stâng (3 plăgi), hemitorace drept (o plagă) și în zona epigastrică (o plagă), pentru care s-a intervenit chirurgical și s-a efectuat laparotomie exploratorie, drenaj peritoneal, sutura plăgilor toraco-abdominale. Leziunile traumatice prezentate de persoana vătămată D.C. au necesitat pentru vindecare un număr de 21 – 23 zile îngrijiri medicale și nu au fost de natură să pună viața în primejdie.

Față de situația de fapt descrisă, în cauză s-a pus problema încadrării în drept a faptelor comise de făptuitorul C.A., respectiv dacă faptele acestuia constituie infracțiunea de tentativă la omor calificat, în forma prevăzută de art. 32 Cod penal raportat la art. 188 - art. 189 lit.f) Cod penal ori 2 (două) infracțiuni de lovire sau alte violențe, în varianta agravată prevăzută de art. 193 alin.(2) Cod penal, comise în concurs real.

În ceea ce privește această dată, esențial pentru corectă încadrare în drept a faptelor comise este poziția psihică a făptuitorului C.A., respectiv dacă acesta a lovit persoanele vătămate cu intenția de a le ucide sau cu intenția de a le cauza doar o vătămare a integrității corporale. Pentru determinarea poziției psihice a făptuitorului au fost luate în considerare următoarele criterii: instrumentul folosit, respectiv un cuțit cu lama rabatabilă în lungime de circa 7 cm și 1 cm lățime, instrument apt să producă moartea; zona corpului unde au fost aplicate loviturile în cazul ambelor persoane vătămate, și anume regiunea toracică, zona vitală a corpului uman întrucât în cutia

toracic se găsesc organe interne (inima, plămâni) care dacă sunt secționate produc hemoragie internă care poate conduce la deces și zona abdominală care, la rândul ei, este zonă vitală; numărul loviturilor aplicate, 5 lovituri consecutive persoanei vătămate D.C. (4 în zona toracică atât pe partea stângă cât și pe partea dreaptă și una în zona abdominală) și o singură lovitură persoanei vătămate A.D.I. în partea dreaptă a toracelui; intensitatea loviturilor aplicate care a fost una medie, plăgile toracice produse nefiind penetrante; atitudinea făptuitorului imediat după comiterea faptelor constând în fuga de la locul agresiunii și abandonarea celor două persoane vătămate în stare în care le-a adus. În ceea ce privește relația anterioară dintre făptuitor și persoanele vătămate s-a reținut că acestea nu se cunoșteau mai înainte de data la care au fost comise faptele astfel că acest aspect nu este relevant pentru determinarea poziției psihice a făptuitorului.

Cu privire la numărul loviturilor aplicate persoanei vătămate A.D.I., instanța de judecată a apreciat că aplicarea doar a unei singure lovituri nu s-a datorat faptului că C.A. a dorit ca acțiunea să aibă ca rezultat o vătămare integrității corporale, ci faptului că imediat ce l-a lovit pe A.D.I., făptuitorul s-a îndreptat către cea de a doua persoană vătămată – D.C. – pe care a lovit-o de cinci ori consecutiv, continuându-și astfel acțiunea agresivă cu scopul de a anihila pe ambele persoane care, în opinia sa, îi erau adversari.

Un alt element avut în vedere la stabilirea intenției făptuitorului C.A. a fost acela că în momentul în care a aplicat persoanei vătămate D.C. prima lovitură, aceasta era cu spatele, împrejurare care exclude orice reacție de apăsare și înclină balanța spre ideea că intenția făptuitorului nu s-a limitat la producerea de leziuni traumatice.

Cu privire la intensitatea loviturilor aplicate s-a apreciat că la diminuarea acesteia a contribuit și poziția avută de făptuitor în raport cu persoana vătămată D.C. cînd patru dintre cele cinci lovituri i-au fost aplicate în condițiile în care era căzut într-un anghin, în poziția ezut, făptuitorul fiind nevoit să se aplece asupra ei, acțiune care corelată și cu împrejurarea că persoana vătămată se mișcă încercând să se apere, a făcut să scadă intensitatea inițială a loviturilor.

Împrejurarea că prin leziunile traumatice suferite, viața persoanelor vătămate nu a fost pusă în primejdie s-a considerat că fiind mai puțin relevantă, în condițiile în care analiza de ansamblu a elementelor ce privesc instrumentul utilizat de făptuitor, un instrument apt să producă moartea,

zonele corpului lovite, zone vitale, numărul loviturilor aplicate (în total, ase) și succesiunea acestora, în sensul că făptuitorul a lovit persoanele victime una după alta, prin surprindere și fără a le da posibilitate de a opune rezistență, precum și atitudinea manifestată imediat după comiterea faptelor caracterizat prin abandonarea persoanelor victime aflate în stare de nevoie, duce la concluzia că făptuitorul C.A. a prevăzut ca rezultat al faptelor sale moartea persoanelor victime, rezultat pe care nu l-a urmărit dar a acceptat posibilitatea producerii lui.

Pentru argumentele reținute în considerentele hotărârii pronunțate, instanța de judecată a apreciat că făptuitorul C.A. a acționat cu intenția indirectă de a ucide, iar încadrarea juridică a faptelor comise de acesta a fost aceea de „tentativ la omor calificat”, în varianta prevăzută de art. 32 Cod penal raportat la art. 188 - art. 189 lit. f) Cod penal.

Într-un alt dosar penal⁸, situația de fapt descrisă în considerentele hotărârii judecătorești a constat în următoarele:

Făptuitorul A.C., în cadrul unui conflict generat de acroarea cerușei sale de o altă cerușă, a coborât din atelajul său, cu un par, a aplicat inițial ocupantului celuilalt atelaj, persoana victimă P.I., o lovitură, îndreptată în direcția capului, înșpe persoana victimă, într-un gest de autoapărare ridicat în sus brațul stâng pe care l-a interpus astfel între obiectul vulnerant folosit de făptuitor și capul său. Urmare a gestului de autoapărare al persoanei victime, zona lovită cu parul a fost brațul care a fost fracturat.

În continuare, făptuitorul A.C., cu același par, a aplicat persoanei victime o a doua lovitură, în regiunea capului, lovitură în urma căreia P.I. a căzut din cerușă, pierzându-și cunoștința pentru o perioadă de timp.

Făptuitorul a abandonat victima, inconștient, la locul faptei situat într-o zonă din extravilanul unei localități din mediul rural.

Potrivit concluziilor certificatului medico-legal eliberat persoanei victime P.I., aceasta a prezentat *”fractura medie cubitus stâng fără deplasare, fractura temporo-parietală cu iradiere în sfenoid, contuzie*

⁸ Sentința penală nr. 494/25.02.2016 a Judecătoriei Iași, prin care s-a dispus declinarea competenței de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Iași, dosarul fiind preluat și reținut pentru judecarea pe fond de instanța ierarhic superioară (competent să judece în primă instanță infracțiunea de omor)

hemoragic minim temporal dreapta, hematom extradural temporo-parietal stâng nechirurgical”, leziuni ce au necesitat pentru vindecare un număr de 65 – 70 zile îngrijiri medicale și care nu au fost de natură să pună în primejdie viața.

Prin rechizitoriul întocmit în cauză, procurorul de caz a reținut în sarcina lui A.C. comiterea infracțiunii de ”lovire sau alte violențe”, în forma agravată prevăzută de art. 193 alin. (2) Cod penal, acuzație sub care a dispus trimiterea lui în judecată, sens în care a sesizat judecătoria, ca instanță competentă să judece în primă instanță infracțiunea incriminată la art. 193 Cod penal.

Instanța de judecată astfel investită, efectuând propria analiză și evaluare a situației de fapt reținute în actul de sesizare, prin prisma încadrării juridice, a reținut ca fapta descrisă în rechizitoriul procurorului constituie infracțiunea de ”tentativa la omor”, prevăzută de art. 32 Cod penal raportat la art. 188 Cod penal, motiv pentru care a dispus schimbarea încadrării juridice și apoi declinarea competenței de soluționare în favoarea tribunalului, instanță judecătorească competentă să judece în primă instanță infracțiunea de omor.

În argumentarea soluției de schimbare a încadrării juridice, instanța a reținut că intenția făptuitorului A.C. în momentul în care a comis fapta a fost aceea de a suprima viața victimei P.I. În sprijinul acestui punct de vedere au fost aduse următoarele argumente de fapt: instrumentul folosit de făptuitor - un par - este apt să producă moartea unei persoane; zona corpului vizată de fiecare dintre cele două lovituri aplicate, și anume zona capului care este o zonă vitală; aplicarea a două lovituri puternice/de mare intensitate aspect ce rezultă din urmările produse, respectiv fracturi ale oaselor mâinii și ale craniului; numărul loviturilor aplicate și împrejurarea că, în condițiile în care prima lovitură nu a nimerit zona vizată – capul victimei - făptuitorul a insistat în demersul său infracțional de a lovi victima cu parul în cap, aplicând cea de a doua lovitură a cărei urmare imediată a constat în pierderea cunoștinței de către persoana victimă. În plus, instanța a luat în considerare și vârsta victimei de 74 de ani, aspect în considerare căruia, pe bună dreptate, s-a reținut vulnerabilitatea crescută a acesteia și capacitatea redusă a organismului de a se autoapăra și de a se refăce, cu urință, în situația unor leziuni traumatice de genul celor efectiv suferite de P.I.

Intenția făptuitorului de a suprima viața victimei rezultă din atitudinea sa ulterioară aplicării loviturilor constând în abandonarea victimei care căzuse din căruț, inconștient, într-o zonă din extravilanul unei localități din mediul rural, pe timp de noapte, existând șanse scizute de a fi găsit și salvat.

Prin toate elementele ce constituie criteriile obiective de determinare a poziției psihice a făptuitorului la care s-a adăugat împrejurarea referitoare la vârsta persoanei victimate, în mod just, instanța de judecată a reținut că intenția cu care a acționat făptuitorul A.C. a fost aceea de a ucide victima și a calificat fapta comisă de acesta ca infracțiune de "tentativă la omor", prevăzută de art. 32 Cod penal raportat la art. 188 Cod penal.

Într-un alt caz practic⁹, situația de fapt reținută de instanța de judecată prin hotărârea penală dată a constat în următoarele:

În timp ce se aflau în dormitorul imobilului în care locuiau, între soții S.M.C. și S.M. a izbucnit o ceartă generată de reproșul pe care victima i l-a făcut făptuitorului referitor la ora târzie la care a ajuns acasă. La un moment dat, făptuitorul S.M.C. a îmbrâncit-o pe victimă, izbind-o cu putere de patul de lemn din apropiere pe care se găseau depozitate articole de îmbrăcăminte și alte bunuri, determinând ruperea unei scânduri de la pat și producându-i lui S.M. fractura a două coaste. În continuare, cu un obiect contondent (ce nu a putut fi identificat), făptuitorul i-a aplicat victimei S.M. o lovitură în zona bătăriei. Lovitura aplicată în această zonă a corpului, una reflexogenă, i-a provocat victimei un reflux brusc de aspirație a conținutului gastric (reflux de vomă) în căile aeriene, ce a determinat o asfixie mecanică care, în cele din urmă, a condus la deces.

Anterior instalării decesului, văzând starea în care se afla victima, făptuitorul a aruncat peste aceasta cu apă rece în ideea de a o resuscita.

După ce victima a decedat, făptuitorul a sărat-o în pat, în poziția întinsă pe o parte, apoi a stropit-o cu țuică în zona facială și peste bluza cu care era îmbrăcată cu scopul de a acredita ideea unui suicid.

⁹ Sentința penală nr. 160/09.03.2006 a Tribunalului Iași, modificată (în latura civilă) prin decizia penală nr. 29/27.02.2007 a Curții de Apel Iași, menținută în rămas definitiv prin decizia penală nr. 2784/23.05.2007 a Î.C..C.J. – Secția Penală

Potrivit raportului de expertiza medico-legală autopsie întocmit în cauză, moartea victimei S.M. a fost violentă, ea s-a datorat insuficienței respiratorii acute cauzate de asfixia mecanică prin aspirat de conținut alimentar regurgitat. La autopsie s-au constatat leziuni traumatice produse prin lovire cu mijloace contondente, respectiv excoriație submentonieră și fracturi costale fără deplasare C5 – C6 stângi, leziuni ce nu au avut potențial tanatogenerator prin ele însele și, în caz de supraviețuire, ar fi necesitat un număr de 14 – 15 zile îngrijiri medicale pentru vindecare.

Comisia medico-legală care a întocmit raportul de autopsie a arătat că lovirea într-o zonă corporală reflexogenă (în speță, regiunea facială și submentonieră) poate declanșa un reflux de aspirație a conținutului gastric în căile aeriene și determina o asfixie. În cazul examinat, deși leziunile nu erau tanatogeneratoare, ele au devenit letale prin declanșarea refluxului de vomă urmat de asfixie, astfel că în relația causală dintre refluxul de vomă și asfixie, leziunile corporale au avut rol de condiție determinantă.

În sarcina făptuitorului se reține că, mai întâi, a exercitat un act de violență fizică constând în îmbrâncirea și izbirea puternică a victimei pe pat, iar apoi i-a aplicat acesteia, cu un obiect contondent, o singură lovitură în zona bătăriei, producându-i astfel fractura coastelor C5 – C6 și o excoriație submentonieră.

Față de numărul actelor de violență exercitate (o îmbrâncire și o lovitură), de zonele corpului vizate, zone care nu sunt vitale, de instrumentele folosite, respectiv mâinile și apoi un obiect contondent (ce nu a putut fi identificat de organele judiciare) care nu avea însă aptitudinea de a produce moartea, aspect extras din urmarea produsă la nivelul bătăriei – o escoriație –, de intensitatea redusă a violențelor exercitate (la fracturarea coastelor a contribuit semnificativ și planul dur pe care a fost izbită victima, iar la nivelul bătăriei, lovitură aplicată a produs doar o escoriație), reținând și conduita făptuitorului imediat după comiterea faptei constând în aceea că a înțeles și dea ajutor victimei, într-o manieră în care s-a priceput, instanța de judecată a reținut că făptuitorul a acționat cu forma de vinovăție a intenției depășite. Astfel, s-a reținut că S.M.C. a acționat cu intenție directă în ceea ce privește producerea traumatismului facial și toracic însă, față de rezultatul constând în moartea victimei, poziția făptuitorului a fost aceea specifică culpei în sensul că, lovind într-o zonă reflexogenă, putea și trebuia să prevadă posibilitatea declanșării unui reflux de aspirație a conținutului gastric

în condițiile aeriene și posibilitatea asfixiei mecanice, urmare pe care nu a prevăzut-o și nici nu a acceptat-o.

În concluzie, s-a reținut că fapta dovedită comis de făptuitorul S.M.C. întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de „loviri sau vătămări cauzatoare de moarte”, în varianta normativ prevăzută de art. 183 din Codul penal din 1969.

AGENȚII ȘI OFICII EUROPENE PENTRU SPAȚIUL DE
LIBERTATE, SECURITATE ȘI JUSTIȚIE

EUROPEAN AGENCIES AND OFFICES FOR THE AREA OF
FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE

OLGA –ANDREEA URDA¹

Rezumat: Normele adoptate la nivelul Uniunii Europene în scopul realizării spațiului de libertate, securitate și justiție, au în vedere nu numai armonizarea reglementărilor în materia dreptului penal material dar și crearea unui cadru instituțional centralizat. Agențiile și oficiile Uniunii Europene ce au competențe în prevenirea și combaterea criminalității asigură aplicarea efectivă a normelor de drept penal european. Statul român aplică normele de instituire a acestor entități și creează forme naționale de cooperare și legătură cu cele existente la nivel european.

Cuvinte cheie: spațiu de libertate, securitate și justiție, Uniunea Europeană, infracțiuni transfrontaliere, criminalitate organizată.

Abstract: The rules adopted at EU level for the achievement of an area of freedom, security and justice, are aiming not only at the harmonization of the regulations of the criminal law but also on the creation of a centralized institutional framework. Agencies and offices of the European Union which have competence in preventing and combating crime are ensuring effective application of the European criminal law norms. Romanian State applies the rules establishing these national entities and establishes forms of cooperation and liaison with those at European level.

Keywords: space of freedom, security and justice, the European Union, cross-border crime, organized crime.

1. Oficiul European de Poliție – Europol

Europol - Oficiul de Poliție al Uniunii Europene – are rolul de a acționa în sensul prevenirii și combaterii traficului ilegal de droguri, a traficului internațional cu substanțe nucleare și radioactive, a contrabandei

¹ Asistent univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: olga.alexandru@uaic.ro

*cu imigranți, a traficului ilegal cu ființe umane, precum și în domeniul furtului și traficului ilegal de autovehicule*².

Ca agenție a Uniunii Europene, misiunea Europol este de a susține statele membre în prevenirea și combaterea infracționalității transfrontaliere și terorismului. Pentru a ține pasul cu dezvoltarea criminalității transfrontaliere, Europol menține baze de date și canale de comunicații de tehnologie avansat , oferind facilități rapide și sigure de stocare, cercetare, vizualizare, analizare și realizare a legăturii dintre informațiile principale³. Totodată , Europol îndeplinește rolul de oficiu central pentru combaterea falsificării monedei euro, în conformitate cu Decizia 2005/511/JAI a Consiliului din 12 iulie 2005 privind protecția monedei euro împotriva falsificării⁴.

România a adoptat Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 61/2007 pentru reglementarea unor măsuri de punere în aplicare a Convenției privind constituirea Oficiului European de Poliție (Convenția EUROPOL)⁵, aprobat prin Legea nr. 329/2007 și care înființează Unitatea Națională Europol din cadrul centrului de Cooperare Polițienească Internațională din Ministerul de Interne și Reformei Administrative în calitate de unitate națională .

Legea nr. 55/2012⁶ privind cooperarea României cu Oficiul European de Poliție (Europol) care abrogă Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 61/2007, creează cadrul juridic necesar aplicării Deciziei 2009/371/JAI și stabilește regimul juridic aplicabil activității de cooperare dintre autoritățile publice române și Europol.

² Art. 2 din Convenția Europol.

³ Oficiul European de Poliție, *Analiza Europol. Raportul general privind activitățile Europol*, Editor Agnieszka Biegaj, 2011, p.9.

⁴ Decizia 2005/511/JAI a Consiliului din 12 iulie 2005 privind protecția monedei euro împotriva falsificării, prin desemnarea Europol ca fiind biroul central pentru combaterea falsificării monedei euro, disponibil pe pagina de internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005D0511:RO:HTML> consultat la data de 27.08.2013.

⁵ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 439 din 28 iunie 2007.

⁶ Legea 55/2012 privind cooperarea României cu Oficiul European de Poliție (Europol), publicat în M. Of., Partea I, nr. 185 din 22.03.2012, disponibil pe pagina de internet http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_55_2012_cooperarea_romaniei_oficiul_european_politie_europol.php, consultat la data de 27.08.2013.

2. Colegiul European de Poliție – CEPOL

Decizia 2000/820/JAI⁷ a Consiliului, Colegiul European de Poliție (CEPOL), având statutul de agenție a Uniunii Europene și sediul la Bramshill⁸.

Decizia 2005/681/JAI⁹ a Consiliului prin care se abroga Decizia 2000/820/JAI și instituie un Colegiu European de Poliție ca succesor al celui CEPOL înființat prin Decizia 2000/820/JAI¹⁰.

CEPOL funcționează *ca o rețea, reunind institutele naționale de formare din statele membre, ale căror sarcini includ formarea înalților responsabili de poliție și care cooperează strâns în acest scop*¹¹.

3. Magistrații de legătură

Acțiunea Comună 96/277/JAI din 22 aprilie 1996, adoptată de Consiliu în baza art. K.3 din TUE, privind crearea unui cadru pentru schimbul de magistrați de legătură, în scopul îmbunătățirii cooperării judiciare între statele membre.

Magistrații de legătură au rolul de a desfășura orice activitate care urmărește să favorizeze și să accelereze, în special prin stabilirea de contacte directe cu serviciile competente și cu autoritățile judiciare ale statului gazd, membre ale Uniunii Europene¹², toate formele de cooperare judiciară în materie penală și civilă, după caz¹³. Magistrații de legătură pot desfășura de asemenea, conform art. 2 alin. (2) din Acțiunea Comună, pe baza acordurilor încheiate între statul membru care-i trimite și statul membru gazd, orice activitate destinată să asigure funcțiile de schimb de

⁷ Jurnalul Oficial seria L 336 30.12.2000, p.1.

⁸ Sediul Cepol a fost stabilit la prin Decizia 2004/567/JAI la Bramshill, inițial sediul oficial fiind stabilit temporar la Copenhaga.

⁹ Jurnalul Oficial Seria L 256 01.10.2005, p. 63-70.

¹⁰ Colegiul European de Poliție (CEPOL) disponibil pe pagina de internet http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/police_customs_cooperation/114006a_ro.htm, consultat în 08.08.2013

¹¹ Art. 1, pct. 2 Decizia 2005/681/JAI disponibil pe pagina de internet <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:256:0063:01:RO:HTML>, consultat în 08.08.2013

¹² Acțiunea comună din 22 aprilie 1996¹² adoptată de Consiliu în temeiul art. K3 din Tratatul privind Uniunea Europeană, privind crearea unui cadru pentru schimbul de magistrați de legătură, în scopul îmbunătățirii cooperării judiciare între statele membre ale Uniunii Europene, publicat în JOUE L 105/ 27.04.1996, disponibil pe pagina de internet <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0277:RO:NOT>.

¹³ Art. 2 alin. (1), Acțiunea comună 96/277/JAI 22 aprilie 1996.

informații și de date statistice, cu scopul de a favoriza cunoașterea reciprocă a sistemelor respective și a bazei de date juridice ale statelor interesate, precum și relațiile dintre profesiile juridice proprii fiecărui stat membru.

România a adoptat Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 123/2007 privind unele măsuri pentru consolidarea cooperării judiciare cu statele membre ale Uniunii Europene, prin care se creează “cadru juridic pentru trimiterea, pe baza unor acorduri bilaterale sau multilaterale, a unor magistrați de legătură în state membre ale Uniunii Europene sau, dacă este cazul, și în state terțe, în aplicarea Acțiunii comune din 22 aprilie 1996”¹⁴.

4. Rețeaua Judiciar European în materie penală

Rețeaua Judiciar Europeană a fost creată prin Acțiunea comună a Consiliului din 22 iunie 1998¹⁵, modificată prin Decizia 2008/976/JAI a Consiliului din 16 decembrie 2008 privind Rețeaua Judiciar Europeană¹⁶, reprezintă o rețea de puncte de contact judiciare între statele membre.

Crearea Rețelei Judiciare Europene a avut ca punct de plecare Acțiunea comună 96/277/JAI a Consiliului din 22 aprilie 1996. Rețeaua Judiciar Europeană are rolul de a facilita stabilirea de legături între punctele de contact din statele membre în scopul intensificării cooperării între statele membre, în special în cadrul acțiunilor de combatere a formelor grave de criminalitate. De asemenea Rețeaua Judiciar Europeană organizează reuniuni periodice ale reprezentanților statelor membre și furnizează informații concise de natură juridică și practică privind sistemele judiciare și procedurale din statele membre¹⁷.

La nivelul țării noastre, reprezentarea la RJE este reglementată de Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 123/2007 privind unele măsuri pentru consolidarea cooperării judiciare cu statele membre ale Uniunii Europene. Tot în dreptul intern relevant este și Ordinul nr. 608/C/2010 al

¹⁴ Art. 3 Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 123/2007

¹⁵ Acțiunea comună din 22 iunie 1998¹⁵ adoptată de Consiliu în temeiul art. K3 din Tratatul privind Uniunea Europeană, de creare a unei Rețele Judiciare Europene, publicat în JOUE 191/07.07.1998, disponibil pe pagina de internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0428:RO:NOT>.

¹⁶ Decizia 2008/976/JAI a Consiliului din 16 decembrie 2008 privind Rețeaua Judiciar Europeană publicat în JOUE L 348 din 24/12/2008 disponibil pe pagina de internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0130:0134:RO:PDF>.

¹⁷ Art. 3 și 4 Decizia 2008/976/JAI a Consiliului din 16 decembrie 2008

Ministrului Justiției, care reglementează modul în care este organizat Rețeaua Judiciară Română.

5. Unitatea Europeană de Cooperare Judiciară – Eurojust

În 2002 a fost instituit, prin Decizia nr. 2002/187/JAI¹⁸, Eurojust cu scopul de a promova și a ameliora coordonarea investigațiilor și urmărilor penale desfășurate de autoritățile judiciare competente din statele membre ale Uniunii Europene, atunci când acestea se confruntă cu forme grave de criminalitate organizată și transfrontalieră.

Eurojust este alcătuit din 28 de membri naționali, câte unul din fiecare stat membru al Uniunii, cu funcția de procurori, judecatori sau ofițeri de poliție cu o competență echivalentă, și care sunt detașați în conformitate cu normele sistemului de drept din care provin.

Art. 4 din Decizia nr. 2002/187/JAI stabilește domeniile de competență ale Eurojust și sunt avute în vedere: „tipurile de criminalitate și infracțiunile pentru care Europol are oricând competența de a acționa, criminalitatea informatică, fraudă și corupția și orice fapt penal care aduce atingere intereselor financiare ale Uniunii Europene, spălarea produselor infracțiunii, infracțiuni împotriva mediului, participarea la o organizație criminală, în sensul Acțiunii comune 98/733/JAI a Consiliului din 21 decembrie 1998¹⁹ privind incriminarea participării la o organizație criminală în statele membre ale Uniunii Europene”²⁰.

¹⁸ Decizia Consiliului din 28 februarie 2002 de instituire a Eurojust în scopul consolidării luptei împotriva formelor grave de criminalitate, publicat în JO nr. 63 din 6.03.2002, disponibil pe pagina: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002D0187:RO:NOT>, consultat în 23.08.2013, modificat prin Decizia 2009/426/JAI a Consiliului din 16 decembrie 2008 privind consolidarea Eurojust și de modificare a Deciziei 2002/187/JAI de instituire a Eurojust în scopul consolidării luptei împotriva formelor grave de criminalitate disponibil pe pagina: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:138:0014:01:RO:HTML>.

¹⁹ Acțiunea comună 98/733/JAI din 21 decembrie 1998, adoptată de Consiliu în temeiul articolului K.3 din Tratatul privind Uniunea Europeană, privind incriminarea participării la o organizație criminală în statele membre ale Uniunii Europene, publicat în JO L 351 din 29.12.1998, disponibil pe pagina: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0733:RO:NOT>.

²⁰ Art. 1 al Acțiunii comune 98/733/JAI a Consiliului din 21 decembrie 1998 definește "organizația criminală" ca fiind o asocieră structurată, a mai mult de două persoane, stabilită în timp, care acționează concertat în vederea comiterii de infracțiuni pasibile de o pedeapsă privativă de libertate sau de aplicarea unei măsuri de siguranță privative de libertate de maximum patru ani, sau de o pedeapsă mai severă, indiferent dacă aceste infracțiuni

Potrivit art. 13 pct. 2 din Decizia nr. 2002/187/JAI „în cadrul cercetărilor și al urmărilor penale, implicând două sau mai multe state membre, obiectivele Eurojust sunt următoarele:

- promovarea și ameliorarea coordonării între autoritățile competente ale statelor membre cu privire la cercetările și urmările penale în statele membre, ținând cont de oricare cerere formulată de o autoritate competentă a unui stat membru și de orice informație furnizată de un organ competent, în temeiul dispozițiilor adoptate în cadrul tratatelor;
- ameliorarea cooperării dintre autoritățile competente ale statelor membre, în special prin facilitarea punerii în aplicare a asistenței judiciare internaționale și a executării cererilor de extradare;
- susținerea, în orice alt fel, a autorităților competente din statele membre, pentru a consolida eficiența cercetărilor și a urmărilor penale”.

Decizia 2009/426/JAI privind Eurojust prevede instituirea de către statele membre, până la 4 iunie 2011, a unui sistem național de coordonare Eurojust pentru a asigura coordonarea eforturilor depuse de:

- (a) *corespondenții naționali ai Eurojust;*
- (b) *corespondentul național al Eurojust pe probleme legate de terorism;*
- (c) *corespondentul național al Rețelei Judiciare Europene și cel mult trei puncte de contact ale Rețelei Judiciare Europene;*
- (d) *membrii naționali sau punctele de contact din Rețeaua echipelor comune de anchetă și din rețelele instituite prin Decizia 2002/494/JAI a Consiliului din 13 iunie 2002 de înființare a unei rețele europene de puncte de contact cu privire la persoane vinovate de genocid, crime împotriva umanității și crime de război, prin Decizia 2007/845/JAI a Consiliului din 6 decembrie 2007 privind cooperarea dintre oficiile de recuperare a creanțelor din statele membre în domeniul urmăririi și identificării produselor provenite din sârmă de înfrățuni sau a altor bunuri având legătură cu infracțiunile și prin Decizia 2008/852/JAI a Consiliului din 24 octombrie 2008 privind un punct de contact pentru combaterea corupției²¹.*

La nivelul legislației noastre, Decizia privind Eurojust a fost transpusă de *Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.123/2007 privind unele măsuri pentru consolidarea cooperării judiciare cu statele membre ale Uniunii Europene, aprobată cu modificări prin Legea nr. 85/2008, cu*

reprezintă un scop în sine sau un mijloc de obținere a unor avantaje materiale și, după caz, de influențare ilegală a funcționării autorităților publice.

²¹ Art. 12 din Decizia nr. 2002/187/JAI.

modificările și completările ulterioare. Legea nr. 35/2012 pentru modificarea și completarea OUG123/2007 privind unele măsuri pentru consolidarea cooperării judiciare cu statele membre ale Uniunii Europene transpune Decizia 2009/426/JAI privind Eurojust.

Membrul național român la Eurojust are locul de muncă la sediul Eurojust, unde exercită toate competențele prevăzute în Decizia 2002/187/JAI privind Eurojust. El prezintă ministrului Justiției, până la data de 1 februarie a fiecărui an pentru anul precedent, un raport referitor la activitatea Biroului român la Eurojust și poate fi chemat pentru a informa comisiile juridice și comisiile pentru afaceri europene ale celor două Camere ale Parlamentului României despre activitatea desfășurată.

6. Agenția Europeană pentru Gestionarea Cooperării Operative la Frontierele Externe ale Statelor Membre ale UE – Frontex

Regulamentul (CE) nr. 2007/2004 al Consiliului din 26 octombrie 2004²², instituie Agenția Europeană pentru Gestionarea Cooperării Operative la Frontierele Externe ale statelor membre ale Uniunii Europene, cu sediul la Varșovia.

Frontex are rolul de a „coordona cooperarea operativă între statele membre în domeniul gestionării frontierelor externe, asistă statele membre la formarea polițiilor de frontieră naționale, inclusiv la stabilirea standardelor comune de formare, efectuează analize ale riscurilor, urmărește progresul cercetărilor relevante pentru controlul și supravegherea frontierelor externe, asistă statele membre în situațiile care impun o asistență tehnică și operativă sporită la frontierele externe, furnizează statelor membre sprijinul necesar pentru organizarea operațiunilor comune de returnare”²³.

Poliția de Frontieră Română organizează și coordonează, în zona de competență la frontiera externă, prin *Punctul Național de Contact Frontex din cadrul Inspectoratului General al Poliției de Frontieră, activități sub egida Agenției Europene pentru Gestionarea Cooperării Operative la Frontierele Externe ale Statelor Membre ale Uniunii Europene, denumit în*

²² Regulamentul (CE) nr. 2007/2004 al Consiliului din 26 octombrie 2004 de instituire a Agenției Europene pentru Gestionarea Cooperării Operative la Frontierele Externe ale statelor membre ale Uniunii Europene publicat în Jurnalul oficial Seria L 349 din 25.11.2004, disponibil pe pagina de internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R2007:RO:NOT>.

²³ Art. 1 din Regulamentul (CE) nr. 2007/2004 al Consiliului din 26 octombrie 2004

continuare Agenția Frontex, pe teritoriul României, conform Regulamentului (CE) nr. 2.007/2004²⁴.

7. Oficiul European de Luptă Antifraudă – OLAF

Decizia Comisiei din 28 aprilie 1999 352/CE, CECO, Euratom, instituie Oficiul European de Luptă Antifraudă (OLAF) și înlocuiește Grupul operativ de coordonare a combaterii fraudei preluându-i toate îndatoririle.

Misiunea OLAF este de a proteja interesele financiare ale Uniunii Europene prin investigarea fraudei, corupției și a altor activități ilegale, de a detecta și investiga probleme grave legate de îndeplinirea atribuțiilor profesionale de către personalul instituțiilor Uniunii, probleme care ar putea conduce la declanșarea unor proceduri disciplinare sau penale și nu în ultimul rând OLAF trebuie să sprijine Comisia Europeană în dezvoltarea și implementarea instrumentelor privind prevenirea și descoperirea fraudelor.

În îndeplinirea atribuțiilor sale OLAF beneficiază de buget și administrație proprii. Regulamentul nr. 1073/1999 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 mai 1999 privind investigațiile efectuate de Oficiul European de Luptă Antifraudă (OLAF)²⁵ eficientizează acțiunile OLAF prin asigurarea independenței oficiului în îndeplinirea sarcinilor ce îi revin. Tot conform acestui regulament directorul OLAF are atribuția de a declanșa o investigație din proprie inițiativă sau la solicitarea unui stat membru sau a instituției sau organismului în cauză.

În România, instituția de contact cu Oficiul European de Luptă Antifraudă o constituie Departamentul pentru luptă antifraudă – DLAF. Departamentul a fost înființat prin OUG 49/2005 privind stabilirea unor măsuri de reorganizare în cadrul administrației publice centrale²⁶ în scopul consolidării cadrului normativ privind lupta împotriva fraudei pentru protecția intereselor financiare ale Uniunii Europene în România și

²⁴ Art. 21 alin. 1, lit. s), OUG nr. 104/2001 privind organizarea și funcționarea Poliției de Frontieră Române, publicat în Monitorul Oficial nr 351 din 29 iunie 2001.

²⁵ Regulamentul nr. 1073/1999 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 mai 1999 privind investigațiile efectuate de Oficiul European de Luptă Antifraudă (OLAF) publicat în Jurnalul oficial Seria L 136 din 31.05.1999, disponibil pe pagina de internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999R1073:RO:NOT>.

²⁶ Ordonanța de urgență nr. 49 din 1 iunie 2005 privind stabilirea unor măsuri de reorganizare în cadrul administrației publice centrale Monitorul Oficial nr. 517 din 17 iunie 2005, disponibil pe pagina de internet <http://www.antifrauda.gov.ro/docs/ro/legislatie/OUG%20nr%2049.pdf>.

“efectuează controlul obținerii, derulării sau utilizării fondurilor provenite din programele de asistență ale Uniunii Europene, în vederea identificării de nereguli, având în calitate de organ de constatare, în privința fraudelor ce afectează interesele financiare ale Uniunii Europene în România, astfel cum sunt definite în Ordonanța Guvernului nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, aprobat cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare”²⁷. Legea nr. 61/2011 privind organizarea și funcționarea Departamentului pentru lupta antifraudă – DLAF²⁸ modifică OUG 49/2005 și acordă personalitate juridică DLAF.

8. Parchetul European

În 7 iulie 2013 Comisia a adoptat Propunerea de Regulament al Consiliului de instituire a Parchetului European, COM(2013)²⁹ cu misiunea de a combate infracțiunile care aduc atingere intereselor Uniunii Europene.

Art. 86 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene constituie temeiul juridic necesar pentru acest nou sistem de urmărire penală la nivelul Uniunii, al cărui scop este de a corecta deficiențele regimului actual de asigurare a respectării legii bazat exclusiv pe eforturi naționale și de a spori consistența și coordonarea acestora³⁰.

Conform Propunerii de Regulament, Parchetul European este instituit ca organism al Uniunii cu structură descentralizată și personalitate juridică. Misiunea Parchetului European este combaterea infracțiunilor care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii și are în acest sens competența de a cerceta, urmări și de a trimite în judecată autorilor și coautorilor infracțiunilor împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene. Astfel, Parchetul european va avea puteri autonome de cercetare

²⁷ Art. 7 lit. b), Ordonanța de urgență nr. 49 din 1 iunie 2005

²⁸ Legea nr. 61/2011 privind organizarea și funcționarea Departamentului pentru lupta antifraudă – DLAF, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 331/12.05.2011, disponibil pe pagina de internet

<http://www.antifrauda.gov.ro/docs/ro/legislatie/L6111MOF.pdf>, consultat în 09.09.2013.

²⁹ COM (2013), 534 final, Bruxelles, 17.07.2013, 534 final, 2013/0255 (APP) disponibil pe pagina de internet

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0534:FIN:RO:HTML>.

³⁰ Comisia europeană, Propunere de Regulament al Consiliului de instituire a Parchetului European Bruxelles, 17.7.2013 COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), disponibil pe pagina de internet <http://www.ipexl.eu/IPEXL-WEB/home/home.do>.

îi urm rire penal inclusiv capacitatea de a desf ura cercet ri în cazurile transfrontaliere sau deosebit de complexe.

Structura propus de Comisie este format din Procurorul European, adjuncții acestuia, personalul care îi sprijin în îndeplinirea sarcinilor lor precum i procurorii europeni delegați, stabiliți în statele membre.

Parchetul European este condus de Procurorul European, care conduce i organizeaz activit țile parchetului, fiind sprijinit în activitatea sa de patru adjuncți. Procurorul European este numit de Consiliu, cu aprobarea Parlamentului European, pentru un mandat de opt ani care nu poate fi reînnoit.

Procurorii europeni delegați sunt îns rcinați s efectueze cercet rile i urm ririle penale, sub conducerea i supravegherea Parchetului European, ei sunt ale i de c tre Procurorul European dintr-o list de ce puțin trei candidați prezentat de statul membru sau de statele membre vizate. Procurorul european delegat, ca i Procurorul European de altfel, este ales dintre personalit țile care ofer toate garanțiile de independenț i care întrunesc cerințele cerute pentru exercitarea celor mai înalte funcții jurisdicționale i experiența relevant ca procuror.

România a adoptat Hot rârea nr. 60/2013 cu privire la propunerea de Regulament al Consiliului de instituire a Parchetului European COM (2013) 534 final³¹.

Comisia juridic , de numiri, disciplin , imunit și i valid ri i Comisia pentru Afaceri Europene, în vederea exercit rii controlului parlamentar cu privire la un proiect de act legislativ, conform atribuțiilor stabilite prin Protocolul (nr. 2) privind aplicarea principiilor subsidiarității i proporționalității, au considerat c Propunerea de Regulament al Consiliului de instituire a Parchetului European respect principiile proporționalității i subsidiarității, dar c pentru conformitatea cu dispozițiile legislației naționale referitoare la organizarea judiciar național i, în speț , cu modul de dobândire a calității de magistrat (procuror) se propune eliminarea urm toarei sintagme: "... în cazul în care, la data numirii ca procuror european delegat, acesta nu avea deja acest statut." din teza a III-a a alin. 2 al

³¹ Publicat în [Monitorul Oficial, Partea I nr. 667 din 31 octombrie 2013](http://www.dreptonline.ro/legislatie/hotarare_60_2013_propunere_regulament_consiliu_instituire_parchetul_european_com_2013_534_final.php), disponibil pe pagina de internet http://www.dreptonline.ro/legislatie/hotarare_60_2013_propunere_regulament_consiliu_instituire_parchetul_european_com_2013_534_final.php.

art. 10 - Numirea și eliberarea procurorilor europeni delegați, textul fiind modificat astfel:

„(2) Procurorii europeni delegați întrunesc condițiile cerute pentru exercitarea celor mai înalte funcții jurisdicționale și o experiență relevantă ca procuror. Independența lor trebuie să fie dincolo de orice îndoială. Statele membre își desemnează procurorul european delegat dintre procurorii având acest statut, potrivit dreptului intern”.

Se realizează această propunere în Hotărârea nr. 60/2013, considerându-se necesar ca „selectarea procurorului european delegat să nu se poată face decât din rândul procurorilor care au dobândit acest statut conform dreptului național, respectiv, în cazul României, numai prin concurs de admitere în magistratură. În caz contrar, dobândirea în mod automat a statutului de procuror, potrivit dreptului intern, odată cu dobândirea calității de procuror european delegat, ar reprezenta o ingerință în organizarea judiciară a statelor membre, încălcând principiul subsidiarității”³².

³²Hotărârea nr. 60/2013 cu privire la propunerea de Regulament al Consiliului de instituire a Parchetului European COM (2013) 534 final.

CAUZELE CARE DETERMIN INFRAC TIONALITATEA ÎN
RÂNDUL PRIMARILOR

CAUSES THAT DETERMINE CRIMINALITY AMONG
MAYORS

CLAUDIU GEORGE PUP ZAN¹

Rezumat: Cauzele care determin infrac tionalitatea în rândul primarilor pot fi clasificate în dou mari categorii i anume: cauze subiective, ce privesc aptitudinile profesionale ale alesului local al turi de aspira ia acestuia spre bun stare i confort, i cauze obiective, externe, ce in de politica statului în domeniul administrativ i judiciar, de starea socio-economic a colectivit ii locale dar i na ionale, precum i de rela iile inter-umane din sânul comunit ii teritoriale².

Cuvinte-cheie: primar, ales local, cauzele infrac tionalit ii, administra ie public local .

Abstract: Causes that determine criminality among mayors can be classified in two categories: subjective causes, concerning professional skills of local elected along with its aspiration towards welfare and confort, and objective or external causes, related to state policy in administrative and legal field, socio-economic status of local and national community and the human relationships within the administrative-territorial unit.

Keywords: mayor, local elected, causes of criminality, local public administration.

I. Infrac tionalitatea în rândul primarilor comunelor, ora elor i municipiilor reprezint , la momentul actual, un fenomen social cu o larg r spândire, constituind o problem major cu care se confrunt autorit ile judiciare ale statului român. Acest fapt, se datoreaz atât complexit ii fenomenului în sine, dat de cauzele care-l determin i de dificultatea

¹ Asistent univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea ”Alexandru Ioan Cuza” din Ia i, email: pupazan_claudiu@yahoo.com

² Aspectele prezentate în cadrul acestui articol au f cut obiectul unei analize detaliate în cadrul lucr rii de doctorat: *R spunderea penal a ale ilor sus inut* la Facultatea de Drept din cadrul Univ. Al. I. Cuza din Ia i în data de 07. 12. 2014.

analizei acestora, cât și pericolului social ridicat pe care îl reprezintă dacă avem în vedere consecințele nocive provocate.

Literatura de specialitate din domeniul dreptului penal nu face o analiză detaliată a cauzelor care determină acest tip de comportament, preferând să insiste doar asupra consecințelor unor asemenea fapte de natură infracțională și anume asupra răspunderii penale și a regimului sancționator. Singurele cercetări ce ating și motivele infracționalității în rândul aleșilor locali și în special a celor cu funcții executive, cum este și cazul primarilor, apar sporadic în studiile de specialitate fiind făcute doar în contextul analizei conceptului de corupție, de altfel amplu dezbătut în doctrină³.

Din această perspectivă, cunoașterea factorilor declanșatori ai acestui fenomen infracțional, precum și analiza lor, înându-se seama de contextul social, economic sau juridic, trebuie să fie prioritar pentru statul român în domeniul politicii sale penale: cercetarea în profunzime a cauzelor infracționalității nu face altceva decât să pună la dispoziția organelor abilitate mijloacele necesare prevenirii și combaterii lor. De altfel, o analiză temeinică și detaliată este pe deplin justificată dat fiind amploarea pe care a luat-o fenomenul în cadrul unităților administrativ-teritoriale, dovadă fiind numărul ridicat al condamnărilor și a proceselor penale aflate pe rolul instanțelor de judecată în care sunt implicate persoane cu statut de primar.

II. Analiza acestor factori, determinanți în formarea comportamentului infracțional al primarilor, face posibilă clasificarea lor în două mari categorii. În primul rând, întâlnim cauze pe care le putem denumi interne, proprii persoanei alesului local și care stau la baza lui hotărârii de a săvârși fapte antisociale, iar în al doilea rând vorbim de cauze obiective, externe, ce țin de politica statului în domeniul administrativ și judiciar, de starea socio-economică a colectivității locale dar și naționale, precum și de relațiile inter-umane din sânul comunității.

Factorii interni, subiectivi, se reflectă în personalitatea celui care exercită funcția de demnitate locală și privesc atât aptitudinile lui profesionale, cu precădere în materie de administrație publică, dar și latura intrinsecă a acestuia legată de aspirația spre bună stare și confort, într-un timp scurt, raportat la durata mandatului.

³ A se vedea: C. Danile, *Corupția și anticorupția în sistemul juridic*, Ed. C. H. Beck, București, 2009, pp. 41-54, C. -F. Uvat, *Infracțiunile de corupție în contextul reglementărilor europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 38 și urm. și V. Dobrinoiu, *Corupția în dreptul penal român*, Ed. Atlas Lex, București, 1995.

Nivelul sczut de pregătire profesională în rândul primarilor și în general al aleșilor locali, a reprezentat dintotdeauna o problemă majoră pentru administrația publică locală românească. Acest fapt a devenit tot mai vizibil după anul 1990 în condițiile creșterii gradului de autonomie locală, când nevoia unei administrații profesionale și implicit de aleși locali competenți și bine pregătiți s-a manifestat în mod stringent. Concret, acest deficit se întâlnește cu precizie la nivelul comunelor și al orașelor mici și mijlocii, iar principalul responsabil de această situație se face chiar legiuitorul care, în legislația administrativă, nu a impus, între condițiile⁴ pentru ocuparea funcției de primar, și pe aceea al unui anumit nivel al studiilor sau a unei anumite pregătiri de specialitate. Drept consecință, au devenit eligibili pentru postul de edil-efi ai unităților administrativ-teritoriale persoane care nu aveau experiență și cunoștințele necesare desfășurării unei activități de natură administrativă, urmările fiind dintre cele mai grave: necunoașterea sistemului administrativ din punct de vedere organizatoric și funcțional și la bază neștiința emiterii actelor administrative de autoritate - dispoziții - proprii activității lor sau de a încheia contracte administrative ori apariția unor situații improprii unei ierarhii funcționale unde, spre exemplu, funcționari publici, subordonați primarului, au o pregătire și experiență profesională net superioară acestuia. Pericolul poate fi și mai mare și efectele negative și mai însemnate însă, atunci când peste această cauză se suprapun și alte elemente care o agravează precum: lipsa posibilității sau deficitul de informare, multitudinea de atribuții stabilite de lege ce determină o aglomerare a sarcinilor sau lipsa acut de personal calificat în cadrul instituției primăriei.

Demersuri în vederea remedierii unor astfel de probleme au fost totuși făcute. Legea administrației publice locale acordă⁵ primarilor comunelor dreptul să încadreze, în baza unui contract individual de muncă încheiat pe durata mandatului, un consilier personal, iar primarilor orașelor, municipiilor și ai municipiilor reședințe de județ, să înființeze un compartiment distinct în cadrul aparatului de lucru, numit: cabinetul primarului, din care să facă parte persoane calificate în principalele domenii de activitate ce interesează colectivitatea locală, încadrate tot cu contract de muncă în baza încrederii primarului. Asemenea persoane vor sta la dispoziția

⁴ Art. 4, Legea nr. 115 din 2015 pentru alegerea autorităților administrației publice locale.

⁵ A se vedea art. 66 din Legea nr. 215 din 2001 a administrației publice locale.

demnitarului local, acesta fiind și cel care le stabilește în concret atribuțiile⁶. Pe de altă parte, Statutul ale ilor locali instituie o îndatorire generală pentru ale ii locali, aceea de a- i perfec ționa preg țirea în domeniul administra ției publice locale urmând cursuri de specializare⁷. Astfel, în sarcina ale ilor locali, inclusiv în cea a primarilor, există obliga ția de a participa, în decursul primului an de mandat, la cel puțin un curs de preg țire în domeniul administra ției publice locale, organizat de institu țiile abilitate de lege, și a căror costuri vor fi suportate de către autoritatea locală⁸. Sunt excepta ți⁹ de la îndeplinirea acestei obliga ții ale ii locali care au de înut anterior un alt mandat de consilier local, consilier jude ean, pre edinte al consiliului jude ean, primar sau au exercitat func ția de prefect, au fost func ționari publici, au de înut un mandat de parlamentar sau au studii economice, juridice sau administrative.

Ocuparea unei func ții de primar are de cele mai multe ori, drept motiv, nu atât punerea la dispozi ția cet ățeanului a unei persoane devotate și dedicat ă serviciului public, cât aspira ția la bun stare și confort personal, prin mijloace care vin în v ădit contradic ție cu normele morale dar mai ales cu cele legale¹⁰. Accederea la asemenea func ții publice nu reprezintă, după cum vedem, numai o rampă de afirmare în plan social, dar în acela și timp constituie pentru unii și o sursă însemnată de ob ținere a unor avantaje de natură patrimonială și nepatrimonială. De altfel, dorința de înăvuire reprezintă principalul motiv care-l determină pe alesul local să ia hotărârea de a s vâri infrac țiuni, fapt facilitat, după cum s-a mai afirmat, de pozi ția privilegiată ocupat ă în cadrul administra ției publice locale și impulsivat de durată, de principiu limitat, a mandatului la 4 ani. Starea de pericol va fi cu atât mai mare și riscul de s vârire de infrac țiuni cu atât mai ridicat dacă urm ărirea, în mod ilegal, a beneficiilor func ției în plan personal are la bază o slabă preg țire și o experien ță deficitară în plan profesional, consecințele fiind dintre cele mai grave și putând afecta în mod iremediabil colectivitatea locală din toate punctele de vedere.

⁶ Art. 66, al. 4 din Legea nr. 215 din 2001.

⁷ Art. 51 din Legea nr. 393 din 2004 privind Statutul ale ilor locali.

⁸ Art. 41, al. 1,2, și 4 din Legea nr. 393 din 2004.

⁹ Art. 41, al. 3 din Legea nr. 393 din 2004.

¹⁰ M. Murea, *Luarea de mit și primirea de foloase necuvenite – infrac țiuni de corup ție*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 40.

Factorii externi, obiectivi se prezintă ca și situații ale realității sociale, independente de persoana primarului, dar care prin influența pe care o au, determină în mod decisiv comportamentul infracțional al alesului local.

Lipsa echilibrului dintre puterea discreționară de care dispune primarul în îndeplinirea sarcinilor sale ce se întemeiază pe dreptul de autonomie locală și eficiența controlului de tutelă administrativă asupra activității autorităților publice locale exercitat de prefect¹¹, poate constitui un factor favorizant în ceea ce privește sârbierea de infracțiuni. Dreptul de apreciere de care dispune primarul în realizarea competențelor sale este unul firesc, benefic și totodată necesar pentru o corectă, promptă și oportună soluționare a problemelor ce pot apărea în plan local. Acest drept poate fi exercitat uneori și abuziv ajungându-se la exces de putere sau detournare de putere din partea primarului, încălcări ale legii care pot îmbrăca și forma unor infracțiuni. În aceste condiții este obligată reprezentanțul Guvernului în teritoriu: prefectul, să intervină și să cenzureze activitatea ilegală a aleilor locale cu funcții executive, prin intermediul instanțelor de contencios administrativ, dar și în timpurile, dacă este cazul, organele de urmărire penală atunci când există indicii cu privire la sârbierea de infracțiuni.

Eficiența acestei activități este însă redusă simțitor în condițiile unui blocaj de natură administrativă la nivel județean datorat de numărul mare de acte administrative ce se impun a fi verificate, dar și impreciziei legiuitorului constituant în redactarea normelor ce vizează atribuțiile prefectului, care prevăd în sarcina acestuia doar posibilitatea, nu și obligația de a ataca un act administrativ emis de primar „în cazul în care consideră actul ilegal”¹².

Altă cauză este reprezentată de relația de subordonare în fapt a primarului față de partidul politic sau organizația minorităților naționale care l-a susținut în dobândirea mandatului. Surprinzătoare este poziția legiuitorului român care, în loc să garanteze independența exercitării mandatului prin înlăturarea influenței factorului politic, procedează exact contrar, condiționând practic statutul de ales local de deținerea calității de membru de partid sau, după caz, de membru a organizației aparținând minorităților naționale. Această subordonare poate fi lesne observată parcurgând dispozițiile Legii privind Statutul aleilor locale unde, în art. 15

¹¹ Art. 19, al. 1, lit. e din Legea nr. 340 din 2004 privind prefectul și instituția prefectului, în Monitorul Oficial. nr. 225 din 24 martie 2008.

¹² Art. 123, al. 5 din Constituția României.

al. 2 lit. g¹, se prevede că pierderea de către primar, prin demisie, a calității de membru al partidului politic sau al organizației minorităților naționale pe care listă a fost ales, determină încetarea de drept a mandatului, dar și mai evident, în situația consilierilor locali sau județeni unde pierderea, prin orice modalitate, inclusiv excludere, a calității de membru al partidului politic sau al organizației minorităților naționale pe care listă a fost ales consilierul, are același efect: încetarea mandatului¹³. Existența subordonării se manifestă prin exercitarea de presiuni asupra primarului în vederea promovării politicii partidului în teritoriu prin „antajul politic” la care este supus în ceea ce privește obținerea capitalului electoral și a sprijinului organizației politice în vederea realegerii.

În același timp, relațiile inter-umane din sânul colectivităților teritoriale cu un număr redus de cetățeni, unde există o comunitate strânsă de tradiții și interese, pot reprezenta un motiv care să influențeze și chiar să determine un comportament infracțional al primarului. Astfel, acesta poate neglija voit atribuțiile ce reies din calitatea sa de reprezentant al statului în unitatea administrativ-teritorială, cum ar fi aceea de agent constatator pentru constatarea și sancționarea contravențiilor și vătărilor de cetățeni locali, sau poate să încalce atribuțiile ce înzesc calitatea sa de reprezentant al colectivității locale, săvârșind în acest fel infracțiuni de abuz în serviciu, nesocotind interese generale, scopul fiind acela de a favoriza cetățeni cu drept de vot, potențiali alegători, pe care s-ar putea bizui în eventualitatea participării la o nouă cursă electorală în vederea reînnoirii mandatului.

Nu în ultimul rând, lipsa unei politici penale coerente care să stabilească fie o reglementare distinctă a infracțiunilor ce îl au ca subiect activ pe primar sau pe alesul local în general, fie introducerea în legea penală a unor agravante la infracțiunile ce se săvârșesc cu predilectie în administrația publică și care să-i aibă în prim plan pe funcționarii publici cu acest statut, se constituie ca un alt motiv care favorizează acțiunea infracțională a unui primar.

III. Diversitatea și complexitatea cauzelor care determină infracționalitatea în rândul primarilor face destul de dificil nu numai identificarea măsurilor care, odată luate, ar putea combate sau cel puțin limita acest fenomen, dar și implementarea lor efectivă. Însă, chiar depășit acest impediment, în sensul că ar fi identificate și aplicate acele soluții

¹³ Art. 9, al. 2, lit. h¹ din Legea nr. 393 din 2004.

legislative care ar răspunde cel mai bine specificului administrației publice locale, asigurând o protecție eficientă a valorilor sociale ale unei colectivități locale, problemele de natură penală tot nu și-ar găsi rezolvarea. Eliminarea lor definitivă vine în esență dintr-o anumită mentalitate a colectivității locale conturată de experiența și tradiția democratică a acesteia, precum și de responsabilitatea față de cetățeni, principii în temeiul cărora pot fi promovate reprezentanții aleși dedicați serviciului public, cu experiență profesională în gestionarea problemelor de interes local și care manifestă respectul cuvenit față de colectivitate. Practic, această ultimă trăsătură lipsește majorității colectivităților teritoriale din România. De aceea, considerăm că înlăturarea factorilor ce determină infracționalitatea în rândul aleșilor locali în general și a primarilor, în mod special este o problemă de durată care, în condițiile domniei legii, de acumulare a experienței în gestionarea sarcinilor administrației publice locale.

CAUZE I SOLUTII ÎN MALPRACTICE MEDICAL.
R SPUNDERE PENAL

CAUSES AND SOLUTIONS IN MEDICAL MALPRACTICE.
CRIMINAL LIABILITY

ANDA CRISTU-CIOCINT¹

Rezumat: Misiunea fundamental a activității profesionale a medicului este aceea de a prezerva în mod obiectiv, eficient și nediscriminatoriu, viața, sănătatea și integritatea fizică și psihică a ființei umane. Datorită specificului și importanței muncii pe care o implică, profesia de medic este una aparte, fundamentată pe o pregătire profesională solidă, susținută și consolidată în mod continuu. Alături de pregătirea profesională temeinică, profesia de medic implică și har, pasiune și multă dăruire pentru interesul și binele ființei umane. Dincolo de satisfacții, împliniri și bucurii, activitatea profesională a medicului are și un grad crescut de responsabilitate. Din punct de vedere juridic, răspunderea medicului pentru actul medical îndeplinit poate îmbracă forme diferite, putându-se prezenta ca răspundere disciplinară, răspundere civilă sau răspundere penală.

Prezentul material are ca temă de analiză și se limitează la forma de răspundere cea mai gravă ce poate interveni, și anume la răspunderea penală a medicului. Astfel, vom analiza temeiul antrenării răspunderii penale, tipurile de infracțiuni ce pot fi imputate medicului, condițiile în care poate fi angajat la răspunderea penală a medicului pentru fapte îndeplinite în exercitarea atribuțiilor profesionale și consecințele tragerii la răspundere penală. Pentru o mai bună cunoaștere și înțelegere a problematicii analizate, considerentele de ordin teoretic vor fi însoțite de o serie de exemple practice extrase din practica judiciară națională. Cazurile practice selectate au ca obiect infracțiuni diferite (ucidere din culpa, neglijența în serviciu etc.), elementul comun fiind acela al comiterii faptelor de către medici în îndeplinirea atribuțiilor și competențelor profesionale. Pentru o mai bună ilustrare practică a temei abordate au fost alese atât cazuri în care organul

¹ Doctorand, Universitatea "Alexandru Ioan Cuza" Iași, Facultatea de Drept (România)

Nota: Acest articol a fost prezentat în cadrul celei de a-II-a Conferințe "Malpractice Medical - Responsabilitate și răspundere profesională medicală" ce a avut loc la Universitatea de Medicină "Gr. T. Popa" Iași, în perioada 15 - 16 aprilie 2016.

judiciar competent a hotărât tragerea la răspundere penală a medicului pentru cazuri de malpraxis medical cât și cazuri în care s-a stabilit în mod definitiv că nu sunt îndeplinite elementele constitutive ale vreunei infracțiuni, neexistând astfel temei pentru angajarea răspunderii penale a medicului.

Cuvinte cheie: răspundere penală ; culpa medicală ; malpraxis medical; jurisprudența penală în domeniul medical; indiferență; neglijență .

Abstract: The fundamental mission of the doctor's professional activity is to preserve objectively, efficiently and without discrimination the life, the health and the physical and psychological integrity of the human being. Due to the specific and to the importance of the involved work, the doctor's profession is a special one relying on a solid professional training which is supported and enhanced continuously. Apart from the rigorous professional training, the doctor's profession also involves talent, passion and much devotion for the interest and the good health of the human being. There are satisfactions, achievements and joys in the doctor's professional activity but there is also a high degree of responsibility. From a juridical point of view, the doctor's responsibility for the performed medical act may take different forms and it may be a disciplinary responsibility, a civil responsibility and a criminal responsibility.

The present material has as an analysis theme and it is limited to the most serious form of responsibility that may occur, namely the doctor's criminal responsibility. Thus, we will analyse the ground of involving the criminal responsibility, the types of crimes that may be imputed to a doctor for the deeds fulfilled during the professional tasks and the consequences of the criminal responsibility. In order to know and understand better the analysed problems, the theoretical reasons presented here will be accompanied by a series of practical examples that were extracted from the national judicial practice. The selected practical cases have different crimes as a subject (homicide, negligence at work etc.) whereas the common element is the one of committing the crimes by the doctors while fulfilling their tasks and professional skills. For a better practical illustration of the approached topic, we have chosen cases where the competent judicial body decided to make criminally responsible the doctor for medical malpraxis cases; we have also chosen cases where it was definitely established that the constitutive elements of a crime were not fulfilled and thus there was no ground to consider that the doctor was criminally responsible.

Keywords: criminal responsibility; medical guilt; medical malpraxis; criminal case-law in the medical; indifference; negligence.

1. Ce este răspunderea penală ?

În general, în orice societate, destinatarii normelor juridice adopt o atitudine pozitiv față de acestea, în sensul că se conformează la conduita prescris însă, există și atitudini negative, de încălcare a imperativelor juridice prin săvârșirea de fapte interzise. Pentru cei care nesocotesc normele juridice, restabilirea ordinii de drept încălcate are loc prin constrângere în cadrul unui raport juridic de conflict.

Constrângerea juridică nu se produce în mod direct, ci indirect, prin intermediul răspunderii juridice.

Răspunderea juridică – forma cea mai gravă a răspunderii sociale – a fost definit în teoria dreptului ca un complex de drepturi și obligații conexe care, potrivit legii, se nasc ca urmare a săvârșirii unei fapte ilicite și care constituie cadrul de realizare a constrângerii de stat, prin aplicarea sancțiunilor juridice în scopul asigurării stabilității raporturilor sociale și al îndrumării membrilor societății în spiritul respectării ordinii de drept.²

Răspunderea juridică se prezintă sub forme diferite, determinate de natura regulii încălcate, putând fi întâlnite următoarele tipuri de răspundere: civil (delictual și contractual), administrativ, disciplinar și penal.

Răspunderea penală este cea mai gravă formă a răspunderii juridice ce reprezintă consecința încălcării normei de drept penal.

În sens restrâns, prin răspundere penală înțelegem obligația unei persoane care a săvârșit o infracțiune de a da socoteală și de a suporta o sancțiune penală pentru fapta sa.

În literatura de specialitate, răspunderea penală este definită ca fiind ”raportul juridic penal de constrângere, înscut ca urmarea săvârșirii infracțiunii, între stat, pe de o parte, și infractor pe de altă parte, raport complex al cărui conținut îl formează dreptul statului, ca reprezentant al societății, de a trage la răspundere pe infractor, de a-i aplica sancțiunea prevăzută pentru infracțiunea săvârșită și de a-l constrânge să o execute, precum și obligația infractorului de a răspunde pentru fapta sa și de a se supune sancțiunii aplicate, în vederea restabilirii ordinii de drept și restaurării autorității legii”.³

² M. N. Costin, *Răspunderea juridică în dreptul românesc*, Editura Dacia, Cluj, 1974, p. 31-32.

³ C. Bulai, B. Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Editura Universul juridic, București, 2007, p. 310.

În literatura juridică s-a afirmat că răspunderea penală este cea instituție fundamentală a dreptului penal care alături de instituția infracțiunii și instituția sancțiunilor formează pilonii oricărui sistem de drept penal.⁴

Potrivit legislației penale în vigoare, răspunderea penală poate fi angajată atât de persoana fizică cât și de persoana juridică.

2. Fundamentul răspunderii penale

2.1. Infracțiunea, unicul temei al răspunderii penale

Răspunderea juridică, în general, și răspunderea penală, în special, are un temei, un fundament, în lipsa căruia nu poate exista. Momentul apariției răspunderii penale coincide cu momentul în care se produce faptul juridic ce constituie temeiul acestui tip de răspundere juridică.

Fundamentul răspunderii penale este precizat de însuși legiuitorul penal care în art. 15 alin. (2) Cod penal prevede că *”Infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale”*.

Norma penală precizată consacra principiul potrivit căruia infracțiunea este unicul temei al răspunderii penale. Altfel spus, nimeni nu poate fi tras la răspundere penală decât în măsura în care a săvârșit o infracțiune.

Nu orice fapt antisocial atrage răspunderea penală, ci numai infracțiunea. Pentru ca o faptă antisocială să constituie infracțiune, trebuie să îndeplinească cele trei trăsături esențiale prevăzute expres la alin. (1) al art. 15 Cod penal, respectiv: tipicitatea (fapta să fie prevăzută de legea penală), antijuridicitatea (fapta să fie săvârșită cu vinovăție, să nu fie justificată) și imputabilitatea (fapta să fie imputabilă). În alte cuvinte, infracțiunea presupune ca fapta concret săvârșită să se plezească pe modelul abstract (tip) descris în norma de incriminare, să fi fost comisă cu forma de vinovăție cerută de lege, să aibă caracter ilicit, adică comiterea ei să nu fie autorizată de o altă normă juridică (penală sau extrapenală) și să fie imputabilă, reproșabilă, ceea ce implică din partea făptuitorului capacitatea de a înțelege fapta și urmările ei, precum și de a-și dirija conduita în consecință.

Însă, pentru angajarea răspunderii penale nu este suficient să se verifice și constatare că trăsăturile esențiale ale infracțiunii sunt realizate în

⁴ I. Oancea, *Explicații teoretice ale Codului Penal Român. Partea generală*, Vol. I, Editura Academiei, București, 1969, p. 99.

fapta care formează obiectul unei învinuiri penale, ci suplimentar trebuie să se cerceteze dacă nu există cumva vreuna dintre situațiile pe care normele de drept procesual penal le recunosc ca impedimente în demararea și continuarea exercitării acțiunii penale.

2. 2. Tipuri de infracțiuni în malpraxisul medical

Identificarea tipurilor de infracțiuni care pot fi comise de către personalul medical, în general, și de medic, în special, în exercitarea atribuțiilor profesionale are la bază îmbinarea a două elemente distincte, respectiv: 1) infracțiunile existente în legislația penală națională în vigoare și, 2) legea directă care există între activitatea profesională a personalului medical și viața, sănătatea, integritatea fizică și psihică a pacientului.

Sfera faptelor pe care legiuitorul penal român le consacră ca infracțiuni este una extrem de largă și de variată sub aspectul valorii sociale încalcate, a gravității faptei, a formei de vinovăție pe care o implică și a sancțiunii pe care o riscă cel care comite infracțiunea.

Însă, în activitatea de realizare a actului medical, medicul nu este predispus la comiterea oricăreia dintre infracțiunile prevăzute de legislația penală, ci doar la anumite categorii de infracțiuni, respectiv acelea prin care sunt lezate atributele esențiale ale persoanei constând în viața, sănătatea, integritatea fizică sau psihică. Alături de infracțiunile prin care sunt lezate valorile sociale menționate, pot fi comise și infracțiuni din categoria celor de serviciu, aceasta deoarece medicul, atunci când își exercită competențele profesionale se află în desfășurarea unei activități de serviciu, activitate care trebuie îndeplinită în mod corect, cu respectarea intereselor legale ale persoanei.

În plus, în operațiunea de identificare a infracțiunilor ce pot fi comise de către medic în exercitarea atribuțiilor profesionale trebuie ținut seama de ideea de culpă profesională care stă la baza definirii noțiunii de "malpraxis medical", ceea ce înseamnă că forma de vinovăție imputată medicului, de regulă, este culpa și nu intenția sau intenția depistată.

Culpa, ca formă de vinovăție penală, încorporează două elemente principale, și anume: încălcarea unei obligații de diligență sau de prudență; previzibilitatea și evitabilitatea subiectivă a urmării, adică subiectul să nu poată să prevadă producerea urmării faptei sale, fie pentru că nu era previzibil, fie pentru că, deși previzibil, nu putea fi evitat.

În dreptul penal român, în mod tradițional, se face distincția între culpa cu prevedere, atunci când autorul prevede rezultatul faptei sale, dar nu îl acceptă, socotind fapta să nu se va produce și culpa fără prevedere, atunci când autorul nu prevede rezultatul, deși putea și trebuia să îl prevadă.

Pe baza criteriilor sus arătate se reține că infracțiunile cele mai frecvente ce pot fi imputate medicului ca urmare a modului de îndeplinire a atribuțiilor sale profesionale sunt: uciderea din culpă (art. 192 Cod penal), vătămarea corporală din culpă (art. 196 Cod penal), întreruperea cursului sarcinii (art. 201 Cod penal), vătămarea fătului (art. 202 Cod penal) și neglijența în serviciu (art. 298 Cod penal). Această determinare a infracțiunilor din malpraxisul medical este confirmată și de practica judiciară națională relevantă în domeniu.

În cazul oricărei dintre infracțiunile pentru care poate fi angajată răspunderea penală a medicului legat de actul medical îndeplinit se pune problema existenței sau inexistenței unui comportament neprofesional, inferior unor standarde de competență și pricepere unanim admise și acceptate de către corpul profesional medical având la bază neglijența sau incompetența, comportament care atrage consecințe negative asupra pacientului.

Răspunderea penală a medicului are la bază culpa profesională care intervine atunci când se constată o deficiență în acordarea asistenței medicale, deficiență imputabilă medicului.

Culpa medicală poate îmbrăca mai multe forme: culpa comisivă (neprecipere, nepăsare), culpa omisivă (indiferență, neglijență), culpa in eligendo (delegarea responsabilității) și culpa in vigilendo care se produce prin încălcarea unei datorii de confraternitate (de exemplu, refuzul unui consult interdisciplinar)⁵.

În practica judiciară națională, s-a statuat că existența malpraxisului medical presupune întrunirea cumulativă a următoarelor condiții:

1. Existența unei obligații profesionale a personalului medical, în sensul unei relații cadru medical – pacient;
2. Existența unui anumit standard de practică medicală care trebuie respectat, în funcție de specialitatea și nivelul de specializare și experiență al cadrului medical;

⁵ C. Stan, *Malpraxisul medical*, Editura Etna, București, 2014, p. 27.

3. Încălcare a obligației profesionale, prin raportare la standardul unanim admis și acceptat de corpul profesional medical, de către cadrul medical, prin neîndeplinirea acesteia sau prin îndeplinirea ei defectuoasă ;

4. Cauzarea unui prejudiciu (fizic, mental, emoțional, material, etc.) pacientului;

5. Existența unei legături de cauzalitate, de tipul cauză -efect, între încălcarea obligației profesionale medicale și prejudiciul cauzat pacientului.

3. Consecințe ale tragerii la răspundere penală a medicului

Răspunderea penală reprezintă consecința inevitabilă a săvârșirii unei infracțiuni. De aceea, odată vinovăția infractorului fiind stabilită, acesta este pus să suporte consecințele faptei comise prin aplicarea împotriva sa de sancțiuni de drept penal. Sancționarea celui care a comis o infracțiune are menirea de a asigura restabilirea ordinii de drept și a sentimentului de securitate a membrilor societății.

Existența unui caz de malpraxis medical nu echivalează cu existența infracțiunii și astfel nu orice caz de malpraxis poate fundamenta răspunderea penală deoarece nu toate cazurile de malpraxis medical se înscriu în sfera ilicitului penal.

Totuși, în situația în care conduita calificată ca și caz de malpraxis medical se circumscrie conținutului constitutiv al vreunei infracțiuni, consecința pentru autorul malpraxisului medical este tragerea la răspundere penală a acestuia.

Tragerea la răspundere penală înseamnă aplicarea de sancțiuni de drept penal. În concret, medicul riscă aplicarea unei pedepse principale (de regulă, închisoarea sau amendă) care poate fi însoțită de pedeapsa complementară (ce poate consta în interzicerea exercitării unor drepturi sau în publicarea hotărârii definitive de condamnare) și de pedeapsa accesorie; aplicarea acestor din urmă pedepse are, de regulă, caracter facultativ. Alături de pedepse, instanța de judecată poate aplica medicului și măsura de siguranță a interzicerii ocupării unei funcții sau a exercitării unei profesii, atunci când pe baza datelor concrete ale cauzei se apreciază că exercitarea în continuare de către medic a profesiei prezintă o stare de pericol ce îi are izvorul în inaptitudinea medicului de a-și exercita profesia, preîntâmpinând astfel săvârșirea altor fapte asemănătoare în viitor.

4. Jurisprudența penal în materie de malpraxis medical

Practica judiciar penal în materie de malpraxis medical nu este una consistentă. Cazurile în care prin mecanismele justiției s-a ajuns la tragerea la răspundere penală a personalului medical pentru fapte comise în îndeplinirea atribuțiilor și competențelor profesionale sunt izolate.

În continuare vom prezenta un set de cazuri practice ce au fost extrase din practica instanțelor judecătorești naționale, cazuri în care problema de fapt și de drept esențial supus examenului a fost aceea dacă a existat sau nu un caz de malpraxis medical.

Într-o primă cauză⁶, situația de fapt reținută în considerentele hotărârii judecătorești în linii mari, a constat în următoarele:

Pacienta I. I. s-a prezentat la Spitalul Clinic de Obstetric și Ginecologie X, acuzând lipsa menstruației. Medicul în specialitatea obstetrică-ginecologie a consultat-o pe pacientă și, pe baza datelor clinice (uter mrit ca volum, amenoree, col dilatat), a stabilit diagnosticul de "sarcina în luna a II-a". Acest diagnostic a fost stabilit exclusiv pe baza datelor clinice manifestate de pacientă, medicul neapelând la mijloacele paraclinice aflate în dotarea unității spitalicești la care avea acces.

După stabilirea în condițiile arătate a diagnosticului, pacienta a luat hotărârea de a face o întrerupere a cursului sarcinii, context în care medicul a procedat la efectuarea chiuretajului uterin pentru evacuarea sarcinii.

În timpul intervenției chirurgicale, medicul a extras două fragmente de țesut cu privire la care a opinat fie că provin dintr-o sarcină oprită din evoluție, fie că au natura tumorală, motiv pentru care a dispus efectuarea unui examen anatomio-patologic asupra lor.

Rezultatul examenului anatomio-patologic făcut asupra produsului de chiuretaj a relevat că „în secțiunile examinate se constată țesut adipos, țesut muscular neted în 2 starturi, cu plexuri venoase și fragmente de mucoasa de colon, pachete vasculare și vase de calibru mare”.

⁶ Sentința penală nr. 598/16. 02. 2011 a Judecătoria Iași, modificată și rămasă definitivă prin decizia penală nr. 1052/07. 10. 2011 a Curții de Apel Iași – nepublicată.

După două zile de la intervenția efectuată de medicul în specialitatea obstetrică-ginecologie, pacienta I. I. a fost internată de urgență în cadrul Spitalului Clinic Județean Y, cu diagnosticul *”perforație sigmoidiană iatrogenă post întrerupere de sarcină, anemie secundară, steatoză hepatică, hemoperitoneu infectat”*. În aceeași zi asupra pacientei s-a intervenit chirurgical, practicându-se *”operație de tip Hartmann – rezecție segmentară a ansei sigmoidiene circa 20 cm până la joncțiunea recto-sigmoidiană, sutura perforației uterine levaj, drenaj”*.

Potrivit concluziilor raportului de constatare medico-legal întocmit în cauză, pacienta I. I. a suferit un chiuretaj uterinocazie cu care i-a fost perforat uterul și lezată sigmoidul, leziuni ce au necesitat pentru vindecare un număr de 50 - 55 zile de îngrijiri medicale.

Pe baza analizei și evaluării probatoriului administrat în cauză instanța de judecată a reținut dovedit, dincolo de orice îndoială rezonabilă, că la momentul examenului clinic efectuat de către medicul în specialitatea obstetrică-ginecologie când a fost stabilit diagnosticul de *”sarcină în luna a II-a”*, pacienta I. I. nu era însărcinată, diagnosticul a fost eronat, iar chiuretajul s-a făcut pe un uter negravid.

Prin hotărârea judecătorească pronunțată, instanța de judecată a reținut culpa profesională a medicului în specialitatea obstetrică-ginecologie întemeiată pe nerespectarea îndatoririlor profesionale și de serviciu constând în obligația de *„a da dovadă de diligență maximă în stabilirea diagnosticului, tratamentului adecvat și în evitarea complicațiilor previzibile la pacientul aflat în îngrijirea sa”* (art. 53 din Decizia nr. 3 din 25 martie 2005 privind adoptarea Statutului și a Codului de deontologie medicală ale Colegiului Medicilor din România, act normativ în vigoare la data comiterii faptei) și obligația de *a apela la investigațiile paraclinice pentru stabilirea diagnosticului în interesul pacientului* (pct. 2 din fișa postului medicului). În concret, culpa profesională a constat în nepăsare, superficialitate și ignoranță în investigarea pacientei, investigare în urma căreia a stabilit un diagnostic eronat, acela de *”sarcină în luna a II-a”*, pe baza căreia a efectuat un chiuretaj, iar în timpul intervenției a perforat uterului și colonul, cauzând astfel lezarea integrității corporale a pacientei. Culpă medicală reținută nu a fost rezultatul necunoașterii, nepriceperii, nedeținerii unor cunoștințe de specialitate solide, ci la baza ei a stat superficialitatea în stabilirea

diagnosticului și apoi nepăsarea, ignorarea normelor, cerințelor și regulilor care guvernează buna desfășurare a actului medical.

Într-o altă cauză penală⁷, situația de fapt dovedită pe baza materialului probator strâns la dosar se prezintă, în linii mari, după cum urmează :

Numita B. M. a fost victima unui accident rutier produs din culpa conducătorului auto B. V. care nu a respectat dispozițiile legale ce reglementează circulația pe drumurile publice a autovehiculelor.

Imediat după producerea accidentului rutier, victima a fost transportată cu ambulanța la Spitalul Municipal Y unde a fost examinată clinic și paraclinic, fiindu-i stabilit diagnosticul de *"Politraumatism prin accident rutier, fracturi arc costal VII, VIII, IX dreapta și V – IX stânga, fractură 1/3 superioară stern"*.

Pacienta a rămas internată în unitatea spitalicească timp de 8 zile după care, dat fiind evoluția bună a stării de sănătate, a fost externată cu recomandările de a evita eforturile fizice timp de 60 de zile și de a urma tratamentul medicamentos conform rețetei prescrise. Se impune a se arăta că planul terapeutic prescris pacientei B. M. nu a inclus și tratament anticoagulant, în condițiile în care B. M. prezenta obezitate, osteoporoză și hipotiroidie.

După două zile de la externare, pacienta a fost internată de urgență la Spitalul Județean X cu diagnosticul *"Hemopneumotorax drept posttraumatic prin accident rutier vechi de 8 zile, fracturi costale arc VII – IX dreapta, fractură 1/3 superioară stern"*.

Ca urmare a stării generale pe care o prezenta pacienta (acuza dispnee, paloare accentuată, tuse productivă, senzație de sete, somnolență, zgomote cardiace ritmice, murmur vezicular diminuat plămân stâng și plămân drept), s-a luat hotărârea transferării acesteia la Clinica de Chirurgie Toracică unde a fost internată cu diagnosticul de *"Embolie pulmonară. Hemotorax drept minim posttraumatic. Fractură de stern. Fracturi costale drepte. Accident rutier vechi"*.

⁷ Sentința penală nr. 157/23.09.2014 a Judecătoriei Huși, modificată și rămasă definitivă prin decizia penală nr. 336/2016 a Curții de Apel Iași – nepublicată.

La scurt timp după internarea în Clinica de Chirurgie Toracic , pacienta a intrat în stop cardio-respirator i, în ciuda manevrelor de resuscitare, a decedat.

Potrivit concluziilor raportului medico-legal de necropsie, moartea victimei B. M. a fost violent i s-a datorat insuficienței cardio-respiratorii acute consecutiv emboliei pulmonare ap rut în evoluția unui traumatism toracic obiectivat prin multiple fracturi costale i fractura sternului.

În raport de datele prezentate, organele judiciare au reținut c între leziunile traumatice produse în urma accidentului rutier i decesul victimei B. M. exista leg tur de cauzalitate, conduc torul auto din culpa c ruia s-a produs accidentul a fost pus sub acuzare pentru comiterea infracțiunii de „ucidere din culp ” (art. 192 Cod penal).

Îns , problema de drept ridicat în speța prezentat a fost aceea dac peste culpa conduc torului auto se suprapune i culpa medicului care a îngrijit victima pe perioada spitaliz rii în Spitalul Municipal Y i care, la externare, nu a inclus în schema de tratament prescris i anticoagulant.

Pe baza actelor medico-legale administrate în cauza, instanța de judecat a reținut c în cadrul unui traumatism toracic cu fracturi costale i fractura de stern, planul terapeutic cuprinde i anticoagulante profilactice.

În cazul victimei B. M. , faț de patologia preexistentă - obezitate, osteoporoz i hipotiroidie – corelat cu leziunile traumatice prezentate, medicul curant putea i trebuia s prevad c aceasta nu se va mobiliza suficient pentru o activitate minimă (plimbare u oara 20 – 50 metri), existând riscul producerii unui tromboembolism venos.

În raport de datele concrete anterior evidențiate, conform protocolului medical în vigoare, tratamentul anticoagulant se impunea, pacienta fiind obez i imobilizat la pat datorit traumatismului toracic.

În termeni juridici, se reține c decesul victimei B. M. este rezultatul culpei comune a conduc torului auto care a înc lcat normele de circulație pe drumurile publice producând accidentul rutier i a medicului care a îngrijit-o în prima faz prin aceea c nu a manifestat diligență i nu a aplicat i terapia anticoagulant profilactic .

În alte cuvinte, în lipsa accidentului rutier, victima nu ar fi avut nevoie de îngrijiri medicale i astfel nu ar fi fost internat în spital i nu ar fi necesitat tratament medical, ceea ce face s existe leg tura de cauzalitate între activitatea culpoas a conduc torului auto i decesul victimei. Totodat ,

dac planul terapeutic prescris victimei ar fi inclus și anticoagulant profilactic, nu s-ar fi produs embolia pulmonară, cauza directă a decesului, și consecințele accidentului rutier asupra victimei s-ar fi limitat la vătămarea integrității corporale a acesteia.

Într-o altă cauză⁸, situația de fapt reținută în considerentele hotărârii judecătorești, în linii mari, a constat în următoarele:

Pacientul D. V., victima unui accident de circulație, a fost preluat și transportat de un echipaj SMURD la Spitalul Clinic de Urgențe X, întrucât acuza dureri foarte mari în zona soldului drept.

La unitatea spitalicească, pacientul a fost preluat de către medicul specialist ortoped-traumatolog care a dispus efectuarea unei radiografii, iar în urma examinării filmului radiografic și a simptomatologiei pacientului a stabilit ca diagnostic principal, „luxație postero-superioară coxo-femurală”, iar ca diagnostic secundar „contuzie toracică simplă dreaptă și traumatism craneo-cerebral”.

Față de diagnosticul principal stabilit, medicul a propus și, având consimțământul pacientului, a efectuat reducerea ortopedică a luxației de sold fără efectuarea unei anestezii generale, apreciind că în această manieră se poate obține readucerea femurului în poziția inițială.

După manevra de reducere și examenul radiologic de control, pacientul a fost transportat și internat la Secția de Ortopedie, unde și s-a administrat tratament contra durerii, precum și tratament anticoagulant.

A doua zi după reducerea ortopedică, medicul curant i-a prezentat pacientului două posibilități de continuare a tratamentului, respectiv menținerea internării în clinică, pe o perioadă de 45 de zile, în repaus la pat, cu administrarea aceluiași tratament sau tratamentul la domiciliu, pacientul optând pentru această a doua alternativă, fiind de acord să meargă la o rudă care locuia în imediata apropiere a spitalului.

În condițiile în care nu a avut posibilitatea de a pune la dispoziția pacientului o ambulanță, medicul ortoped i-a dat acordul ca transportul să fie realizat cu ajutorul unui scaun cu roțile în poziția „ezut”, deplasarea acestuia să se efectueze pe o distanță de circa 400 – 500 metri până la locuință.

⁸ Hotărârea judecătorească nr. 11/CP/10.02.2016 a Judecătoriei Iași, definitiv – nepublicată.

De menționat că în biletul de ieșire din spital nu s-a consemnat, cu titlu de recomandare pentru pacient, interdicția de a se așeza în poziția „ezut”.

După aproximativ 10 zile de la externare, întrucât acuza dureri puternice în zona șoldului, pacientul a efectuat investigații suplimentare, iar prin raportul de explorare CT s-a arătat că a prezentat „fractură complexă acetabulară dreaptă interesând fundul acetabulului (cu traiect transversal intraarticular) și acoperirea acetabulului (cu detașare de fragmente din sprânceană și coloană posterioară)” și „luxație importantă postero-externă a capului femural drept”. Rezultatul raportului de explorare radiografică a bazinului indică, de asemenea, o fractură cu deplasare sprânceană cotiloidiană dreaptă și cap femural drept intraarticular.

Pe baza materialului probator strâns în cauză, s-a reținut că diagnosticul stabilit de medicul ortoped a fost incomplet, iar tratamentul aplicat pacientului a fost corect față de diagnosticul apreciat, dar insuficient față de starea de sănătate reală a pacientului. Totodată, în sarcina medicului au mai fost reținute alte două deficiențe în îndeplinirea atribuțiilor de serviciu care au constat în modalitatea greșită de transport a pacientului de la spital la domiciliu în sensul că pacientul care a suferit o luxație de șold nu ar fi trebuit să fie transportat în poziția așezat în ezut și caracterul incomplet al indicațiilor date la externare întrucât nu s-a precizat, în scris, interdicția de a sta în poziția așezat în ezut.

În speța prezentată, instanța de judecată a reținut existența unui caz de malpraxis medical în sine, s-a apreciat că respectivul caz nu este unul de natură să angajeze răspunderea penală întrucât nu poate fi circumscris conținutului constitutiv al infracțiunii de „vătămare corporală din culpă” (art. 196 Cod penal) și nici al celei de „neglijență în serviciu” (art. 298 Cod penal).

În argumentarea acestei soluții, judecătorul a pornit de la ideea că profesia de medic reprezintă în sine o activitate care implică riscuri. Nici un medic nu se poate obliga, sub sancțiunea răspunderii penale, să formuleze un diagnostic corect, ci doar să ia toate măsurile, conform protocoalelor și actelor normative în vigoare, pentru a avea toate datele necesare la formularea diagnosticului. Astfel, obligațiile medicului nu sunt unele de rezultat, ci unele de mijloace, de diligență.

S-a reținut că medicul ortoped a pus diagnosticul pe baza unei explorări imagistice, a cărei citire și interpretare revine, în primul rând medicului imagist. Faptul că a interpretat greșit un film radiografic, s-a apreciat că nu constituie o încălcare a unei îndatoriri de serviciu, deoarece medicul nu poate fi obligat să interpreteze corect, acest standard depinzând, în concret, de calitatea explorării și de pregătirea profesională a medicului. Răspunderea pentru pregătirea profesională a medicului, sau pentru lipsa acesteia, în condițiile îndeplinirii criteriilor legale pentru practicarea profesiei, nu este una penală.

S-a mai reținut că motivele pentru care medicul a procedat la reducerea luxației, fără un examen CT care ar fi putut evidenția fractura pacientului, nu sunt imputabile acestuia, ci sistemului sanitar românesc.

În ceea ce privește decizia de externare urmată de transportul inadecvat, s-a apreciat că aceasta, față de diagnosticul formulat de medic, reprezintă o încălcare a îndatoririlor de serviciu. Medicul ortoped, după ce a constatat că pacientul a suferit o luxație de șold și după ce a redus luxația, trebuia să-i interzică acestuia să se așeze în poziția „ezut”. Omisiunea medicului de a interzice poziția „în ezut” poate să fie considerată o încălcare a atribuțiilor de serviciu însă, această omisiune nu a cauzat nici o vătămare intereselor legale ale persoanei, în accepțiunea art. 298 Cod penal, din moment ce, în actele medicale, respectiv în avizul Comisiei superioare medico-legală s-a menționat că, în condițiile în care nici acest transport inadecvat nici lipsa precizării interdicției de a se așeza în poziția „în ezut” nu a constituit cauza fracturii ce a necesitat pentru vindecare un număr de 80 – 90 zile de îngrijiri medicale. Leziunile traumatice suferite de pacient care au necesitat zilele de îngrijiri medicale în număr de 80 – 90 zile sunt urmarea exclusivă a accidentului rutier al cărui victimă a fost pacientul D. V.

În concluzie, s-a reținut că nu sunt întrunite sub aspect obiectiv elementele constitutive ale infracțiunii de „neglijență în serviciu” (art. 298 Cod penal) și nici cele ale infracțiunii de „vătămare corporală din culpă” (art. 196 Cod penal).

Într-un alt dosar penal⁹, situația de fapt reținută în hotărârea judecătorească a constat în următoarele:

⁹ Hotărârea judecătorească nr. 110/CP/13.05.2015 a Judecătoriei Iași, definitiv – nepublicată.

Petenta C. M. s-a prezentat la cabinetul stomatologic al medicului B. C., specialist în chirurgie orală și maxilo-facială, care după citirea radiografiilor dentare efectuate anterior, a procedat la extracția a doi din ei. La finalul intervenției, medicul a prescris pacientei analgezice și i-a recomandat să nu fie îndepărtate compresele timp de 2 ore, să nu bea și să nu mănânce în acel interval de timp. După două zile de la extracție, datorită inflamației la nivelul zonei extracției, pacienta s-a prezentat din nou la medicul specialist care i-a prescris antibioticul Augmentin.

În noaptea imediat următoare, pacienta s-a internat la Spitalul Clinic de Urgențe X, cu diagnosticul de *"abces cutanat, furuncul și furuncul antracoid al feței"*.

Prin raportul de expertiză medico-legală întocmit în cauză s-a reținut că pacienta C. M. a prezentat *supurație de groapă zigomatică* care, cel mai probabil, este consecutiv unei puncții anestezice septice.

Instanța de judecată a reținut că puncția septică a cauzat complicațiile ulterioare și, în absența unor date care să justifice că acele complicații s-ar fi datorat conduitei adoptate de pacient ulterior intervenției, s-a apreciat că puncția este consecința greșelii medicului stomatolog în pregătirea puncției sau în manipularea instrumentarului; concret greșeala medicului a constat în nerespectarea regulilor privind comportarea profesională în situația pregătirii puncției ori a manipulării instrumentarului.

S-a reținut că fiind dovedită existența legăturii de cauzalitate între intervenția medicală efectuată de medicul stomatolog și complicațiile infecțioase constând în abces cutanat, furuncul și furuncul antracoid al feței pentru care pacienta a fost internată de urgență.

S-a reținut în considerentele hotărârii judecătorești că existența consimțământului informat al pacientului cu privire la riscurile, inclusiv septice, ale unei intervenții medicale nu îl poate absolve pe medic de orice culpă în cazul ivirii unei astfel de complicații.

În considerarea acestor argumente, în cauză a fost reținută culpa profesională a medicului stomatolog, culpă ce a îmbrăcat forma neglijenței, fapta fiind circumscrisă conținutului constitutiv al infracțiunii de "neglijență în serviciu" (art. 298 Cod penal).

Într-un alt caz practic¹⁰, pe baza analizei actelor și lucrurilor dosarului, instanța de judecată a reținut următoarele:

Pacientul B. G. O. (în vârstă de 38 ani) s-a internat la Spitalul Județean X cu diagnosticul de "hernie de disc L5 – S1, sciatica dreaptă".

La două zile după internare pacientul a fost supus unei intervenții chirurgicale practicându-se "ablație hernie de disc L5 – S1, rezecție parțială de lama L5 bilateral, drenaj". Se impune a arăta că preoperator, medicul neurochirurg a dispus efectuarea unei radiografii pulmonare însă, în actele medicale întocmite nu apare consemnat faptul că pacientul suferea de TBC asimptomatic; preoperator nu a fost dispus efectuarea testului de coagulare.

Postoperator, medicul neurochirurg a prescris pacientului B. G. O., între altele, și antibioticul "Gentamicin".

În ziua a 5-a postoperator, la orele 06, 00, pacientului i-a fost administrat "Gentamicin 80 mg", tehnica de administrare a injecției a fost cea clasică, cu acul, intravenos, în regiunea anterioară a brațului stâng. La scurt timp după efectuarea injecției, pacientul a acuzat dureri puternice la nivelul labei mâinii stângi, motiv pentru care, la ora 08, 00, a fost supus unui examen de chirurgie vasculară, ocazie în care s-a constatat ischemie acută membrului superior stâng (spasm), fiindu-i prescrise anticoagulante. În cursul aceleiași zile, constatându-se dispariția pulsului la radial, cianoza degetelor și a mâinii, medicul în specialitatea chirurgie cardio-vasculară a decis efectuarea unei intervenții chirurgicale pentru revascularizare.

Ulterior, pe parcursul următoarelor aproximativ 20 de zile, pacientul a fost supus mai multor intervenții chirurgicale la nivelul brațului stâng pentru detrombozarea arterială, pentru că în final, pentru salvarea vieții pacientului, s-a procedat la amputația membrului superior stâng.

Pe baza actelor medico-legale administrate în cauză s-a reținut că între tratamentul injectabil cu "Gentamicin" administrat și amputația membrului superior există legătură de cauzalitate, favorizată de fondul patologic preexistent al pacientului, precum și de caracterul iritant al substanței administrate (gentamicin) și de particularitățile de reactivitate individuală.

Totodată, potrivit actelor medico-legale din dosar, administrarea de "Gentamicin" a fost cel mai probabil incorect și a constat în printr-o

¹⁰Sentința penal nr. 94/13.02.2012 a Judecatoriei Suceava, definitiv – nepublicat.

accidental cu acul dincolo de/pe lângă lumenul vascular venos, printr-un vas arterial, urmat de injectarea substanței.

Comisia Superioară de Medicina Legală din cadrul I. N. M. L. "Mina Minovici" București a concluzionat că profilaxia în intervențiile chirurgicale după ablația herniei de disc se face cu alt tip de antibiotice, gentamicina nefiind un antibiotic de elecție.

Pe baza tuturor datelor ce particularizează speța prezentată, instanța de judecată a reținut existența unui caz de malpraxis medical. În opinia judecătorului, ar fi putut fi reținută culpă profesională în sarcina asistentei medicale constând în efectuarea greșită a injecției cu gentamicină dacă probatoriul administrat în această privință ar fi avut caracter cert.

În lipsa unor probe certe care să susțină dincolo de orice îndoială rezonabilă că tehnica de administrare a injecției a fost greșită, potrivit regulii "*in dubio pro reo*", instanța de judecată a apreciat că nu poate dispune tragerea la răspundere penală a asistentei medicale pentru comiterea unei infracțiuni de „vătămare corporală din culpă”.

În considerentele hotărârii pronunțate, instanța de judecată a reținut culpa profesională a medicului neurochirurg prin aceea că nu a dispus preoperator de efectuarea și a unei analize pentru stabilirea timpului de sângerare și pentru determinarea perioadei de coagulare a sângelui în cazul pacientului B. G. O., analiză care ar fi permis identificarea vreunei afecțiuni vasculare preexistente. În această din urmă situație, se impunea tratamentul anticoagulant. Simplul fapt că pacientul nu a prezentat nici un fel de antecedent care să fi justificat efectuarea unei astfel de analize nu absolvă cadrul medical de obligația profesională de a dispune efectuarea unor analize obligatorii anterior efectuării unei intervenții chirurgicale de genul celei la care a fost supus B. G. O. Afecțiunea vasculară putea exista fără ca pacientul să fi cunoscut acest lucru astfel încât să nu fi putut comunica medicului curant atunci când s-a realizat anamneza. Totodată, s-a reținut culpa medicului și prin aceea că nu a depistat pe baza radiografiei pulmonare efectuate TBC asimptomatic care constituie un factor puternic favorizant al fragilității vasculare și consecutiv al proceselor de tromboză.

S-a mai reținut că fiind greșită conduita medicului neurochirurg de a prescrie pacientului B. G. O. tratamentul cu "Gentamicină", tratament ce nu este recomandat în intervențiile chirurgicale după ablația herniei de disc.

CONSIDERAȚII PRIVIND COMPENSAREA CA MODALITATE DE
STINGERE A CREAȚELOR FISCALE

CONSIDERATIONS ON COMPENSATION AS A WAY OF
EXTINCTION OF TAX CLAIMS

IOANA MARIA COSTEA¹

Rezumat: Prezentul studiu analizează dispozițiile legale în materie de compensare, așa cum sunt reglementate în Codul de procedură fiscală. Compensarea este un instrument util în procedura de administrare a creanțelor fiscale, unde prezintă o serie de particularități raportat de instituția din dreptul comun compensarea în materie civilă. În egal măsură, studiul subliniază o serie de nuanțe specifice dreptului fiscal privind exigibilitatea și scadența, precum și sensuri punctuale atribuite de legiuitor în materia compensării.

Cuvinte-cheie: compensare, creanțe fiscale, exigibilitate, scadență

Abstract: This study analyzes the legal provisions on compensation, such as are provided in the Fiscal Procedure Code. Compensation is a useful tool in the management procedure of tax claims, which has a number of features in comparison with the generic institution compensation in civil law. Equally, the study highlights a number of specific nuances of tax law concerning chargeability and due date and punctual meanings assigned by the legislature in the matter of compensation.

Keywords: compensation, tax rights, chargeability, due date

1. Considerente generale

Creanțele fiscale sunt o specie a obligațiilor patrimoniale, cu un anumit comportament juridic; implică un subiect de drept public, au ca sursă dispozițiile din legislația fiscală privind impozitele, taxele și contribuțiile

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

sociale și se execută în condițiile Codului fiscal² și al Codului de procedură fiscală³.

Din definiția legală a creanței fiscale, în genere și a creanței fiscale principale, în special conform art. 2 pct. 10-11 din C.proc.fisc., rezultă dincolo de nesuprapunerea totală a celor două definiții⁴ și dând prevalență definiției speciale, că o creanță fiscală principală comportă două dimensiuni: (1) *dreptul la perceperea impozitelor, taxelor și contribuțiilor sociale* și (2) *dreptul contribuabilului la restituirea sumelor plătite și rambursarea sumelor cuvenite, în situațiile și condițiile prevăzute de lege.*

Astfel, în mod tradițional, un contribuabil poate fi creditor pentru o creanță fiscală principală, pe două drepturi distincte, cu regim juridic relativ similar. Dreptul la restituire privește dreptul contribuabilului/plătitorului, prevăzut de dispozițiile art. 168 C.proc.fisc. (1) *se restituie, la cerere, contribuabilului/plătitorului orice sumă plătită sau încasată și datorată, sume plătite sau încasate ca parte din componenta bugetului general consolidat: bugetul de stat, un buget local, un buget special.* Dreptul la rambursare, fiind consacrat normativ expres, se generează în materia taxei pe valoare adăugată, decurgând din caracterul neutru al taxei, rambursându-se suma negativă de TVA, ca diferență dintre taxa în aval, încasată de la clienți și taxa în amonte, datorată/plătitoare către furnizori ori din regulile de aplicare teritorială a taxei, atunci când locul taxării este diferit de locul unde s-a făcut inițial plata taxei.

2. Definiția legală și domeniul de incidență

Compensarea este definită în art. 167 alin. 1 din C.proc.fisc., astfel: *prin compensare se sting creanțele statului sau unităților administrativ-teritoriale ori subdiviziunilor acestora reprezentând impozite, taxe, contribuții și alte sume datorate bugetului general consolidat cu creanțele debitorului reprezentând sume de rambursat, de restituit sau de plată de la buget, până la concurența celei mai mici sume, când ambele părți dobândesc reciproc atât calitatea de creditor, cât și pe cea de debitor, cu*

² Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, publicată în Monitorul Oficial nr. 688 din 10 septembrie 2015.

³ Legea nr. 207 din 20 iulie 2015 privind Codul de procedură fiscală, publicată în Monitorul Oficial nr. 547 din 23 iulie 2015.

⁴ Pentru detalii, a se vedea: I.M. Costea, *Delimitări conceptuale în Codul de procedură fiscală*, în TaxNews, nr. 4/2016, pp. 236 și urm.

condiția ca respectivele creanțe să fie administrate de aceeași autoritate publică, inclusiv unitățile subordonate acesteia.

Observăm că domeniul de incidență rezultă din definiție, compensarea privind pe de o parte creanțele din impozite, taxe, contribuții și alte sume datorate bugetului general consolidat, față de care entitatea publică este creditor, iar contribuabilul/plătitorul este debitor. Pe de altă parte, compensarea privește creanțele rezultând din sume de restituit, sume de rambursat și sume de plată, pentru care contribuabilul/plătitorul are calitatea de creditor.

Referitor la sumele de plată, C.proc.fisc. oferă o definiție legală: *prin sume de plată de la buget se înțeleg sumele pe care statul sau unitatea/subdiviziunea administrativ-teritorială trebuie să le plătească unei persoane, inclusiv cele care rezultă din raporturi juridice contractuale, dacă acestea sunt stabilite prin titluri executorii.* În această categorie, sunt astfel incluse nu numai creanțele fiscale, în sensul definiției de la art. 2 pct. 10 și 11, pentru care ar trebui să fie incident dreptul la restituire, ci și orice alte sume pentru care contribuabilul/plătitorul/un alt debitor sunt creditori, rezultând din raporturi contractuale sau extra-contractuale. Amintiți-vă, sume de plată în urma anulării unor proceduri de adjudecare, sume de plată în urma unor constatări ale unor prejudicii, sume de plată în temeiul unor contracte, indiferent că sunt prețul acelor contracte ori penalități, daune etc.

Domeniul de incidență se delimitează în subsidiară și raportat la sintagma *bugetul general consolidat*, întrucât compensarea se aplică în privința oricărei componente bugetare, parte a bugetului general consolidat.

În aplicarea acestei instituții, în mod firesc, pentru a se respecta principiile procedurii bugetare, se aplică regula identității de buget, așa cum este instituită prin art. 167 alin. 2 C. proc. fisc.: *creanțele debitorului se compensează cu obligațiile datorate aceluiași buget, urmând ca din diferența rămasă să fie compensate obligațiile datorate altor bugete, în mod proporțional.* Regula specializării bugetare se aplică inclusiv în privința creanțelor vamale, detaliat conform dispozițiilor de la art. 167 alin. 3 C. proc. fisc.: *creanțele fiscale rezultate din raporturi juridice vamale se compensează cu creanțele debitorului reprezentând sume de restituit de aceeași natură. Eventualele diferențe rămase se compensează cu alte obligații fiscale ale debitorului, în ordinea prevăzută la alin. (2).*

Apreciem c acest mecanism, specific procedurii fiscale, reprezint o atenuare a dispozițiilor din dreptul comun, unde compensarea este definit ca *modul de stingere a obligațiilor care const în stingerea a dou datorii reciproce, pân la concurența celei mai mici dintre ele. Compensația presupune dou raporturi juridice obligaționale distincte în care acelea i persoane sunt creditor i debitor, una față de cealalt*⁵. Atenuarea intervine în sensul în care, compensarea transcende regula delimitării de patrimonii, implicit i regula delimitării de bugete i permite stingerea unor creanțe între bugete diferite, care au titular i implicit creditor/debitor diferit; spre exemplu, compensarea unor creanțe de la bugetul de stat cu creanțe c tre bugetele fondurilor speciale, în condițiile art. 167 alin. 2 i alin. 3 din C. proc. fisc.

3. Procedura aplicabil

Conform art. 167 alin. 4 C. proc. fisc., compensarea opereaz *de drept*. Textul este o transpunere a dispozițiilor art. 1617 alin. 1 din C.civ. Condiția comun ambelor Coduri este c ambele creanțe *exist deodat , fiind deopotriv certe, lichide i exigibile*.

Astfel, creanțele îndeplinesc o serie de condiții: (1) creanțele sunt reciproce, în materie fiscal , regula fiind atenuat a a cum am ar tat mai sus; (2) creanțele sunt certe, în sensul definiției de la art. 379 alin. 3 C.proc.civ., inclusiv art. 653 alin.2 C.proc.civ.⁶; (3) creanțele sunt lichide, în sensul c sunt determinate printr-un titlu de creanț , care dup caz poate fi declarație fiscal , decizie de impunere, hot rârre judec toreasc , proces-verbal de constatare i sancționare a unei contravenții⁷, alte titluri de creanț ; (4) creanțele sunt exigibile, adic sunt ajunse la scadenț ⁸.

⁵ Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, Bucure ti, Edi ia 2 revizuit , 2014, p. 1313.

⁶ Crean a *cert* este aceea a c rei existen rezult din însu i actul de crean sau i din alte acte, chiar neautentice, emenate de la debitor sau recunoscute de acesta [a se vedea i art. 653 alin. (2) NCPC care prevede c o crean a este cert când existen a ei neîndoielnic rezult din însu i titlul executoriu].

⁷ Crean a este *lichid* , potrivit dispozi iilor art. 379 alin. (4) C.proc.civ., atunci când câtimea ei este determinat prin însu i actul de crean sau când este determinabil cu ajutorul actului de crean sau i a altor acte neautentice, fie emanând de la debitor, fie recunoscute de acesta, fie opozabile lui în baza unei dispozi ii legale sau a stipula iilor con inute în actul de crean . C.proc.civ. prevede la art. 653 alin. (3) c o crean este lichid atunci când obiectul ei este determinat sau când titlul executoriu con ine elementele care permit stabilirea lui.

Referitor la scadență, apreciem că se impun o serie de discuții; astfel, în mod tradițional creanțele fiscale sunt determinate prin titlu de creanță, cu termen de plată, prevăzut fie de C.fisc. pentru fiecare tip de impunere ori eventual, o lege specială, fie stabilit conform art. 156 C. proc. fisc. – cu nota marginală *Termene de plată*.

Acest termen de plată este evident un termen suspensiv, în favoarea debitorului. Apreciem că dispozițiile privind decderea din beneficiul termenului din art. 665 C.proc.civ. nu sunt incidente în materie fiscală, termenul fiind un termen legal.

Mecanismul juridic al exigibilității este mai amplu. Spre exemplu, în materie de TVA, art. 280 C. fisc. definește două noțiuni, care pun în discuție problema scadenței; astfel alin. (1) *faptul generator reprezintă faptul prin care sunt realizate condițiile legale necesare pentru exigibilitatea taxei* și alin. (2) *exigibilitatea taxei reprezintă data la care autoritatea fiscală devine îndreptățită, în baza legii, să solicite plata de către persoanele obligate la plata taxei, chiar dacă plata acestei taxe poate fi amânată*. Astfel, exigibilitatea taxei este data la care se produce faptul generator, și anume operațiunea taxabilă, pe care se va greva și calcula TVA colectat, deși TVA de plată se va determina ulterior, iar plata se va face în termenul legal. Pentru o vânzare, faptul generator este data transmiterii dreptului de proprietate, dată la care se produce și exigibilitatea taxei, deși factura poate fi emisă în termenul de la art. 319 C. fisc., și anume a 15-a zi a lunii

⁸ O creanță este exigibilă [a se vedea art. 653 alin. (4) C.proc.civ.], dacă obligația debitorului este ajunsă la scadență sau acesta este deczut din beneficiul termenului de plată (a se vedea și dispozițiile art. 665 C. Proc. Civ., potrivit cărora debitorul care beneficiază de un termen de plată va fi deczut, la cererea creditorului, din beneficiul acestui termen, în următoarele situații: debitorul se sustrage de la îndeplinirea obligațiilor care îi revin potrivit legii în scopul realizării executării silite; debitorul risipește averea sa; debitorul este în stare de insolvență în deosebită măsură sau, dacă prin fapta sa, s-a vădit că intenționează să evite sau dintr-o culpă gravă, a micșorat garanțiile date creditorului și ori nu le-a dat pe cele promise sau, după caz, încuvințate; alți creditori fac executări asupra averii lui. Se impune menținerea acestor dispoziții nu se aplică atunci când debitorul este statul sau o unitate administrativ-teritorială). Absența exigibilității poate fi invocată numai dacă ea rezultă dintr-un termen legal sau convențional suspensiv de executare, stabilit în favoarea debitorului; astfel debitorul nu poate fi obligat să plătească înainte de termen, compensația fiind tot o plată, deoarece ar echivala cu decderea din beneficiul termenului [Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1314].

urm toare faptului generator. Conform art. 280 alin. 3 C.fisc. - *exigibilitatea pl ții taxei reprezint data la care o persoan are obligația de a pl ti taxa la bugetul statului, conform prevederilor art. 326 alin. (1) C. fisc.*

Astfel, în materie fiscal distingem între faptul generator, exigibilitatea impunerii i exigibilitatea pl ții impunerii (scadența), momente cu efecte juridice diferite.

În privința exigibilit ții, ca moment la care intervine compensarea, art. 167 alin. 5 C. proc. fisc. aduce o serie de preciz ri pe ipoteze de lucru. Astfel, exigibilitatea este identic cu scadența, în sensul art. 154 i 155 C. proc. fisc. privind creanțele fiscale ale contribuabilului/pl titorului sub regula generic : *creanțele fiscale sunt scadente la expirarea termenelor prev zute de Codul fiscal sau de alte legi care le reglementeaz .*

Exigibilitatea intervine conform art. 167 alin. 5 lit. b) C. proc. fisc. la termenul prev zut de lege pentru depunerea decontului cu sum negativ de TVA cu opțiune de rambursare, în limita sumei aprobate la rambursare prin decizia emis de organul fiscal central, fiind vorba despre exigibilitatea creanței principale de rambursat. Procedura este dat de Ordinul Pre edintelui ANAF nr. 3699/2015⁹ pentru aprobarea Procedurii de soluționare a deconturilor cu sume negative de tax pe valoarea ad ugat cu opțiune de rambursare i pentru aprobarea modelului i conținutului unor formulare.

În ipoteza restituirii, exigibilitatea intervine, conform art. 167 alin. 5 lit. c) C. proc. fisc. la data depunerii cererii de restituire, în limita sumei aprobate pentru restituire prin decizia emis de organul fiscal central, potrivit legii, pentru cererile de restituire a accizei sau taxei pe valoarea ad ugat , depuse potrivit Codului fiscal. Important este în acest context, faptul c exigibilitatea intervine nu la data deciziei de restituire, când creanța este cert i lichid , ci la o dat anterioar , data depunerii cererii de restituire, sub condiția, ca această cerere s fie admis i în limita admitterii acesteia.

Exigibilitatea intervine în al patrulea rând, conform art. 167 alin. 5 lit. d) C. proc. fisc. la data comunic rii deciziei, pentru obligațiile fiscale principale, precum i pentru obligațiile fiscale accesorii stabilite de organul fiscal competent prin decizie. Este evident c dispoziția se aplic în ipoteza în care organul fiscal stabile te, în procedur ordinar creanțe fiscale principale ori accesorii, prin decizie de impunere, în baza informațiilor

⁹ Publicat în Monitorul Oficial nr. 969 din 28 decembrie 2015.

comunicate de contribuabil prin declarația de impunere. Este cazul impozitului pe venitul persoanelor fizice, stabilit prin decizie de impunere ori a impozitelor locale stabilite prin decizie de impunere, precum și a tuturor obligațiilor fiscale accesorii, care au vocația de a fi stabilite doar prin decizie de impunere.

Exigibilitatea intervine conform art. 167 alin. 5 lit. e) C. proc. fisc. la data depunerii la organul fiscal a declarațiilor de impunere rectificative, pentru diferențele de obligații fiscale principale stabilite de contribuabil/pl titor în cazul în care legea prevede obligația acestuia de a calcula cuantumul obligației fiscale. Apreciem că în acest caz exigibilitatea intervine la data declarației rectificative doar dacă declarația de impunere, titlu de creanță este depus în termenul prevăzut de Codul fiscal. În cazul în care declarația de impunere este depusă după termenul indicat de Codul fiscal, exigibilitatea intervine la data depunerii declarației, doar în limita efectelor necesare pentru a se face compensarea și anume determinarea momentului scadenței; creanța fiscal fiind exigibilă sub aspectul scadenței la termenul indicat de art. 154 C. proc. fisc., contribuabilul/pl titorul datorând accesorii pentru perioada dintre expirarea termenului de depunere a declarației și momentul efectiv al compensării.

Exigibilitatea intervine conform art. 167 alin. 5 lit. f) C. proc. fisc. la data comunicării actului de individualizare a sumei, pentru obligațiile de plată de la buget. Reamintim că obligația de plată de sume de la buget privește alte tipuri de creanțe decât cele din restituire ori rambursare, cum ar fi sume din raporturi contractuale, subvenții, beneficii etc.

Exigibilitatea intervine conform art. 167 alin. 5 lit. g) C. proc. fisc. la data primirii, în condițiile legii, de către organul fiscal a titlurilor executorii emise de alte instituții, în vederea executării silită. Este cazul titlurilor de creanță emise în proceduri judiciare ori extrajudiciare, de alte instituții publice, prin care statul ori o autoritate publică are calitatea de debitor față de un contribuabil/pl titor, titluri care se pun în executare silită de către organul fiscal.

Exigibilitatea intervine conform art. 167 alin. 5 lit. h) C. proc. fisc. în mai multe momente atunci când este vorba despre restituiri de sume, momente pe care le vom trata în contextul art. 168 C. proc. fisc..

Procedural compensarea intervine de drept, însă se impune a fi constatată de organul fiscal. Codul de procedură fiscală face mențiune *la*

cererea debitorului sau din oficiu, în sensul că doar constatarea compensării intervenite de drept, se face la cerere ori din oficiu.

În aplicarea dispozițiilor privitoare la compensare, se impune a ține cont de ordinea stingerii obligațiilor, așa cum este reglementat de art. 165 C. proc. fisc. În acest sens, sunt aplicabile, dispozițiile Ordinului Președintelui ANAF nr. 3637/2015 privind metodologia de distribuire a sumelor plătite de contribuabili în contul unic și de stingere a obligațiilor fiscale¹⁰.

Constatarea compensării, întrucât reprezintă în sensul art. 2 din Legea nr. 554/2004 o modificare (stingere totală ori parțială) a unui raport juridic de drept public, se face printr-un înscris, o decizie cu privire la efectuarea compensării. Aceasta reprezintă act administrativ-fiscal, în sensul art. 46 din C. proc. fisc. și este supus condiției comunicării, în una din formele indicate de art. 48 C. proc. fisc. Termenul de comunicare este 7 zile de la data efectuării operațiunii.

4. Dispoziții speciale privind compensarea în caz de sumă negativă a taxei

Dispozițiile prezentului articol sunt aplicabile și în cazul compensării sumelor provenind din regularizarea TVA.

Se compensează suma negativă a taxei pe valoarea adăugată din decontul de taxă cu opțiune de rambursare depus de reprezentantul unui grup fiscal constituit potrivit Codului fiscal cu obligațiile fiscale ale membrilor grupului fiscal, în următoarea ordine: a) obligațiile fiscale ale reprezentantului grupului fiscal; b) obligațiile fiscale ale celorlalți membri ai grupului fiscal, la alegerea organului fiscal central.

În cazul în care taxa pe valoarea adăugată de plată se stinge prin regularizare cu suma negativă de taxă, potrivit Codului fiscal, data stingerii taxei de plată este data prevăzută de lege pentru depunerea decontului în care s-a efectuat regularizarea.

Pentru debitorii care se află sub incidența legislației privind insolvența și care depun un decont cu sumă negativă de taxă pe valoarea adăugată cu opțiune de rambursare după data deschiderii procedurii insolvenței, suma aprobată la rambursare se compensează cu obligațiile fiscale nescute după data deschiderii procedurii insolvenței. Pentru perioada

¹⁰ Publicat în Monitorul Oficial nr. 978 din 30 decembrie 2015.

anterioară deschiderii procedurii de insolvență, suma negativă de tax pe valoarea adăugată înscrisă în decontul de tax pe valoarea adăugată aferentă se compensează cu obligațiile fiscale ale debitorului nescute anterior deschiderii procedurii.

5. Concluzii

Compensarea este un instrument de gestiune a creanțelor fiscale, extrem de versatil întrucât fiind aplicat direct și imediat de organul fiscal, permite stingerea creanțelor rapid și fără costuri suplimentare.

O serie de corelări rămân a fi făcute privind exigibilitatea impunerii, termenele de plată, scadența, elemente ce permit aplicarea în timp a compensării.

Mecanismele procedurale ale compensării sunt relativ simple, cheia de boltă a instituției fiind momentul scadenței, mai ales pentru creanțele de restituire, rambursat ori de plată.

EVOLUȚII RECENTE ÎN PROCESUL DE CODIFICARE
A NORMELOR DREPTULUI ADMINISTRATIV ROMÂN

RECENT DEVELOPMENTS IN THE CODIFICATION
OF THE RULES OF ROMANIAN ADMINISTRATIVE LAW

DAN CONSTANTIN MĂȚ ¹

Rezumat: Codificarea normelor dreptului administrativ se află în prezent într-o altă etapă. Perspectiva asupra procesului de codificare a cunoscut o continuă evoluție care se înscrie în fenomenul general de sistematizare și de simplificare a dreptului. Dificultățile procesului de codificare sunt acceptate în mod unanim mai cu seamă pentru normele de drept substanțial. Codificarea procedurii administrative este considerată mai fezabilă beneficiind și de avantajul modelului unui proiect de codificare a procedurii administrative a Uniunii Europene. În primăvara anului 2016, Guvernul României a optat pentru codificarea cu prioritate a normelor de drept substanțial aprobând tezele prealabile ale proiectului unui Cod administrativ. Prezentul articol urmărește aceste evoluții ale procesului de codificare prin raportare la opiniile exprimate în doctrina recentă de drept administrativ.

Cuvinte cheie: drept administrativ, codificare, sistematizare, teze prealabile

Abstract: Codification of rules of administrative law is currently in another phase. The perspective into the coding process has seen an evolving phenomenon which is part of the general systematization and simplification of the law. The difficulties in the coding process are accepted unanimously especially for substantive law. Codification of administrative procedure is considered more achievable because it took advantage of the existence of a coding model for administrative procedure of the European Union. In the spring of 2016 the Romanian Government has opted with priority for encoding of substantive law by approving a project prior Administrative Code. This article seeks these developments referring to the opinions expressed in the recent doctrine of administrative law.

Keywords: administrative law, codification, systematization, normative project

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

1. Introducere

Codificarea normelor juridice este considerat ca fiind un aspect fundamental din arhitectura formal și substanțial a statului de drept². Procesul de codificare presupune un efort complex de reglementare a unor principii și instituții juridice într-o formulă integrativă care să excludă pericolul existenței unor norme contradictorii sau paralele. Pentru acele ramuri ale dreptului care beneficiază, într-o lungă tradiție istorică, de experiența codificării acest proces implică și o necesară adaptare a terminologiei la realitățile juridico-sociale din prezent și la ultimele evoluții din interpretările doctrinare și jurisprudențiale.

În sistemul normativ românesc reglementarea relațiilor sociale prin lege și prin celelalte categorii de acte normative se realizează cu respectarea principiilor generale de legiferare. Activitatea de legiferare se concretizează în baza unei tehnici legislative care asigură sistematizarea, unificarea și coordonarea legislației, precum și conținutul și forma juridică adecvate pentru fiecare act normativ. *Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative*³, modificată și completată, prevede în cadrul capitolului privind elaborarea actelor normative o secțiune referitoare la *Elaborarea codurilor și a altor legi complexe*. Potrivit dispozițiilor art. 27 din acest act normativ în cazul proiectelor de coduri se pot constitui la inițiativa Parlamentului sau a Guvernului comisii de specialitate în cadrul Consiliului Legislativ sau sub coordonarea acestui organ consultativ de specialitate al Parlamentului. Aceste comisii de specialitate vor întocmi, pe baza unor studii și documentări științifice, teze prealabile care să reflecte concepția generală, principiile, noile orientări și principalele soluții ale reglementărilor preconizate. Tezele prealabile ale unui cod, definitivitate în urma primirii punctului de vedere ale ministerelor și ale celorlalte autorități publice interesate, se supun aprobării Guvernului. După aprobarea tezelor de către Guvern comisia de elaborare va procedea la redactarea textului viitor act normativ. În conformitate cu prevederile art. 29 din *Legea nr. 24/2000* proiectul de act normativ întocmit în condițiile mai sus-menționate, însoțit de un raport, va fi înaintat Parlamentului sau, după caz, Guvernului pentru declanșarea procedurii legislative.

² J. Chevallier, *Statul de drept*, Traducere din limba franceză : D. Dănișor, Editura Universul Juridic, București, Editura Universitaria, Craiova, 2012, p. 70.

³ Republicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 777 din 25 august 2004.

Pe aceste coordonate de tehnic normativ, s-a realizat în România codificarea normelor de drept civil, de procedură civilă, de drept penal și de procedură penală. Fenomenul codificării este însă într-o continuă dinamică⁴, atât pe plan intern cât și pe cel european, fiind considerat ca o etapă prealabilă a simplificării dreptului. Dacă se acceptă în mod unanim ideea raportului dintre codificare și cerința calității legii, asupra simplificării dreptului s-a atras atenția că aceasta „nu constă în unificarea acestuia, ci în perfecționarea pe această cale a justiției, serviciu în organizarea și responsabilitatea oricărui stat”⁵.

2. Dilemele codificării normelor dreptului administrativ

Norma de drept administrativ este considerată „elementul primar al sistemului de drept, vectorul prin care mesajul legiuitorului ajunge la subiect”⁶. Printre trăsăturile specifice ale normelor juridice administrative se găsește și faptul că aceste norme reglementează o categorie aparte de raporturi sociale (raporturile administrative), care se nasc în cadrul și pentru realizarea activității executive și statului și a celorlalte organe ale administrației publice⁷.

În funcție de specificul acestor raporturi în doctrină normele dreptului administrativ au fost clasificate astfel: a) norme care au ca obiect raporturile dintre autoritățile administrației publice, pe de o parte, și dintre acestea și particulari, pe de altă parte; b) norme referitoare la statutul funcționarului public; c) norme care reglementează răspunderea patrimonială a autorităților administrației publice, precum și răspunderea administrativă a persoanelor fizice și juridice; d) norme care reglementează instituția contenciosului administrativ; e) norme procesuale care reglementează

⁴ A se vedea, în acest sens: A. Iftimie, *Delimitări ale conceptului de constituționalizare prin raportare la codificare și constituționalism*, în *Supplement of Valahia University Law Study*, 2014, pp. 182-185.

⁵ M. Uliescu, *Codificarea ca instrument de simplificare a dreptului. Analiză critică a Codului civil în vigoare*, în *Simplificarea – imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 7.

⁶ C. Manda, *Drept administrativ, Tratat elementar*, Ediția a V-a, revizuită și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2008, p. 79.

⁷ M. Dvoracek, *Drept administrativ, Noțiuni introductive*, Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 2002, p. 100.

principiile și procedura după care se desfășoară activitatea autorităților administrative publice⁸.

Având în vedere această complexitate a tipologiei normelor dreptului administrativ problema codificării lor este de peste un secol subiectul unor ample dezbateri. În literatura de specialitate s-au conturat două mari teorii legate de posibilitatea și, mai cu seamă, de necesitatea procesului de codificare a normelor dreptului administrativ. Prima teorie, pe care o putem considera tradițională, se fundamentează pe ideea mobilității dreptului administrativ, sistem unde „trebuie să ne preocupăm de realități”⁹ aflate într-o continuă evoluție. Din această perspectivă, imposibilitatea codificării este văzută ca o trăsătură caracteristică a dreptului administrativ orice încercare făcând într-o operă de proporții imense supus unor continue modificări și completări. Principalul susținător al acestei teorii a fost Paul Negulescu care se întreba retoric „cum s-ar putea face un cod în care să se vorbească într-un capitol de organizarea județelor, în altul de organizarea comunelor, într-altul de drumuri, în altul de organizarea ministerelor, într-unul de contribuțiuni, în altul de vămi, în unul de poliția vânzătoare și a pescuitului, într-altul de cotitul vaselor sau de poliția circulației”¹⁰.

Această opinie, devenit hegemonică în perioada interbelică, nu a exclus apariția unor inițiative private de sistematizare a legislației relevante în materia dreptului administrativ¹¹. Prin finalitatea lor aceste lucrări erau destinate în special personalului organelor administrative dar și particularilor interesați de reglementarea unei instituții administrative. Una dintre primele contribuții în acest sens a fost *Codul Administrativ* publicat în trei volume între anii 1925 și 1927¹² de I.D. Panaitescu (director în Ministerul de Justiție), Virgil Ionescu-Dârzeu (director în Ministerul de Interne) și A. Panaitescu (maior în cadrul Comandamentului Corpului de Jandarmi). Având în total peste 3300 de pagini această lucrare cuprinde toate legile,

⁸ A. Trăilescu, *Drept administrativ*, Ediția a 3-a, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 3.

⁹ P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ român*, Volumul I, Cartea a I-a, Ediția a III-a, Tipografiile Române Unite, București, 1925, p. 7.

¹⁰ *Idem*, p. 18.

¹¹ Modelul acestui tip de lucrări a venit din mediul juridic francez care avea deja o lungă tradiție în această direcție. Cele mai importante „coduri administrative” publicate în Franța sunt cele editate de Joseph Delpach (*Code Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1937-1938) și Jean Rondépierre (*Code Administratif*, Jurisprudence Générale Dalloz, Paris, 1971).

¹² Primele două volume au fost publicate la Chișinău (Imprimeria Statului) în anul 1925, iar al treilea la București (Institutul de Arte Grafice „Graiul Românesc”) în anul 1927.

regulamentele, decretele, jurnalele Consiliului de Mini tri, deciziile și circularele ministeriale adoptate sau emise în România în anii 1864-1927.

În perioada postbelic s-a consolidat o nou teorie cu privire la codificarea normelor dreptului administrativ care s-a înscris într-un curent general sesizabil la nivelul întregului continent european¹³. Opinia speciali tilor care accept ideea codific rii devine majoritar subliniindu-se îns c „diversitatea materiilor și schimb rile frecvente din legislația administrativ fac destul de dificil operațiunea de codificare a dreptului administrativ”¹⁴. Cele mai articulate contribuții în această direcție sunt cele semnate de Mircea Anghene (*Necesitatea codific rii normelor de procedur administrativ*, în „Revista român de drept”, nr. 1, 1973; *Necesitatea codific rii normelor privind administrația de stat*, în „Revista român de drept”, nr. 3, 1976), Ion Alexandru (*Un punct de vedere în conturarea unei concepții privind elaborarea codului administrativ*, în „Revista român de drept”, nr. 9, 1976) și Alexandru Negoit (*Considerații privind elaborarea codului administrativ*, în „Analele Universit ții Bucure ti”, 1977)¹⁵.

Aceast tendință a continuat dup anul 1990 într-un cadru constituțional nou în limitele c reia modernizarea administrației publice a fost perceput ca un pilon al democratiz rii societ ții române ti. Pornindu-se de la principiul c transparența administrației „nu este de conceput f r norme clare, pe cât posibil unitare, cunoscute de toat lumea”¹⁶ s-a promovat consecvent ideea codific rii normelor dreptului administrativ. Asupra modului concret de realizare a acestui proces opiniile au fost diferite propunându-se fie o codificare în etape, debutând cu o sistematizare a

¹³ Fenomenul nu este particular statelor din blocul r s ritean el cunoscând forme mult mai concrete în Europa occidental . De exemplu, printr-un decret din data de 10 mai 1948 în Franța a fost constituit o comisie de codificare „îns rcinat cu studiul codific rii și a simplific rii textelor legislative și regulamentare”. A se vedea Yves Gaudemet, *Droit administratif*, 21^e édition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 2015, p. 35.

¹⁴ R. N. Petrescu, *Drept administrativ*, Editura Hamangiu, Bucure ti, 2009, p. 39.

¹⁵ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, *Introducere. Organizarea administrativ . Funcția publică*, Editura All Beck, Bucure ti, 2005, p. 148, nota 2; Dana Apostol Tofan, *Drept administrativ*, volumul I, Ediția a 3-a, Editura C.H. Beck, Bucure ti, 2014, pp. 89-90.

¹⁶ *Idem*, p. 148.

legislației¹⁷, fie o codificare cu prioritate a unui Cod de procedur administrativ necontencioas urmat de realizarea unui Cod administrativ¹⁸.

3. Proiecte de codificare a cadrului legal din domeniul administrației publice

De la începutul anilor 2000 în cuprinsul programelor de guvernare și al programelor legislative ale Guvernului României se găsește ca un punct principal în procesul de reformă a administrației publice obiectivul codificării normelor de drept administrativ sub forma realizării unui Cod administrativ și a unui Cod de procedur administrativ¹⁹. Obiectivul se prezintă ca unul deosebit de ambițios în condițiile în care la nivelul continentului european cele mai avansate soluții s-au limitat la codificarea unor norme sectoriale și, în foarte puține cazuri, s-au concretizat în adoptarea unor coduri de procedur administrativ²⁰.

Proiectele oficiale au fost precedate de inițiative venite din partea specialiștilor români în domeniul dreptului administrativ. În vara anului 2001 un colectiv științific constituit în cadrul Institutului de Științe Administrative „Paul Negulescu” a propus spre dezbateră publică proiectul unui Cod de procedur administrativ a României. În conținutul său erau cuprinse norme privind următoarele aspecte ale procedurii administrative: domeniul de reglementare; modul de desfășurare a procedurii administrative; participanții la procedura administrativă; fazele procedurii administrative; operațiunile administrative; contractele administrative; executarea actelor administrative; controlul administrativ etc²¹.

Deși nu a avut impactul sperat de inițiatori acest proiect a fost avut în vedere de către specialiștii reuniți în cadrul unui colectiv special pentru definitivarea proiectului Codului de procedur administrativ constituit prin

¹⁷ I. Alexandru, M. Crăciun, S. Bucur, *Drept administrativ*, Ediția a III-a, revizuită și actualizată, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 104.

¹⁸ A. Iorgovan, *op. cit.*, p. 149.

¹⁹ D. Apostol Tofan, *op. cit.*, pp. 86-87.

²⁰ În literatura de specialitate sunt evidențiate, în acest ultim aspect, cazurile Germaniei, Greciei și Poloniei. A se vedea V. Vedina, *Drept administrativ*, Ediția a IX-a, Editura Universul Juridic, 2015, p. 78.

²¹ I. M. Nedelcu, *Considerații privind necesitatea adoptării unui Cod de procedur administrativ cu trimiteri la instituții juridice civile*, în *Revista de Științe Juridice*, nr. 2, 2006, p. 118.

*Ordinul ministrului internelor și reformei administrative nr. 289/2007*²². Prin H.G. nr. 1360/2008²³ au fost aprobate *Tezele prealabile ale proiectului Codului de procedură administrativă* având drept scopuri fundamentale următoarele: a) reglementarea modului în care sunt luate deciziile în administrația publică, în condițiile respectării drepturilor persoanelor fizice sau juridice, precum și a interesului public; b) asigurarea informării și participării tuturor părților interesate la luarea deciziilor administrative; c) stabilirea unor reguli minimale pentru controlul organizării și funcționării administrației publice; d) reducerea birocrăției, simplificarea mijloacelor de acțiune a administrației publice și apropierea administrației de cetățean. Structura codului astfel proiectat era bipartită cuprinzând o serie de dispoziții generale (partea a I-a), urmate de principii generale, părțile, termenele și etapele procedurii administrative, actul administrativ și operațiunile administrative, regimul general aplicabil contractelor administrative, controlul administrativ și căile de atac pe cale administrativă a actelor administrative (partea a II-a).

4. Stadiul actual în procesul de codificare a dreptului administrativ

Prin H.G. nr. 196/2016²⁴ au fost aprobate *Tezele prealabile ale proiectului Codului administrativ*. Pentru definitivarea acestui proiect prin *Ordinul ministrului dezvoltării regionale și administrației publice nr. 2394/2013*²⁵ s-a constituit un grup de lucru²⁶ alcătuit din reprezentanți ai: Consiliului Legislativ, Parlamentului României, Secretariatului General al Guvernului, Ministerului Justiției, Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, Agenției Naționale a Funcționarilor Publici, Ministerului Afacerilor Interne, Asociației Comunelor din România, Asociației Orașelor din România, Asociației Municipiilor din România, Uniunii Naționale a Consiliilor Județene din România, Institutului de Politici

²² Npublicat.

²³ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 734 din 30 octombrie 2008.

²⁴ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 237 din 31 martie 2016.

²⁵ Npublicat.

²⁶ Grupul de lucru pentru elaborarea proiectului Codului administrativ al României a fost constituit în anul 2010 în scopul realizării proiectului „Un cadru legislativ mai coerent pentru o administrație publică mai eficientă”, proiect cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional „Dezvoltarea capacității administrative”. Pentru detalii și structura unei prime forme a proiectului de Cod administrativ a se vedea V. Vedina, *Codificarea dreptului administrativ: reflecții, proiectii, stadiu și perspective*, în Caietul științific nr. 5, 2001, „Administrația statului Republica Moldova la 20 de ani de la independență”, pp. 20-21.

Publice, Transparency International România, Societ ții Academice din România, Asociației pentru Implementarea Democrației, Academiei de Studii Economice și ai Universității din București – Facultatea de Drept.

În conformitate cu tezele prelabile proiectul Codului administrativ are în vedere următoarele domenii: a) administrația publică centrală; b) prefectul, instituția prefectului și serviciile publice deconcentrate; c) administrația publică locală; d) statutul funcționarilor publici și statutul juridic aplicabil personalului contractual din administrația publică; e) exercitarea dreptului de proprietate publică și privată a statului și a unităților administrativ-teritoriale; f) răspunderea administrativă; g) serviciile publice. Pentru fiecare din aceste domenii de reglementare viitorul act normativ va urmări, în principal, definirea în mod unitar a conceptelor și principiilor fundamentale și asigurarea unui cadru care să excludă paralelismele și soluțiile contradictorii.

Din punctul de vedere al structurii, viitorul Cod administrativ va fi organizat în zece părți, fiecare împărțită în titluri, capitole și secțiuni. Potrivit descrierii generale din cuprinsul tezelor prelabile, prima parte va cuprinde obiectul de reglementare, domeniul de aplicare, definițiile și principiile aplicabile administrației publice. În partea a II-a vor fi reglementate organizarea și atribuțiile autorităților administrației publice centrale (Președintele României, Guvern, ministere) și a autorităților administrative autonome. Partea a III-a va cuprinde administrația de stat în teritoriu, respectiv prefectul, instituția prefectului și serviciile publice deconcentrate. Cel de-al doilea palier administrativ este reglementat în partea a IV-a a codului care va cuprinde: organizarea administrativ-teritorială, procesul de descentralizare, autonomia locală, autoritățile administrației publice locale, secretarul unității administrativ-teritoriale, aparatul de specialitate de la nivelul unității administrativ-teritoriale, administratorul public, regimul juridic al actelor emise ori adoptate la nivelul autorităților administrației publice locale, statutul demnitarilor și al celor locali.

Următoarea parte a codului, partea a V-a, reglementează statutul funcționarilor publici și statutul juridic aplicabil personalului contractual din administrația publică: categoriile de funcții publice, intrarea în corpul funcționarilor publici, drepturi și obligații ale funcționarilor publici, managementul funcției publice și gestiunea raporturilor de serviciu, regulile aplicabile personalului contractual din administrația publică (drepturi,

obligații, regimul contractual de management). În partea a VI-a este reglementat regimul juridic general al exercitării dreptului de proprietate publică și privată a statului și a unităților administrativ-teritoriale, respectiv: elementele definitorii, modalitățile de exercitare, apariția și încetarea dreptului de proprietate publică și privată al statului sau al unităților administrativ-teritoriale. Partea a VII-a reglementează tipurile, subiecții și condițiile angajării și spunderii administrative iar partea a VIII-a cuprinde reglementările referitoare la înființarea, clasificarea, modalitățile de gestiune și desființarea serviciilor publice. Ultimele două părți ale proiectului Codului administrativ cuprind dispozițiile tranzitorii și finale, respectiv modificările și completările aduse altor acte normative aflate în vigoare.

În ansamblul său viitorul Cod administrativ va înlocui prin reglementările conținute o serie de neajunsuri din activitatea administrației publice generate de un cadru normativ insuficient ori ambiguu. Cu titlu particular se urmărește unificarea prevederilor referitoare la autoritățile administrației publice centrale (Președinte, Guvern, ministere, servicii publice deconcentrate, prefect, autorități administrative autonome) și eliminarea paralelismelor, contradicțiilor și necorespondențelor. În cazul administrației publice locale unul din obiectivele principale ale codificării îl reprezintă consolidarea funcției de prestare/furnizare de servicii publice în scopul degrevării administrației publice centrale. În materia statutului funcționarilor publici un aspect important este cel privind redefinirea categoriilor de funcții publice în raport cu necesitatea separării mai clare a atribuțiilor, rolului și funcțiilor de nivel politic de cele de la nivelul administrativ-tehnic.

5. Concluzii

În actualul stadiu de evoluție a procesului de codificare a normelor dreptului administrativ se poate observa că opțiunea Guvernului României este favorabilă codificării cu prioritate a normelor de drept substanțial. Această opțiune este surprinzătoare în condițiile în care opinia majoritară exprimată în doctrină și jurisprudență este în sensul codificării într-o primă etapă a procedurii administrative. Posibilitatea pentru România de a avea primul Cod administrativ din Europa este interesantă dar și plină de provocări și pericole. Multe din aceste dezavantaje ar putea fi atenuate de posibilitatea adoptării într-un timp cât mai scurt a unui Cod de procedur

administrativ , aspect facilitat i de demersurile concretizate în acest sens la nivelul Uniunii Europene.

**SUCCINTE CONSIDERAȚII REFERITOARE LA
PROPUNEREA ROMÂNIEI DE ÎNFIINȚARE A UNEI
INSTANȚE INTERNAȚIONALE ÎN MATERIE DE TERRORISM**

**BRIEF REMARKS ON ROMANIA’S PROPOSAL TO
ESTABLISH AN INTERNATIONAL COURT ON TERRORISM**

CARMEN MOLDOVAN¹

Rezumat: Recent, România, prin Ministrul Afacerilor Externe a lansat propunerea de instituire a unei Curți Internaționale împotriva Terorismului, o inițiativă la care Spania s-a alăturat. Motivată de proliferarea actelor de terorism și de necesitatea de a le combate în mod eficient prin mijloace juridice de drept penal internațional, propunerea subliniază elementele esențiale pentru înființarea și funcționarea unei astfel de instanțe internaționale și poate fi considerată o provocare în contextul internațional actual. Lucrarea de față îi propune în primul rând prezentarea principalelor caracteristici ale noii instanțe, astfel cum sunt acestea menționate în comunicatele oficiale ale Ministerului Afacerilor Externe, în scopul diseminării informațiilor referitoare la propunerea României, precum și abordarea principalelor dificultăți pe care un astfel de proiect ambițios trebuie să le depășească atât din perspectiva reglementărilor prezente cât și a atitudinii viitoare a statelor față de ea. Ideea centrală a demersului este de a pune în discuție întrebarea dacă înființarea unui nou organism jurisdicțional internațional specializat în acte de terorism ar putea fi considerată o ingerință în competența Curții Penale Internaționale sau o proliferare inutilă a instanțelor internaționale ce ar putea avea ca rezultat crearea de mijloace ineficiente de combatere a actelor de terorism.

Cuvinte-cheie: drept internațional penal, competență, definiția terorismului

Abstract: Recently Romania by the Minister of Foreign Affairs launched the proposal of establishing an International Court against Terrorism, an initiative to which Spain joined. Motivated by the proliferation of acts of terrorism and the need to combat them effectively by legal means of international criminal law, the

¹ Lector univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: carmenmoldovan@hotmail.com

proposal outlines the essential elements for the establishment and functioning of such an international court and could be considered a challenge in the current international context. This paper aims primarily at presenting the main features of the new court as they are set out in official communications of the Ministry of Foreign Affairs, to help disseminate information related to Romania's proposal, as well as addressing the main difficulties that such an ambitious project will have to encompass in terms of present regulations and especially of future States' attitude towards it. The central idea of the approach is to answer the question whether the establishment of a new international judicial body specialized in acts of terrorism could be considered an interference with the jurisdiction of the International Criminal Court or a unnecessary proliferation of international courts which may result in an ineffective means of combating acts of terrorism.

Keywords: international criminal law, jurisdiction, definition of terrorism

1. Introducere

La 29 septembrie 2015, la New York, în cadrul unui eveniment organizat în marja Adunării Generale a ONU, a fost prezentată inițiativa comună româno-spaniolă cu privire la înființarea unei instanțe internaționale împotriva terorismului, având denumirea "Drumul spre o Curte Internațională contra Terorismului. Idei provocări"².

Unul dintre argumentele aduse în sprijinul creării unei astfel de instanțe internaționale a fost existența unei lacune în efortul internațional de luptă împotriva terorismului și necesitatea articulării unor mecanisme juridice internaționale adecvate pentru combaterea terorismului.

Trebuie precizat că inițiativa creării unei Curți Internaționale împotriva Terorismului a aparținut României, fiind lansată la 9 februarie 2015 de către Ministrul Afacerilor Externe al României, în cadrul Consiliului Afaceri Externe al Uniunii Europene. Ulterior s-a alăturat României Spania și apoi Olanda. În prezent, se vorbește despre inițiativa comună româno-spaniolă de înființare a unei Curții Internaționale împotriva Terorismului.

2. Principalele elemente ale propunerii române cu privire la înființarea unei Curți Internaționale împotriva Terorismului

A fost redactat un proiect de concept cu privire la principalele caracteristici ale unei viitoare Curți Internaționale împotriva Terorismului,

² <http://www.asser.nl/about-the-institute/news/combating-terrorism-with-the-tools-of-law-process-of-reflection-on-an-international-court-against-terrorism/> (accesat la 01 iunie 2016).

de c tre experți din România și Spania, cu sprijin din partea Olandei. Din prezentarea propunerii lansate spre dezbateri și consultări, Curtea Internațională împotriva Terorismului urmează să judece orice act de terorism comis după crearea sa (potrivit principiului neretroactivității), asigurându-se astfel acordarea de asistență statelor cu un sistem juridic slab și în același timp oferind un mijloc puternic de descurajare a actelor teroriste³.

Curtea urmează să aibă jurisdicție complementară atât instanțelor naționale cât și Curții Penale Internaționale, urmând să își exercite competența doar în situația în care instanțele naționale nu vor dori sau nu vor avea capacitatea de a urmări și judeca o persoană acuzată de comiterea de acte de terorism. Din informațiile disponibile pe adresa oficială a Ministerului Afacerilor de Externe al României⁴, principiul complementarității urmărește două obiective. Pe de o parte, se urmărește consolidarea capacității statelor și descurajarea acestora de a proteja teroriștii și pe de altă parte, se urmărește ca instanța să își concentreze acțiunea către acele state care nu vor sau nu pot să reprime actele de terorism, din cauza situației interne de la un anumit moment.

2.1. Compunerea Curții

Conform propunerii, Curtea Internațională împotriva Terorismului ar urma să fie foarte asemănătoare cu instanțele internaționale penale deja existente și să fie formată dintr-un număr de 11-15 judecatori, aleși dintre persoane cu o înaltă moralitate, integritate și imparțialitate, cu competențe recunoscute în domeniul dreptului internațional sau internațional penal, cu aplicarea principiilor reprezentării geografice echitabile a tuturor sistemelor juridice ale lumii și a egalității de gen.⁵

Similar instanțelor penale internaționale, mecanismul procedural al Curții va fi definit în funcție de principiile generale derivate din dreptul intern al statelor și va presupune mai multe grade de jurisdicție care să permită atacarea hotărârilor, precum și un Birou al Procurorului.

³ B. Aurescu, *Does the world need an international court against terrorism*, 29 noiembrie 2015, text disponibil la adresa: <https://www.weforum.org/agenda/2015/11/does-the-world-need-an-international-court-against-terrorism/> (accesat la 03 iunie 2016).

⁴ <http://www.mae.ro/node/34523> (accesat la 01 iunie 2016).

⁵ <http://www.mae.ro/node/34523> (accesat la 01 iunie 2016).

Spre deosebire de structura actuală a instanțelor penale internaționale, se propune ca aceasta să aibă un element nou, constând în crearea unei „forțe multinaționale de poliție și securitate”, care să funcționeze în cadrul Biroului Procurorului, cu atribuții de a interveni în acele situații în care un stat nu ar dori sau ar fi în imposibilitate să coopereze în derularea anchetei și în procesul de adunare a probelor la nivel transnațional.

2.2. Modalitatea de înființare a Curții

În privința modului de creare a acestei instanțe, sunt avute în vedere două posibilități: crearea Curții printr-un tratat internațional, negociat în cadrul unei conferințe internaționale în cadrul Organizației Națiunilor Unite și a doua, crearea sa printr-o rezoluție a Consiliului de Securitate al ONU.

Propunerea arată avantajele înființării unei astfel de instanțe internaționale prin rezoluție a Consiliului de Securitate al ONU, în temeiul dispozițiilor Capitolului VII al Cartei ONU⁶, constând în stabilirea caracterului universal al jurisdicției și rapiditatea acțiunii, având ca exemple instanțe penale internaționale create în acest mod și care funcționează încă (Tribunalul Penal pentru fosta Iugoslavie⁷, Tribunalul Penal pentru Rwanda⁸

⁶ Capitolul VII din Carta ONU are denumirea „Acțiunea în caz de amenințări împotriva păcii, de încălcare a păcii și de acte de agresiune” și reglementează atribuțiile Consiliului de Securitate al ONU în materia meninutării păcii și securității internaționale, în cazuri de amenințări a păcii și comiterea actelor de agresiune, când poate fi autorizat folosirea forței armate. România a devenit membru al ONU la 14 decembrie 1955, prin Rezoluția Adunării Generale a ONU A/RES/995 (X).

⁷ Tribunalul Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie a fost înființat prin Rezoluția 827 a Consiliului de Securitate, adoptată la 25 mai 1993, pentru a judeca persoanele presupuse responsabile de crime de război comise la începutul anilor '90 pe teritoriul fostei Iugoslavii. Sediul Tribunalului a fost stabilit la Haga. Informații detaliate despre organizarea, competența și cauzele soluționate sunt disponibile la adresa: <http://www.icty.org/> (accesat la 11 iunie 2016).

⁸ Tribunalul Penal pentru Rwanda a fost înființat prin Rezoluția 955 a Consiliului de Securitate al ONU, adoptată la 8 noiembrie 1994, amendată prin Rezoluția 1165 din 30 aprilie 1998, Rezoluția 1329 din 30 noiembrie 2000, Rezoluția 1411 din 17 mai 2002 și Rezoluția 1431 din 14 august 2002, în scopul judecării persoanelor vinovate de actele de genocid din Rwanda și alte încălcări grave ale dreptului internațional în Rwanda sau de către persoane din statele vecine, în perioada 1 ianuarie-31 decembrie 1994. Sediul Tribunalului a fost la Arusha (Tanzania). Activitatea sa a încetat la 31 decembrie 2015. Informații detaliate despre

i Tribunalul Special pentru Liban⁹). Se poate proceda de această manieră doar prin calificarea terorismului ca amenințare la adresa păcii și securității internaționale.

Spre deosebire de această modalitate, în opinia noastră, adoptarea unui tratat internațional în cadrul ONU ar presupune o procedură care poate avea o durată îndelungată, până la convenirea asupra conținutului clauzelor sale, urmată apoi de etapa de exprimare a consimțământului statelor de a fi legate de asemenea dispoziții și intrarea în vigoare a acestuia și înființarea efectivă a instanței. De altfel, redactorii propunerii menționează că o astfel de modalitate prezintă riscul devierii discuțiilor și nefinalizarea negocierilor.

2.3. Raportul dintre Curtea Internațională împotriva terorismului și Curtea Penală Internațională

În ceea ce privește raportul dintre această instanță și Curtea Penală Internațională¹⁰, redactorii propunerii pun accentul pe principiul subsidiarității, în sensul că pentru faptele care pot fi calificate crime împotriva umanității, competența prioritară va aparține Curții Penale Internaționale. În acest scop, se are în vedere inserarea unei dispoziții în actul constitutiv al Curții împotriva Terorismului care să prevadă excluderea competenței acesteia în situația în care Curtea Penală Internațională exercită urmărirea penală a unei anumite fapte sau aceasta este în faza de judecată.

Consacrarea expresă a priorității Curții Penale Internaționale este susținută de redactorii propunerii prin mai multe argumente: încercările euate de a extinde competența Curții Penale Internaționale a infracțiunii de

organizate, cauzele soluționate, sunt disponibile la adresa: <http://unictr.unmict.org/> (accesat la 11 iunie 2016).

⁹ Tribunalul Special pentru Liban este cea mai recentă instanță penală internațională. A fost inaugurat la 1 martie 2009, cu sediul la Haga, urmare a acordului între ONU și Guvernul libanez, semnat la 23 ianuarie 2007. Această instanță este independentă și are competența de a judeca persoanele acuzate de atentatul din 14 februarie 2005, care a cauzat 22 de morți (printre care fostul prim-ministru Rafik Hariri) și rănirea mai multor persoane. Detalii cu privire la competența, organizarea, procesele pe rol și hotărârile pronunțate, sunt disponibile la adresa: <http://www.stl-tsl.org> (accesat la 11 iunie 2016).

¹⁰ Statutul de la Roma cu privire la Curtea Penală Internațională a fost semnat 17 iulie 1998 și a intrat în vigoare la 1 iulie 2002. În prezent, are 123 de părți. România a semnat Statutul la 7 iulie 1999, l-a ratificat prin Legea nr. 111/2002 din 11 martie 2002, publicată în M. Of. nr. 211 din 28 martie 2002 și a depus instrumentul de ratificare la 11 aprilie 2002. Sediul Curții Penale Internaționale este la Haga.

terorism, atât de la momentul negocierii Statutului acesteia, cât și anul 2009; necesitatea consolidării competenței acesteia în privința celor mai grave infracțiuni internaționale (genocid, crime împotriva umanității și crime de război, definite conform Statutului său); speranța că state care nu au devenit părți la Statutul Curții Penale Internaționale (cum sunt Statele Unite ale Americii) vor avea o abordare diferită în privința acestui mijloc de combatere a terorismului. Având în vedere toate aceste aspecte, se consideră că este necesară o abordare nouă în lupta de combatere a terorismului, iar argumentele enumerate sunt de natură să confere legitimitate acestui demers.

3. Dificultăți în procesul de creare a Curții împotriva Terorismului

3.1. Inexistența unei definiții general acceptate a terorismului

Principala dificultate în crearea Curții, astfel cum afirmă și redactorii propunerii, este legată de lipsa unei definiții generale unitare a terorismului, în dreptul internațional public. Până în prezent, în materie de terorism, la nivelul Organizației Națiunilor Unite au fost adoptate mai multe tratate internaționale speciale¹¹, ce reglementează diferite aspecte ale faptelor de terorism - încheiate la nivel universal: *Convenția pentru prevenirea și reprimarea infracțiunilor împotriva persoanelor care se bucură de protecție internațională, inclusiv agenților diplomatici* (1973), *Convenția internațională împotriva luării de ostatici* (1979), *Convenția internațională pentru reprimarea atentatelor teroriste* (1997), *Convenția internațională pentru reprimarea finanțării terorismului* (1999), *Convenția cu privire la infracțiuni și alte acte comise la bordul aeronavelor* (1963), *Convenția pentru reprimarea capturii ilicite a aeronavelor* (1970), *Convenția pentru reprimarea actelor ilicite împotriva siguranței aviației civile* (1971), *Convenția privind protecția fizică a materialelor nucleare* (1980), *Protocolul privind reprimarea actelor ilicite de violență în aeroporturile care deservește aviația civilă internațională, adițional la Convenția pentru reprimarea actelor ilicite împotriva siguranței aviației civile* (1988), *Convenția pentru reprimarea actelor ilicite împotriva siguranței navigației maritime* (1988), *Protocolul pentru reprimarea actelor ilicite împotriva*

¹¹ Textul integral al acestor tratate internaționale, precum și informații detaliate cu privire la statele părți sunt disponibile la adresa: https://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2_en.xml (accesat la 01 iunie 2016).

siguranței platformelor fixe situate pe platoul continental (1988), *Convenția privind marcarea explozivilor plastici în scopul detectării* (1991) - și la nivel regional: *Convenția Organizației Statelor Americane privind prevenirea și pedepsirea actelor de terorism luând forma infracțiunilor împotriva persoanelor și de extorcare conexe, care sunt de importanță internațională* (1971), *Convenția europeană pentru reprimarea terorismului* (1977), *Convenția regională a Asociației Asiei de Sud-Est pentru Cooperare Regională privind reprimarea terorismului* (1987), *Convenția arabă privind reprimarea terorismului* (1998), *Convenția Organizației Conferinței Islamice privind combaterea terorismului internațional* (1999), *Convenția Organizației Națiunilor Africane privind prevenirea și combaterea terorismului* (1999), *Tratatul privind cooperarea dintre statele membre ale Comunității Statelor Independente în combaterea terorismului* (1999).

Una dintre principalele probleme cu care se va confrunta o instanță internațională specializată în judecarea actelor de terorism va fi stabilirea competenței *rationae materiae*, respectiv, stabilirea elementelor constitutive ale actelor de terorism pe care să le judece, în condițiile în care în prezent nu există o definiție generală și universal acceptată a terorismului în dreptul internațional, ceea ce pune problema respectării principiului *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*¹².

Încercări de a defini infracțiunea de terorism au existat încă din timpul Ligii Națiunilor, urmare a refuzului instanței supreme italiene de a extrăda persoanele suspecte de asasinarea Regelui Alexandru I al Iugoslaviei în timp ce se afla în Franța¹³.

Propunerea româno-spaniolă menționează această dificultate, iar pentru depășirea impasului se are în vedere alegerea unui numitor comun în abordarea definirii actelor de terorism, având ca punct de pornire enumerarea actelor care constituie terorism în convențiile sectoriale existente în această materie la nivelul ONU și stabilirea următoarelor elemente constitutive ale actelor de terorism: intenția actului comis de a răspândi teama sau de a constrânge autoritățile, gravitatea actului și caracterul transnațional al acestuia. Definirea clară, previzibilă și completă a fiecăruia dintre elementele

¹² B. van Ginkel, *How to Repair the Legitimacy Deficit in the War on Terror: a Special Court for Dealing with International Terrorism?*, în *Challenges in a changing world*, ed. de J. Zwaan, E. Bakker, S. van der Meer, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009 p. 150.

¹³ <http://www.mae.ro/node/34523> (accesat la 01 iunie 2016).

constitutive va prezenta dificultăți, în mod particular intenția de a cauza teroare și a constrânge o autoritate (*dolus specialis*), cât și elementul transnațional.

Contextul inexistenței unei definiții universale din cauza lipsei de voință a statelor în a ajunge la un consens în această privință și proliferarea actelor de terorism, în ciuda măsurilor de combatere luate la nivel individual de către state și la nivel internațional în cadrul organizațiilor internaționale, conturează perspectivele dificile ale aplicării viitoare în practică a elementelor definiției ce ar fi cuprins în textul actului constitutiv al Curții. Cu alte cuvinte, redactarea și adoptarea unei definiții care să fundamenteze activitatea acestei viitoare instanțe reprezintă doar una dintre dificultăți, care o dată depășită, va fi înlocuită de o altă, ce se poate dovedi decisiv în privința funcționării eficiente a instanței.

În privința definirii actelor care vor intra în competența Curții, din punct de vedere tehnic apare întrebarea dacă noțiunea trebuie precizată în actul constitutiv reprezentat de un tratat internațional, în rezoluția Consiliului de Securitate sau ar fi mai adecvată abordarea de tip hibrid, ce presupune definirea actelor de terorism potrivit legislației naționale a unui stat (a statului pe teritoriul căruia au fost comise actele), care prezintă riscul fragmentării interpretării asupra noțiunii¹⁴.

În opinia noastră, indiferent de modalitatea care ar fi aleasă pentru constituirea Curții și definirea actelor supuse competenței acesteia, o atenție deosebită va trebui acordată precizării comprehensive a elementelor definitorii acestora, proces de o complexitate deosebită, pentru a se crea premisele unei funcționări efective și eficiente a instanței, care va verifica îndeplinirea cerințelor stabilite pentru fiecare dintre elementele actelor următoare și judecate.

Potrivit unor opinii, se subliniază identitatea între această enumerare și definiția dată actelor de terorism de Tribunalul Special pentru Liban¹⁵, dată în Decizia interlocutorie din 26 februarie 2011 a Camerei de apel asupra

¹⁴ <http://www.mae.ro/node/34523> (accesat la 01 iunie 2016).

¹⁵ L. Pantaleo, O. Ribbelink, *The Establishment of a Special Court against Terrorism*, publicat la adresa: <http://www.ejiltalk.org/?s=international+court+on+terrorism> (accesat la 29 mai 2016).

dreptului aplicabil¹⁶, în care această instanță a încercat să lămurească mai multe noțiuni, printre care și pe cea de terorism.

Decizia plasează în dreptul internațional cutumiar infracțiunea de terorism, încercând să lămurească această noțiune aflată în dezbatere de mai mult de un secol¹⁷, însă a fost supusă mai multor analize critice, având în vedere amplitudinea posibilelor consecințe în viitor în planul dreptului internațional cât și în abordarea acestui concept la nivelul dreptului intern al statelor în urmărirea și sancționarea actelor de terorism¹⁸.

3.2. Delimitarea conceptuală de alte infracțiuni internaționale grave

O altă dificultate în definirea actelor care vor intra în competența Curții Internaționale împotriva Terorismului este dată de diferențierea actelor în funcție de comiterea lor în timp de pace sau în timp de război. Din această perspectivă, este necontestat faptul că actele de terorism comise în timp de război sunt guvernate de regulile conflictelor armate și, în funcție de particularități de modul de comitere se pot constitui în crime de război în cazul în care au loc violări grave ale regulilor dreptului internațional umanitar.

Dacă în această ipoteză calificarea actelor este cel puțin parțial clară, în privința regulilor aplicabile actelor comise în timp de pace există incertitudini subliniate de doctrină, incertitudini favorizate și de faptul că în ciuda numeroaselor convenții sectoriale adoptate la nivelul ONU în materie de terorism, acestea au aplicabilitate doar dacă actele comise într-un domeniu

¹⁶ Textul integral al Deciziei poate fi consultat la adresa: <http://www.stl-tsl.org/en/documents/relevant-law-and-case-law/stl-casebooks/2404-stl-casebooks-2011> (accesat la 11 iunie 2016).

¹⁷ M.P. Scharf, *Special Tribunal for Lebanon Issues Landmark Ruling on Definition of Terrorism and Modes of Participation*, Volume 15 Issue 1, 2011, disponibil la adresa: <https://www.asil.org/insights/volume/15/issue/6/special-tribunal-lebanon-issues-landmark-ruling-definition-terrorism-and> (accesat la 02 iunie 2016); S. Kirsch, A. Oehmichen, *Judges gone astray: The fabrication of terrorism as an international crime by the Special Tribunal for Lebanon*, în *Durham Law Review Online*, 2009, Volume 1, pp. disponibil integral la adresa: https://www.academia.edu/11365795/Judges_gone_astray_The_fabrication_of_terrorism_as_an_international_crime_by_the_Special_Tribunal_for_Lebanon (accesat la 29 mai 2016).

¹⁸ L. Pantaleo, O. Ribbelink, *op. cit.*.

de aplicare al unei astfel de convenții¹⁹ (luarea de ostatici a persoanelor care fac parte din personalul diplomatic).

Propunerea româno-spaniolă nu face precizări în această privință, ceea ce poate conduce la concluzia că se are în vedere crearea unei instanțe specializate care să aibă în competența sa atât actele de terorism comise în timp de pace, cât și cele comise în timp de război.

Pe de altă parte, dacă în competența Curții împotriva Terorismului vor intra acte comise în timp de conflict armat, apare problema intens dezbătută și care nu are deocamdat o soluție la nivel internațional, a calificării juridice a actelor comise de forțele armate ale unui stat angajat în conflict, care pot constitui acte de terorism, aspect care a împiedicat adoptarea unei convenții generale asupra terorismului.

În considerarea atributelor sale, statul poate exercita în timp de conflict armat, prin forțele sale militare, acte care să se circumscrie principiului suveranității și pentru care statul nu poate fi tras la răspundere pe plan internațional. Totodată, statul ca subiect de drept internațional, nu poate fi subiect activ al unei infracțiuni internaționale, deci, Curtea împotriva Terorismului nu va putea urmări și judeca decât persoane fizice.

Într-o opinie, trecerea în competența Curții împotriva Terorismului doar a actelor comise în timp de pace ar putea genera situații în care anumite acte să fie excluse din jurisdicția sa, în cazul în care au fost comise acte ce pot fi calificate ca terorism dar statul-victimă s-a angajat ulterior în operațiuni militare pe teritoriul unor state străine unde au fost localizați membri ai unor grupuri teroriste, ca răspuns la atacuri, generând astfel o stare de conflict armat internațional, supus regulilor conflictelor armate²⁰. Este dat exemplul Statelor Unite ale Americii care exercită activități armate în Orientul Mijlociu împotriva organizațiilor teroriste DAESH (Stat Islamic/ISIL) și Al Qaida.

S-ar ajunge astfel la consecințe paradoxale în privința punerii în aplicare a regulilor în materie de terorism și a eficienței instituirii unui mecanism special de combatere a actelor de terorism.

Propunerea nu conține referiri la organizațiile teroriste și dacă acestora ar trebui să li se aplice un anumit regim juridic.

¹⁹ L. Pantaleo, O. Ribbelink, *op. cit.*.

²⁰ *Ibidem.*

3.3. Identificarea modalității adecvate de înființare a Curții

În ceea ce privește modalitatea concretă de înființare a Curții - adoptarea unei rezoluții a Consiliului de Securitate prezintă avantajul tehnic de a avea caracter obligatoriu pentru toți membrii ONU, în timp ce încheierea unui tratat internațional ar produce efecte juridice doar față de statele părți, potrivit principiului relativității efectelor tratatelor internaționale, consacrat de art. din Convenția de la Viena din 1969 cu privire la dreptul tratatelor.

Crearea prin rezoluție a Consiliului de Securitate, în ciuda folosirii anterioare a acestei modalități, ar putea ridica semne de întrebare cu privire la legitimitatea unui astfel de demers. Însă, această variantă nu trebuie neglijată, cu atât mai mult cu cât Consiliul de Securitate al ONU, prin *Rezoluția nr. 2178 (2014)* a afirmat că terorismul, în toate formele sale de manifestare constituie una dintre cele mai grave amenințări la adresa păcii și securității internaționale și a subliniat că actele de terorism sunt infracțiuni și sunt nejustificate, indiferent de motivația lor și de calitatea persoanelor care le comite.²¹

Rezoluția pune în vedere statelor membre să ia în legislația lor internă măsuri de suprimare, combatere, urmărirea și incriminare a faptelor constând în recrutarea, organizarea, transportul și echiparea persoanelor care comit astfel de acte de terorism. De remarcat în mod deosebit este referirea acestei rezoluții și stabilirea domeniului ei de aplicare la o nouă categorie juridică - luptători teroriști străini (*foreign terrorist fighters*). Mai mult, unele dintre dispozițiile sale au ca destinatari această categorie de persoane, prin cererea adresată luptătorilor teroriști străini de a se dezarma și de a înceta orice act terorist și participarea la conflict (în paragraful 1, teza a II-a), punându-se problema creării de obligații internaționale pentru indivizi.²²

Acest demers al Consiliului de Securitate se înscrie într-o listă apreciabilă de acte adoptate care condamnă actele de terorism în diferite

²¹ Rezoluția Consiliului de Securitate al ONU nr. 2178 (2014), adoptată la 24 septembrie 2014, disponibilă la: http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/SCR%202178_2014_EN.pdf (accesat la 04 iunie 2016).

²² A. Peters, *Security Council Resolution 2178 (2014): The "Foreign Terrorist Fighter" as an International Legal Person*, Part I, publicat la 20 noiembrie 2014, disponibilă la adresa: <http://www.ejiltalk.org/security-council-resolution-2178-2014-the-foreign-terrorist-fighter-as-an-international-legal-person-part-i/> (accesat la 04 iunie 2016).

forme, încă din 1985, ceea ce poate constitui un aspect deosebit de important în definirea elementului *opinio juris* al unei reguli cutumiare în privința calificării terorismului și a definirii sale²³.

3. Concluzii

Adoptarea unei definiții universal acceptate a terorismului constituie unul dintre cele mai dezbătute și controversate demersuri în dreptul internațional public. În ciuda lipsei unei astfel de definiții, preocuparea statelor a fost constantă în a considera diferite aspecte ale actelor de terorism ca acte indezirabile și condamnabile, ceea ce s-a reflectat în textele tratatelor specializate la nivelul ONU și la nivel regional. Cifra este una considerabilă și reflectă pe deplin dorința statelor de a reglementa faptele de terorism, neajungerea la un consens cu privire la o definiție generală constituind impasul temporar al uniformizării voinței statale la nivel internațional.

Lipsa unei astfel de definiții nu poate fi văzută ca un impediment în a defini în actul constitutiv al unei viitoare instanțe specializate în materie de terorism, elementele constitutive ale actelor care vor intra în competența sa, pornind de la aspectele reglementate de convențiile speciale.

Propunerea de înființare a unei astfel de instanțe relevă dificultățile pe care o astfel de inițiativă trebuie să le depășească, însă în contextul proliferării actelor de terorism și a imposibilității autorităților statelor de a preveni comiterea acestora, existența unei instanțe specializate, create cu sprijinul statelor la nivel internațional, trebuie nu doar salutat, ci și sprijinit.

Punerea în aplicare a acestei idei va fi fără îndoială un proces dificil, însă dacă acesta va reuși, noua instanță trebuie apreciată ca manifestarea voinței pe plan internațional de adaptare la noile provocări în găsirea de soluții adecvate pentru combaterea unui fenomen atât de grav cum sunt actele teroriste.

²³ A. Peters, *op. cit.*

ASPECTE JURISPRUDENȚIALE DE DREPT COMPARAT
PRIVIND LIMITELE DE MANIFESTARE A LIBERTĂȚII
RELIGIOASE

JURISPRUDENTIAL ASPECTS OF COMPARATIVE LAW ON THE
LIMITS OF MANIFESTATION OF RELIGIOUS FREEDOM

ANDRA IFTIMIEI¹

Rezumat: Prezentul articol propune identificarea poziției judecatorului penal raportat la mijloacele diferite de manifestare a libertății religioase, cu precădere avem în vedere situații care țin de manifestările adepților religiei islamiste. Partea a doua a prezentului articol concentrează deciziile instanțelor constituționale din diferite state, în scopul reflectării unor aspecte diferite de cele penale ale libertății religioase. Cu atât mai mult cu cât prevederile constituționale și cele penale sunt în strânsă legătură, iar prezentarea celor două puncte de vedere reflectă logica îmbinării celor două ramuri de drept. Prezentarea și analiza unor aspecte care țin de jurisprudență, pe componenta dreptului comparat, reliefează numeroasele probleme pe care le ridică necesitatea respectării libertății religioase. Aspectele evidențiate de jurisprudență au rolul de a întregi expunerile doctrinare, deoarece semnalizează existența unor situații care nu au fost identificate ca fiind posibile de teoreticieni.

Cuvinte-cheie: libertate religioasă, v. l. islamic, drept penal, interpretare constituțională, drept comparat, jurisprudență.

Abstract: This article proposes to identify what is the position of criminal judge in different states relative to different means of expression of religious freedom, especially we consider situations related to Islamic religion followers events, but not exclusively. Part two of this article focuses constitutional court decisions in different countries in order to reflect different aspects of the prosecution of religious freedom. With more so as the Constitution and the criminal are closely related, and presentation of the two views reflects the logic of combining the two branches of law. Presentation and analysis of issues in the law on comparative law component, highlights the many issues raised by the need to respect religious freedom. The

¹Asistent univ. dr., Universitatea "Alexandru Ioan Cuza" din Iași, Facultatea de Drept, andra.iftimiei@uaic.ro

issues raised by the case law designed to complete doctrinal exposures as indicating the existence of situations that haven't been identified as possible until now.

Keywords: religious freedom, islamic veil, criminal law, constitutional judgement, comparative law, jurisprudence.

1. Introducere

La nivel european și internațional, raportul dintre dreptul penal și drepturile omului a cunoscut schimbări majore. Dacă inițial măsurile specifice dreptului penal aveau un caracter subsidiar (*ultima ratio*), astăzi dreptul penal depășește granița unui drept de excepție care se aplică în cazurile grave și foarte grave și se transformă în normalitate². Argumentul care stă la baza acestei transformări este necesitatea. A adică, cât de necesar este intruziunea dreptului penal în sfera garanțiilor constituționale ca efect al invocării siguranței și securității?

Religia joacă un rol important în organizarea societății, chiar și în statele care se caracterizează printr-o atitudine generalizată de areligiozitate sau chiar de ateism. Spre exemplu, în Germania statisticile demonstrează că există un număr foarte mare de persoane declarate atei, la bază fiind nu lipsa credinței, ci impozitele care trebuie plătite bisericii, considerate foarte mari.

Îmbinând cele două aspecte, ne propunem să identificăm în diferite state care este poziția judecătorului penal raportat la mijloacele diferite de manifestare a libertății religioase, cu precizie avem în vedere situații care țin de manifestările adeptilor religiei islamiste. Judecătorul penal se găsește în postura în care trebuie să se poziționeze de o parte sau de cealaltă a conflictului de valori: el trebuie să privilegieze legea pozitivă sau legea religioasă?³

Partea a doua a prezentului articol concentrează deciziile ale instanțelor constituționale din diferite state, în scopul reflectării unor aspecte diferite de cele penale ale libertății religioase. Cu atât mai mult cu cât prevederile constituționale și cele penale sunt în strâns legătură, iar prezentarea celor două puncte de vedere reflectă logica îmbinării celor două ramuri de drept.

² A se vedea Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. van Drooghenbroeck, *Les droits de l'homme: bouclier ou épée du droit pénal?*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 15.

³ J. Pradel, „*L'appréhension du fait religieux par le juge pénal*”, articol consultat pe site-ul http://www.ius.bg.ac.rs/crimenjournal/articles/Crimen_001-2010/Crimen%20001-010%20-%20%20Pradel.pdf, la data de 16.02.2016.

2. Aspecte de drept penal comparat

Una dintre finalitățile dreptului comparat presupune identificarea lacunelor din legislația națională și propunerea unor proiecte pentru îmbunătățirea legislației din diferitele ramuri ale dreptului. Un aspect care nu a ridicat probleme până în acest moment în legislația penală română este cel privitor la manifestările ale libertății religioase în procesul penal. Spre exemplu, în state unde religia islamică este prezentă într-o proporție mare, care s-au confruntat cu fenomenul criminalității, s-a ridicat problema murturiei sub vîlul islamic. În acest sens, ne propunem să prezentăm și să analizăm modalitatea în care judecătorii sesizați în cauză au conciliat normele procesuale penale cu manifestarea extremă a libertății religioase⁴.

2.1. Canada

Decizia Curții supreme a Canadei *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726 din 20.12.2012⁵. Situația de fapt poate fi rezumată astfel. M---d S. și M---l S sunt acuzați de agresiune sexuală față de N.S. Acuzații sunt vîrșii și unchiul p_rții vît mate. În faza de urmărire, N.S. a fost nevoită să depună murturie. N.S., care este musulman, a solicitat depunerea murturiei purtând vîlul specific numit niqab⁶, context în care cei doi acuzați au solicitat judecătorului o ordonanță prin care N.S. să fie obligată să își înlătune niqab-ul în vederea realizării depoziției.

Judecătorul a solicitat p_rții vît mate să își motiveze dorința de a purta vîlul în timpul murturiei. N. S. a afirmat că este obligată de convingerea sa religioasă să poarte un niqab în public, astfel încât alți b_rbați (cu excepția anumitor membri ai familiei restrânse) să nu o poată vedea. Ea a permis ridicarea vîlului pentru poza din permisul de conducere, care a fost

⁴ Problema concilierii dintre normele penale și aspectele de ordin religios este una foarte complexă și vastă, aici fiind prezentat doar un mic segment al acesteia. Pentru detalii privind aspecte sensibile ale problematicei, a se vedea A. E. Franț, *Abortion and theology-an impossible conciliation?*, Journal of Public Administration, Finance and Law (JOPAF), Issue 6/2014, pp. 269-279.

⁵ Consultat pe site-ul <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/12779/index.do>, la data de 16.02.2016.

⁶ Există câteva categorii de vîluri: hijab – care presupune ca fața să fie descoperită, se arfă acoperind doar p_rul, urechile și gâtul; niqab – care presupune că doar ochii pot fi l_sați la vedere, acoperind gura și nasul; burqa – vîl care acoperă fața integral, având doar o vizieră din material transparent pentru ochi.

realizat de o femeie, i c î i va ridica niqab-ul i în caz de nevoie pentru un control de securitate la punctele de trecere a frontierei.

Judec torul a concluzionat c N.S. nu a demonstrat o convingere religioas „foarte puternic ”, astfel c a dispus înl turarea acestuia. N.S. s-a opus i s-a adresat instanței superioare, solicitând anularea ordonanței judec torului care a condus ancheta preliminar i permiterea portului de niqab în timpul depunerii m rturiei.

Judec torul de la Curtea suprem de justiție a concluzionat c N.S. trebuia s poat depune m rturie chiar dac purta niqab-ul, dac invoc motive religioase sincere, dar c judec torul din faza preliminar ar fi putut înl tura proba dac estima c portul v lului ar fi împiedicat un veritabil contra-interogatoriu.

Un alt judec tor a apreciat c problema care se ridic în momentul în care o instanț de judecat este sesizat cu posibilitatea de a depune m rturie purtând un niqab este aceea de a determina dac aceast solicitare rezult dintr-o credinț religioas sincer i dac aceasta aduce atingere dreptului acuzatului la un proces echitabil. Dac este imposibil concilierea între drepturile martorului i cele ale acuzatului prin adaptarea procedurilor judiciare astfel încât s fie respectate practicile religioase, dreptul acuzatului la un proces echitabil poate presupune ca persoana chemat s depun m rturie s fie ținut în a- i descoperi fața. Trebuie determinat dac se pune problema credibilit ții martorului, în ce m sur portul niqab-ului influențeaz aprecierea comportamentului, dac este un proces care se desf oar în fața juraților sau doar în fața judec torilor, natura m rturiei, natura mijloacelor de ap rare invocate, precum i alte valori constituționale i interese ale societ ții.

Mai mult decât atât, se apreciaz c efectele prejudiciabile ale unei astfel de obligații impuse faț de martor ar consta în posibilitatea ca martorul s nu mai depun m rturie, sau dac este acuzat persoana ar renunța la propria ap rare, aspecte care sunt mult mai importante decât cele ce vizeaz imposibilitatea de a vedea întregul chip al celui în cauz . Altfel spus, trebuie întrebat dac atingerea adus drepturilor acuzatului la un proces echitabil este mai grav decât atingerea adus drepturilor religioase ale martorului.

2.2. Spania⁷

În septembrie 2009, o femeie care avea calitatea de martor într-un proces de terorism a fost dat afară din sală de judecată pentru că a refuzat să își ridice burqa. Judecătorul i-a amintit acesteia că este necesar să fie vizuată fața martorilor și o soluție de compromis a fost identificată: femeia a acceptat să depună măștură, ridicând doar o parte a vâului care îi acoperea fața și doar în fața judecătorului, cu spatele către sala de judecată.

2.3. Marea Britanie

În Marea Britanie problema ridicată de limitele exercitării libertății religioase în curțile și tribunale a condus chiar până la redactarea, în 2007, de către *Judicial Studies Board*⁸, a unui cod de norme practice cu privire la portul vâului integral în curțile și în tribunale⁹. Acest document, care nu se pronunță într-un sens sau într-altul, trece în revist diferitele persoane susceptibile să poarte burqa în relația cu justiția: martori, persoane acuzate, victime sau jurați, iar cazul judecătorilor este evocat în egală măsură. Pentru a solicita îndepărtarea vâului care acoperă chipul, este necesară la aprecierea magistraților „dacă faptul de a putea observa expresiile faciale prezintă relevanță pentru elaborarea hotărârii” și „dacă vâul constituie un real obstacol în exercitarea misiunii judiciare”. Solicitarea trebuie să fie însoțită întotdeauna de explicații. Documentul sugerează, de exemplu, că este întemeiată solicitarea față de un martor sau față de acuzat de a-și îndepărta vâul, explicându-i-se că dacă jurații sau judecătorul nu pot aprecia atitudinea sau expresiile feței când acesta oferă răspunsuri îi pot aduce prejudicii.

⁷ Cazul a fost consultat la data 5.05.2016 pe site-ul: http://www.expatica.com/es/news/Spanish-judge-expels-witness-for-wearing-burka_165585.html.

⁸ Judicial States Board este un organism înscris în lege cu formarea inițială și continuă a magistraților.

⁹ Codul a fost revizuit în 2013, poartă denumirea *Guide to judicial conduct*, disponibil la https://www.judiciary.gov.uk/wpcontent/uploads/JCO/Documents/Guidance/judicial_conduct_2013.pdf, consultat la data 12.04.2016.

2.4. Franța¹⁰

a. O persoană cu fața mascată a fost interpellat de forțele de poliție în apropierea Palatului Elysée, unde era în compania altor persoane ce purtau măști, dar și în compania jurnaliștilor. După ce a fost condus la comisariatul de poliție, persoana în cauză a refuzat să își dezvăluie chipul. Cercetat pentru încălcarea dispozițiilor Legii din 11 octombrie 2010 care interzice acoperirea feței în spațiul public, suspectul, reprezentat de un avocat, a susținut că a acționat în limitele exercitării libertății religioase și că înțelege să conteste legea invocată, deoarece încalcă dreptul și mai concret art. 9 din Convenția europeană a drepturilor omului care garantează libertatea de gândire, de conștiință și religioasă.

Pentru a înlăunura această argumentare, raționamentul judecătoresc enunță că o manifestare politică în fața președinției Republicii, în compania persoanelor care poartă măști de carnaval, nu poate intra în exercitarea libertății religioase și că o astfel de manifestare, precum și refuzul descoperirii feței în incinta comisariatului de poliție aduc atingere ordinii publice. Chiar dacă jurisdicția de proximitate a ignorat motivația religioasă, judecata nu vizează cenzura articolului 9 din Convenția europeană a drepturilor omului, deoarece alineatul 2 al acestui articol prevede că această libertate poate face obiectul restrângerilor legale și constituie, într-o societate democratică, în măsură necesară securității publice, protecției ordinii, sănătății sau moralei, sau necesare protecției drepturilor și libertăților celorlalți; în această situație se integrează și legea care interzice acoperirea integrală a feței în spațiul public, deoarece se are în vedere protejarea ordinii și securității publice, prin instituirea obligativității pentru orice persoană de a-și arăta fața în public.

b. Prin decizia Curții de apel Douai nr. 08/01616¹¹ se are în vedere următoarea situație de fapt: o persoană este urmărită pentru acte de cruzime

¹⁰ Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 Mars 2013, decizia nr. N° 12-80.891, 790, consultat la data de 17.02.2016 pe site-ul http://www.lexisnexus.com.docelec.u-bordeaux.fr/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T23504111440&format=GPNBFULL&sort=BOOLEAN&startDocNo=26&resultsUrlKey=29_T23504111444&cisb=22_T23504111443&treeMax=true&treeWidth=0&csi=268081&docNo=36.

¹¹ Cour d'appel Douai Chambre correctionnelle 4 14 Janvier 2009 consultat pe site-ul http://www.lexisnexus.com.docelec.u-bordeaux.fr/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T23504111440&format=GPNBFULL&sort=BOOLEAN&startDocNo=51&resultsUrlKey=29_T23504111444&cisb=22_T23504111443&treeMax=true&treeWidth=0&csi=268081&docNo=56, la data de 17.02.2016.

împotriva animalelor domestice, deoarece a sacrificat capre, care au fost decapitate și castrate. Delictul presupune o voință de a crea o suferință animalului dincolo de simpla brutalitate și corespunde unei rătăcirii gratuite de natură să provoace suferințe inutile animalului. În speță, în ciuda gravității suferințelor provocate animalelor, acestea nu corespund voinței barbare de a le face să sufere. Faptele trebuie recalificate în contravenția ce constă în distrugerea voluntară a unui animal fără să fie necesar, prevăzută de art. R 655-1 din Codul penal.

Persoana urmărită invocă faptul că a acționat în cadrul unui cult religios. În fapt, contravenția nu poate fi justificată decât prin necesitate sau prin existența unei tradiții locale neîntrerupte. Distrugerea animalelor nu era necesară atât timp cât nu prezentau un caracter nociv. Cultul invocat nu constituie o tradiție justificativă, ci acesta se perpetuează doar în Guadalupe fără existența unui cadru juridic și doar pe calea toleranței. Pe de altă parte, legea penală este de interpretare strictă și nu vizează decât tradițiile locale neîntrerupte, constând în curse de tauri și bătăi între cocoși. Libertatea religioasă nu reprezintă o legitimare pentru sacrificiu deoarece acesta din urmă nu este o necesitate. Persoana urmărită nu poate invoca faptul că nu el este autorul actelor de sacrificare, atât timp cât el este cel care a furnizat animalele pentru ritual, fiind astfel la originea sacrificiului, după cum el era cel care le ținea. Astfel, el este un coautor și nu un complice.

Selecția cazurilor prezentate mai sus este importantă din perspectiva dreptului penal comparat pentru că reliefează modul în care judecătorii din diferite state au utilizat criterii similare în încercarea de a concilia exercitarea libertății religioase cu rigurozitatea normelor penale, și anume necesitatea și proporționalitatea. Cele două criterii, complementare, vizează în primul rând asigurarea unui grad ridicat de securitate¹², după cum facilitează soluționarea cauzelor penale fără a conduce la un blocaj în desfășurarea procesului penal. Interesant este poziția legiuitorului român, care nu prevede astfel de excepții. Suntem de părere că este necesară introducerea în legislația penală română a unei dispoziții care să acopere situații similare celor prezentate mai sus.

¹² D. C. Măț , *Securitatea națională ca temei al restrângerii exercitării drepturilor și libertăților fundamentale în legislația românească* , în „ ” : ”, , Universitatea din Cernăuți, 2012, pp. 74-81.

3. Aspecte de drept constituțional comparat

Libertatea religioasă s-a transformat și se transformă în continuare¹³, dintr-o simplă componentă a libertății de exprimare într-un corolar al protecției individului, prin raportare la obligațiile statului, dar și la obligațiile celorlalți semenii. Aspectele constituționale ale subiectului sunt numeroase și pot suscita discuții atât în plan moral, cât și sociologic, psihologic, respectiv juridic. Însă, pentru a contura o imagine adecvată cadrului cercetării ne propunem să evidențiem câteva decizii ale instanțelor constituționale, decizii remarcabile prin forța argumentării, respectiv prin modalitatea de receptare a acestora.

3.1. România

Textul constituțional român din art. 29 dispune că „libertatea credințelor religioase nu poate fi îngreunată în nici un fel”, iar „libertatea credințelor religioase nu poate fi îngreunată sub nici o formă”. În completare, a fost adoptată legea privind libertatea religioasă și regimul cultelor¹⁴, act apreciat ca fiind „reglementat într-o manieră mai apropiată de exigențele unui stat de drept”¹⁵.

În fața instanței constituționale române a fost invocat încălcarea libertății de conștiință, Curtea apreciind că libertatea conștiinței implică, inevitabil și libertatea de exprimare¹⁶, acesta fiind mijlocul posibil și necesar pentru exteriorizarea gândurilor, opiniilor ori a credințelor religioase.

Într-o decizie recentă¹⁷, Curtea constituțională constată că includerea disciplinei Religie ca disciplină corolară, parte a trunchiului comun, nu reprezintă *eo ipso* o problemă de natură a genera nerespectarea libertății conștiinței, cât vreme dispozițiile contestate nu generează obligații de natură a urma cursuri având ca obiect o anumită religie, contrar

¹³ Pentru detalii, a se vedea A. M. Gentimir, *Cultural, Religious and Linguistic Diversity as a Right Legitimised by European Union Normative and Jurisprudential Framework*, publicat în volumul colectiv *Globalization and intercultural dialogue: multidisciplinary perspectives*, Tîrgu Mureș : Arhipelag XXI, pp.157-165; <http://www.upm.ro/gidni/>.

¹⁴ Legea nr. 489 din 28 decembrie 2006, actualizată și republicată, privind libertatea religioasă și regimul general al cultelor.

¹⁵ M. Balan, *Drept constituțional și instituții politice, volumul I. Teoria generală a statului și a constituției. Constituția română în context european*, ed. Hamangiu, București, 2015, p. 394.

¹⁶ Decizia CCR nr. 485 din 6 mai 2008, publicată în M. Of. nr. 431 din 9 iulie 2008.

¹⁷ Decizia CCR nr. 669 din 12 noiembrie 2014, publicată în M. Of. nr. 59 din 23 ianuarie 2015.

convingerilor fiecăruia. Mai mult decât atât, potrivit Curții, manifestarea liberă a opțiunilor implică în mod necesar inițiativa proprie a persoanei în sensul frecvent rii disciplinei Religie, iar nu consimțirea tacită sau refuzul expres. Exprimarea unei opinii din perspectiva prevederilor constituționale referitoare la libertatea conștiinței și a religiei aplicabile în domeniul învățământului religios trebuie să aibă întotdeauna un sens pozitiv (persoana alege să studieze religia), iar nu un sens negativ (persoana alege să nu studieze religia), întrucât în cea de-a doua ipoteză persoana este prezumată ca manifestând deja opțiunea de a studia, fiind nevoită să acționeze ulterior pentru excluderea sa din grupul de studiu. Or, o atare reglementare nu reprezintă altceva decât o constrângere a persoanei în manifestarea unei opțiuni, ceea ce *de plano*, contravine libertății conștiinței consacrată de Constituție. Altfel spus, este neconstituțional ca un elev să fie înscris din oficiu pentru studierea acestei discipline și doar un refuz să conducă la posibilitatea nefrecvent rii cursurilor de religie. În respectarea prevederilor art. 29 din Constituție, este necesar ca elevul, împreună cu părinții să își manifeste liber și necondiționat dorința de a studia o astfel de materie, cu atât mai mult cu cât studiul religiei era condiționat de o notare a elevului.

3.2. Germania

Problemele incidente în materia respectării libertății religioase cunosc o dezvoltare mai amplă în jurisprudența instanței constituționale germane.

Legea fundamentală a Germaniei prevede în art. 4 c. „libertatea de credință și de conștiință, cât și libertatea de profesiune a unui crez religios sau filosofic sunt inviolabile. Practicarea liberă a religiei este garantată. Nicio persoană nu poate fi obligată, împotriva conștiinței sale, să efectueze serviciul militar care implică folosirea armelor. Detaliile se reglementează printr-o lege federală”¹⁸.

Una dintre deciziile tranșante din jurisprudența tribunalului constituțional german este cea privitoare la prezența crucifixului în fiecare sală de clasă¹⁹. O primă problemă ridicată de prezența crucifixului a fost evidențiată în cadrul procedurilor judiciare. Însă și constrângerea de a

¹⁸ Text disponibil la adresa <http://codex.just.ro/Tari/DE>.

¹⁹ BVerfGE 93, 1 în *Selecție de decizii ale Curții constituționale federale a Germaniei*, Fundația Konrad Adenauer, editura C. H. Beck, București, 2013, p. 206.

desf ura un litigiu sub semnul crucii a fost considerat de c tre Curtea Constituțional Federal drept o ingerinț în libertatea de credinț a unei p rți procesuale de origine evreiasc , aceea care, la rândul ei, a perceput această situație ca fiind o identificare a statului cu religia cre tin (cf. BVerfGE 35, 366 [375]). Îns , în această situație, prezența crucifixului în fiecare sal de clas i implicit obligarea fiec rui elev de a- i desf ura zilnic activitatea de înv țare sub acest însemn a fost considerat o dep ire a limitei trasate cu privire la orientarea religioas a colilor sau la orientarea acestora dup anumite concepții despre viaț i lume. A adar, instalarea crucii în colile de stat cu caracter obligatoriu este prin urmare incompatibil cu art. 4 alin. 1 GG, atât timp cât nu este vorba de coli confesionale cre tine²⁰.

3.3. Coreea

O component a libert ții religioase vizeaz posibilitatea neîngr dit a oric rei persoane de a participa la serviciile religioase. Curtea constituțional din Coreea s-a pronunțat asupra înc lcrii libert ții religioase a unui deținut aflat în stare de arest preventiv²¹. Situația de fapt este urm toarea: cel care a sesizat Curtea a fost acuzat de fraud i încarcerat la centrul de detenție Daegu, la data de 1 iunie 2009. Dup aceea a fost judecat i condamnat, locul de detenție fiind închisoarea Daegu, unde a fost transferat la data de 30 noiembrie 2009. La data de 25 mai 2011, reclamantul a fost eliberat ca urmare a execut rii timpului de pedeaps . Reclamantul a sesizat Curtea constituțional cu acest caz la data de 14 septembrie 2009, pretinzând c i-a fost înc lcat, de c tre directorul centrului de detenție Daegu, dreptul de a participa la serviciile religioase slujite în centrul de detenție, în perioada 1 iunie – 8 octombrie 2009. Între timp, pân în acel moment, eful centrului de detenție de la Daegu a interzis în mod uniform tuturor deținuților aflați în arest preventiv s participe la adun ri religioase, pe motiv c ace tia se întâlnesc cu un complice pentru a distruge probe sau pe motiv c locul de întâlnire pentru evenimentele religioase din cadrul centrului de detenție era prea mic.

²⁰ *Idem*, pp. 212-213.

²¹ Decizia 2009 Hun-Ma527, KCCR: 23-2(B) KCCR 840 consultat pe site-ul <http://english.court.go.kr/cckhome/eng/decisions/majordecisions/majorDetail.do> la data 7.06.2016.

Curtea constituțional coreean a decis că în această situație există o încălcare gravă a exercitării libertății religioase pentru următoarele considerente. Religia are o funcție pozitivă în susținerea stabilității mentale a deținuților și, prin urmare, deținuții arestați preventiv, care, fiind izolați dintr-o dată de societate, sunt mental instabili și descurajați, iar participarea la evenimente religioase ar contribui la securitatea centrului de detenție, precum și la prevenirea accidentelor, cum ar fi cazul sinuciderilor. Chiar dacă se susține că interesul public protejat prin interzicerea participării arestaților preventiv la serviciile religioase este mai mare decât dezavantajele constrângerii libertății religioase suferite de deținuți, totuși Curtea a decis că este încălcată grav libertatea religioasă a deținuților.

Concluzii

Prezentarea și analiza unor aspecte care țin de jurisprudență, pe componenta dreptului comparat, reliefează numeroasele probleme pe care le ridică necesitatea respectării libertății religioase. Aspectele evidențiate de jurisprudență au rolul de a întregi expunerile doctrinare, deoarece semnalizează existența unor situații care nu au fost identificate ca fiind posibile de teoreticieni. Spre exemplu, măsurile din cursul procesului penal sub un văl islamic poate genera conflicte care se conduc la imposibilitatea depunerii mărturiei, care la rândul ei poate să conducă la imposibilitatea soluționării cauzei. În egală măsură, nerespectarea libertății religioase prin înlăturarea dreptului de a participa la slujbele religioase reprezintă o gravă încălcare a acestei libertăți.

Diversitatea și multiculturalitatea spațiului european, dar și a spațiului internațional, vor genera pe viitor astfel de situații și în spațiul românesc, caz în care suntem de părere că rolul judecătorului penal, respectiv al judecătorului constituțional va fi unul decisiv în interpretarea legii, dar și în identificarea echilibrului dintre norma penală și norma constituțională.

Optica instanțelor constituționale asupra garantării libertății religioase este cu atât mai interesantă, privită fiind din perspectivă comparatistă, cu cât interpretarea oferită de judecătorul constituțional nu reprezintă decât un prim pas spre constituționalizarea dreptului²². Astfel,

²² Pentru detalii, a se vedea A. Iftimiei, *Constituționalizarea în dreptul penal român și francez*, ed. Universul Juridic, București, 2016.

aspectele semnalate în cuprinsul acestui articol conduc la o analiză a constituționalizării principiului constituțional al libertății religioase, în principal, în relație cu dreptul penal.