

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

**ȘTIINȚE JURIDICE**

TOM LXIII

Nr. I - 2017

EDITURA UNIVERSITĂȚII “ALEXANDRU IOAN CUZA”  
IAȘI

## **COLEGIUL DE REDACȚIE**

<b>Redactor-șef</b>	Profesor dr. Tudorel TOADER
<b>Director științific</b>	Profesor dr. Carmen Tamara UNGUREANU
<b>Consiliu editorial</b>	Conferențiar dr. Septimiu Vasile PANAINTE Conferențiar dr. Marius Nicolae BALAN Conferențiar dr. Ioana Maria COSTEA
<b>Dezvoltare pagină Web</b>	Ciprian ICHIM

ISSN-L 1221-8464

C U P R I N S

<b>VASILE SEPTIMIU PANAINTE</b> , Statutul liderilor de sindicat între protecția necesară și prezumția de abuz din partea angajatorului: art. 50 lit. e) din Codul Muncii .....	5
<b>CODRIN MACOVEI, MIRELA-CARMEN DOBRILĂ</b> , Caracterele juridice ale transmisiunii moștenirii .....	21
<b>DORIN CIMIL</b> , Valența juridică a clasificării contractelor civile .....	51
<b>MIRELA-CARMEN DOBRILĂ</b> , Liberalitățile reziduale în Noul Cod Civil – legatul rămășiței sau fideicomisul fără inalienabilitate .....	75
<b>ȘTEFAN-RĂZVAN TĂTARU</b> , Implicațiile fiscale determinate de utilizarea Incoterms 2010 în comerțul internațional .....	97
<b>MARIA IOANA MĂRCULESCU-MICHINICI</b> , Când nu există pluralitate intermediară de infracțiuni (II). Regimul sancționator – particularități ...	121
<b>VIOLETA MELNIC</b> , Perspectivele dreptului penal al Uniunii Europene .....	137
<b>MIHAI DUNEA, MARIA IOANA MĂRCULESCU-MICHINICI</b> , Unele propuneri de modificare a reglementării actuale în materie penală .....	155
<b>MONICA-MARCELA MICU-BACOS</b> , La glorification du terrorisme par l’incrimination au stade des actes préparatoires. L’équité dans l’approche de l’entreprise individuelle de terrorisme .....	195
<b>ANDA CRIȘU-CIOCÂNTĂ</b> , Protecția dreptului la viață în reglementarea Codului Penal .....	205
<b>ALEXANDRU POROF</b> , Considerații asupra răspunderii magistratului sub aspectul săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu .....	221
<b>IOANA MARIA COSTEA</b> , Delimitări între ilicitul fiscal și penal .....	229
<b>AUGUSTIN VASILE FĂRCAȘ</b> , Ideea garantării, promovării și protejării drepturilor omului prin racordarea legislației naționale la standardele internaționale .....	259
<b>CARMEN MOLDOVAN</b> , Considerații referitoare la apariția și evoluția dreptului internațional al mediului .....	273
<b>GABRIELA ALEXANDROIU</b> , Protection du droit à la liberté réalisée par l’incrimination du délit de traite d’êtres humains .....	287

TABLE OF CONTENTS

<b>VASILE SEPTIMIU PANAINTE</b> , Statute of union leaders between the necessary protection and the presumption of abuse from the employer: art. 50 lit. e) of the Labour Code .....	5
<b>CODRIN MACOVEI, MIRELA-CARMEN DOBRILĂ</b> , Legal characteristics of the transfer of property on death.....	21
<b>DORIN CIMIL</b> , Legal valence of civil contracts' classification .....	51
<b>MIRELA-CARMEN DOBRILĂ</b> , Residual liberalities in the New Civil Code- the legacy de residuo/ de eo quod residuo/ de eo quod supererit .....	75
<b>ȘTEFAN-RĂZVAN TĂTARU</b> , The impact of Incoterms 2010 on fiscal matters of international trade.....	97
<b>MARIA IOANA MĂRCULESCU-MICHINICI</b> , When does (not) exist an intermediate plurality of criminal offenses? (II) Particularities of the sanctioning regime .....	121
<b>VIOLETA MELNIC</b> , The prospects of the European Union criminal law .....	137
<b>MIHAI DUNEA, MARIA IOANA MĂRCULESCU-MICHINICI</b> , Some proposals to amend the current criminal Romanian legislation .....	155
<b>MONICA-MARCELA MICU-BACOȘ</b> , La glorification du terrorisme par l'incrimination au stade des actes préparatoires. L'équité dans l'approche de l'entreprise individuelle de terrorisme .....	195
<b>ANDA CRIȘU-CIOCÂNTĂ</b> , The protection of the right to live in the regulations of the Criminal Code .....	205
<b>ALEXANDRU POROF</b> , Considerations on the magistrate's liability in point of committing abuse of office .....	221
<b>IOANA MARIA COSTEA</b> , Delimiting between fiscal and penal illicit .....	229
<b>AUGUSTIN VASILE FĂRCAȘ</b> , The concept of guaranteeing, promoting and protecting human rights, by aligning national legislation with the international standards .....	259
<b>CARMEN MOLDOVAN</b> , On the emergence and development of international environmental law .....	273
<b>GABRIELA ALEXANDROIU</b> , Protection du droit à la liberté réalisé par l'incrimination du delit de traite d'êtres humains .....	287

**STATUTUL LIDERILOR DE SINDICAT ÎNTRE PROTECȚIA  
NECESARĂ ȘI PREZUMȚIA DE ABUZ DIN PARTEA  
ANGAJATORULUI: ART. 50 LIT. E) DIN CODUL MUNCII<sup>1\*</sup>**

**STATUTE OF UNION LEADERS BETWEEN THE  
NECESSARY PROTECTION AND THE PRESUMPTION OF ABUSE  
FROM THE EMPLOYER: ART. 50 LIT. E) OF THE LABOUR CODE**

VASILE SEPTIMIU PANAINTE<sup>2</sup>

**Rezumat:** Studiul constituie o analiză critică a soluției normative (prevăzute art. 50 lit. e) din Codul muncii) de suspendare de drept a contractelor de muncă pe durata îndeplinirii unei funcții de conducere salarizate în sindicat. Textul legal criticat are ca efect interdicția cumulului între contractul de muncă încheiat de liderul de sindicat cu angajatorul și cel încheiat cu sindicatul. Pe cale de consecință, sunt analizate, sub aspect practic, două ipoteze de lucru: liderul de sindicat este salarizat exclusiv de către angajator și, respectiv, liderul de sindicat este salarizat exclusiv de către sindicat.

Caracterul de drept al suspendării analizate este de natură să producă efecte diferite, benefice sau nu, în funcție de fiecare situație concretă analizată. Prin comparație, în cazul funcționarilor publici, radicalismul soluției suspendării de drept este sensibil atenuat. Soluția legislativă analizată este excesivă, rigidă și nepractică. De lege ferenda, îndeplinirea unei funcții de conducere în sindicat ar trebui să constituie un caz de suspendare din inițiativa salariatului.

**Cuvinte cheie:** lider de sindicat, suspendarea contractului de muncă, art. 50 lit. e) din Codul muncii.

**Abstract:** The study is a critical analysis of normative solution provided by art. 50 letter e) of the Labour Code: suspension *ope legis* of employment contract while holding a position of union leader, as long as the leader is paid by workers' union.

---

<sup>1</sup> Studiu prezentat în cadrul Conferinței naționale de drept al muncii – ediția a VI-a: „Soluții normative sau jurisprudențiale criticabile prin prisma specificului raporturilor juridice de muncă”, organizată de Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept, Sibiu, 28 octombrie 2016

<sup>2</sup> Lector univ. dr., Facultatea de drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

The legal text has the effect of banning the overlap of the employment contract concluded between the employer and union leader with the agreement signed with the union. Consequently, two hypotheses are analyzed in practical terms: the union leader is remunerated solely by the employer and, respectively, the union leader is remunerated exclusively by the union.

In practice, the legal text produces different effects, beneficial or not, depending on the specific of each analyzed situation. By comparison, in the case of public servants, the solution of suspension *ope legis* has limited applicability. The normative solution seems to be excessive, rigid and inappropriate. *De lege ferenda*, holding a position of union leader should generate the right of employee to determine suspension of contract.

**Keywords:** union leader, suspension of the employment contract, art. 50 lit. e) of the Labour Code.

## 1. Aspecte introductive

1.1. Jurisprudența relativ recentă a Curții Constituționale conferă o greutate semnificativă principiului proporționalității<sup>3</sup>, inclusiv în materia drepturilor sociale. *Exempli gratia*, prin Decizia nr. 279/2015<sup>4</sup> Curtea s-a pronunțat în sensul neconstituționalității dispozițiilor art. 52 alin. (1) lit. b) teza I din Codul muncii - o soluție cu impact major în practica raporturilor de muncă și în plan jurisprudențial.

Prin Decizia Curții Constituționale nr. 814 din 24 noiembrie 2015<sup>5</sup> a fost admisă și excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 53/2003 — Codul muncii<sup>6</sup>. Și această soluție este rezultatul aplicării testului de proporționalitate.

---

<sup>3</sup> Principiul proporționalității este de sorginte germană, conceptualizarea jurisprudențială având ca reper Decizia Curții Constituționale Federale pronunțată la 11 iunie 1958 - BVerfGE 7, 377 – Hotărârea privind farmaciile (Apotheken-Urteil), care pune în discuție libertatea de alegere și exercitare a profesiei de farmacist, ca activitate independentă (pentru traducerea în limba română a se vedea: \*\*\* - *Selecție de decizii ale Curții Constituționale Federale a Germaniei*, Ed. C. H. Beck, București, 2013, pp. 366-374). Pentru detalii a se vedea M.M. Pivniceru, B. Károly, *Receptarea principiului proporționalității în jurisprudența Curții Constituționale a României - influențe constituționale germane*, în *Revista de Drept Constituțional*, nr. 1/2015, Editura Universul Juridic, pp. 51-71.

<sup>4</sup> Publicată în M. Of., Partea I, nr. 431 din 17 iunie 2015.

<sup>5</sup> Publicată în M. Of., Partea I, nr. 950 din 22 decembrie 2015.

<sup>6</sup> Art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, vizat de excepția de neconstituționalitate, avea următorul cuprins: „(1) *Concedierea salariabilor nu poate fi dispusă: [...] g) pe durata exercitării unei funcții eligibile într-un organism sindical, cu excepția situației în care concedierea este dispusă pentru o abatere disciplinară gravă sau pentru abateri disciplinare*

Pe acest fond, a constituit și constituie o provocare stabilirea punctului de echilibru între drepturile angajatorului și cele ale salariatului.

Pe de o parte, este incontestabil faptul că salariatul este dependent sub aspect economic, financiar, de angajator. În același timp, cel care prestează munca se regăsește integrat într-o ierarhie funcțională care exprimă un raport de subordonare juridică. Garantarea dreptului la muncă presupune și protecția celui vulnerabil, astfel încât să se preîntâmpine orice manifestare de subiectivism, abuz sau arbitrar.

Pe de altă parte, trebuie să fie avute în vedere și drepturile constituționale ale angajatorilor, în special dreptul de proprietate privată (art. 44 din Constituție) și libertatea activității economice (art. 45 din Constituție). Nu trebuie uitat nici faptul că, în fond, de activitatea economică desfășurată de angajator depinde existența și, uneori, calitatea raporturilor de muncă.

În acest context, protecția specială a liderilor de sindicat<sup>7</sup> prezintă o importanță deosebită constituind un punct de intersecție între protecția generală a salariaților și garantarea activităților sindicale desfășurate în scopul predeterminat normativ<sup>8</sup>.

Pentru o imagine completă a contextului în care a intervenit soluția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii<sup>9</sup> trebuie menționat și faptul că, anterior, în practica instanțelor judecătorești s-

---

*repetate, săvârșite de către acel salariat*". La acest moment, reglementările interne protective în materie se regăsesc în art. 59 și art. 220 din Codul muncii, art. 9 și art. 10 alin. (1) din Legea nr. 62/2011 a dialogului social.

<sup>7</sup> Pentru analiza exhaustivă a protecției liderilor de sindicat, a se vedea I. T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, Ediția a 3-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2014, pp. 120-123.

<sup>8</sup> Conform dispozițiilor art. 9 din Constituție sindicatele contribuie la apărarea drepturilor și la promovarea intereselor profesionale, economice și sociale ale membrilor lor. Astfel, rolul sindicatelor poate fi proiectat atât în planul dialogului social, cât și în dimensiunea jurisdicțională a raporturilor de muncă.

<sup>9</sup> Pentru detalii a se vedea A. Țiclea, *Dispoziții legale contradictorii privind interdicția concedierii liderilor sindicali*, în RRDM, nr. 12/2015, pp. 17-21; S. Panainte, *Codul muncii pică din nou la testul de proporționalitate. Prezumția de abuz – neconstituționalitatea art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii*, în Analele Științifice ale Universității „Al. I. Cuza” Iași, tomul LXI, Științe Juridice, nr. II/2015, pp. 5-25.

a constatat modul divergent de interpretare și aplicare a dispozițiilor învederate<sup>10</sup>.

1.2. Față de considerentele Deciziei nr. 814/2015 reținem în acest studiu doar faptul că dispoziția legală declarată neconstituțională instituia o prezumție absolută a existenței legăturii între activitatea sindicală și concediere.

Cu alte cuvinte, interdicția reglementată de art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii era fundamentată pe o prezumție de abuz săvârșit de către angajator împotriva liderului de sindicat în cazul în care s-ar dispune concedierea acestuia. Această prezumție a legiuitorului ignoră, printre altele, rolul esențial al puterii judecătorești în statul de drept. Trebuia și trebuie ținut cont de faptul că, în caz de abuz, se poate apela la instanțele judecătorești competente să constate și să sancționeze o atare conduită.

Așadar, din punctul nostru de vedere, este inacceptabilă, în orice condiții, promovarea legislativă a unei prezumții de abuz din partea angajatorului (deci, inclusiv atunci când scopul apare a fi acela de a asigura protecția salariaților lideri de sindicat).

## **2. Alte aspecte convergente în materia protecției liderilor de sindicat**

2.1. Chiar dacă problematica specifică a fost în ultima vreme în atenția practicienilor și teoreticienilor, situația concedierii liderilor de sindicat presupune unele nuanțări și după constatarea neconstituționalității dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii.

Toate reglementările protective din dreptul intern incidente (art. 59 și art. 220 din Codul muncii, art. 9 și art. 10 alin. (1) din Legea nr. 62/2011) au ca premisă situația în care liderii de sindicat sunt (doar) salariați ai angajatorului, nu (și) ai sindicatului.

Totuși, din perspectiva reglementării actuale, trebuie să avem în vedere și dispozițiile art. 34 din Legea nr. 62/2011: *membrii aleși în organele executive de conducere ale organizațiilor sindicale, personalul de*

---

<sup>10</sup> Cu privire la acest aspect, Curtea de Apel București - Secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale a sesizat Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile. Prin Decizia nr. 19/2015 (publicată în M. Of., Partea I, nr. 776 din 19 octombrie 2015) sesizarea a fost respinsă ca inadmisibilă, problema persistând până la pronunțarea soluției de către Curtea Constituțională.



*specialitate și administrativ din aparatul acestora pot fi salarizați<sup>11</sup> din fondurile organizațiilor sindicale.*

Prin urmare, trebuie să delimităm două ipoteze de lucru:

a) liderul de sindicat este salarizat exclusiv de către angajator, *i.e.* este doar angajat al entității pentru care îndeplinește atribuțiile specifice din domeniul de specialitate al postului ocupat; în mod distinct, în calitatea specială de lider de sindicat, exercită și atribuțiile derivate din lege și din mandatul primit de la membri, însă fără a fi salarizat de către sindicat;

b) liderul de sindicat este salarizat exclusiv de către sindicat<sup>12</sup>; în acest caz, contractul de muncă încheiat cu angajatorul este suspendat de drept în baza art. 50 lit. e) din Codul muncii.

2.2. Prima ipoteză reclamă, ca atare, protecția specifică reglementată a liderilor de sindicat. În condițiile declarării neconstituționalității dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, concedierea liderului de sindicat poate interveni pentru oricare din temeiurile legale, sub condiția respectării prevederilor art. 59 și art. 220 alin. (2) din Cod și art. 9 și art. 10 alin. (1) din Legea nr. 62/2011.

Trebuie să ținem cont și de situațiile în care sindicatele nu au posibilități financiare de a salariza liderii în baza unui contract cu normă întreagă sau chiar cu normă parțială (alături de personalul de specialitate și administrativ din aparatul acestora). Totodată, independent de resursele financiare ale sindicatelor, este posibil ca o normă întreagă să nu poată fi acoperită prin activități suficiente în cadrul sindicatului.

Din perspectiva expunerii, vulnerabilității față de angajator, în planul contractului de muncă încheiat cu acesta și în curs de executare, situația acestor lideri de sindicat este similară cu cea a reprezentanților salariaților care nu sunt asociați în sindicat.

Însă, spre deosebire de liderii de sindicat, reprezentanți salariaților nu au posibilitatea de a determina suspendarea contractului de muncă și nici alte

---

<sup>11</sup> Exprimare perfectibilă; considerăm că nu este vorba de situațiile în care liderii de sindicat primesc indemnizații în calitatea lor de membri în structurile de conducere deoarece acestea nu presupun continuitate în sensul specific raporturilor de muncă. Or, suspendarea contractului de bază ridică și problema compensării veniturilor de care salariații sunt lipsiți ca efect al acestei suspendări.

<sup>12</sup> De regulă, în baza unui contract de muncă nou, încheiat în timpul derulării raportului de muncă de bază, stabilit anterior cu angajatorul.

modalități de a se autoproteja sau de a acționa preventiv. Aceștia le sunt aplicabile dispozițiile protective ale art. 226 din Codul muncii.

2.3. În ceea ce privește cea de a doua ipoteză se impun unele observații.

#### *2.3.1. Raportat la contractul de muncă încheiat cu sindicatul*

Cu privire la acest contract, restricțiile legale derivând din dispozițiile art. 59 și art. 220 alin. (2) din Codul muncii și art. 9 și art. 10 alin. (1) din Legea nr. 62/2011 sunt inaplicabile<sup>13</sup>.

Liderul de sindicat are această calitate și beneficiază de protecție specială doar în raport de unitatea la nivelul căreia este constituit sindicatul. Însă, acesta are doar calitatea de salariat și nu beneficiază de protecție specială în raport de angajatorul său, sindicatul.

În raporturile de muncă încheiate cu sindicatul prevederile legislației muncii privind concedierea sunt aplicabile ca atare, în sensul că aceasta poate interveni pentru oricare din temeiurile legale, inclusiv pentru motive care țin de modalitatea de îndeplinire a atribuțiilor specifice postului (așadar, de activitatea sindicală prestată). Prin urmare, o eventuală concediere ar putea fi dispusă de către angajator și pe temei disciplinar sau pentru necorespondență profesională, situații care ar pune în discuție aprecierea modului în care a fost îndeplinit mandatul de lider sindical sau aptitudinile și capacitatea de a-l îndeplini.

#### *2.3.2. Raportat la contractul de muncă încheiat cu angajatorul și suspendat de drept*

În privința acestui contract, observăm că situația de suspendare reglementată de art. 50 lit. e) din Codul muncii nu se regăsește și între cazurile în care este interzisă concedierea, reglementate de art. 60 din același cod<sup>14</sup>.

Prin urmare, se poate pune problema dacă angajatorul inițial ar putea să dispună concedierea în timpul suspendării, pentru fapte sau aspecte anterioare (spre exemplu, abateri disciplinare grave) sau ulterioare (spre exemplu, desființarea postului) momentului la care a intervenit suspendarea.

---

<sup>13</sup> Nu analizăm ipoteza, pur teoretică, în care salariații sindicatului angajator se asociază într-un sindicat distinct (sindicat în sindicat).

<sup>14</sup> Art. 60 alin. (1) lit. g) reglementa exercitarea unei funcții eligibile într-un organism sindical, salarizată sau nesalarizată, deci fără a distinge în funcție de intervenirea cazului de suspendare analizat.

Observăm că art. 60 valorifică în planul interdicțiilor temporare la concediere numai anumite cazuri de suspendare. Față de cele expuse și dispuse prin Decizia Curții Constituționale nr. 814/2015, concedierea liderului de sindicat apare a fi posibilă, teoretic, chiar și în cazul în care acesta are contractul de bază suspendat pe perioada mandatului. Totuși, cu privire la această situație, considerăm că aprecierea legalității concedierii de către angajator în timpul suspendării de drept trebuie să se facă luând în considerare incidența art. 49 alin. (6) din Codul muncii<sup>15</sup>, prin raportare la fiecare caz de concediere în parte.

Este adevărat că, pe de o parte, art. 49 alin. (6) din Codul muncii nu operează, din păcate, cu nici un fel de delimitare în raport de modalitatea de suspendare (de drept, din inițiativa salariatului, din inițiativa angajatorului ori prin acordul părților) sau în raport de modalitatea concretă de modificare sau încetare a contractului de muncă<sup>16</sup>. Pe de altă parte însă, această dispoziție poate fi reținută ca având în mod implicit efecte protective atât la nivel general, cât și la nivel particular, în situația liderilor de sindicat care se află în ipoteza analizată.

Totuși, apreciem că ne aflăm într-o situație nefirească. Din perspectiva tehnicii de reglementare, normele de protecție ar trebui să instituie o protecție directă, explicită, astfel încât să exprime un echilibru între drepturile în concurs, un echilibru a cărui justete să poată fi apreciată și prin prisma exigențelor anvizajate de Curtea Constituțională în aplicarea testului de proporționalitate.

2.4. Un alt aspect care trebuie analizat privește faptul că, pe fondul salarizării de către sindicat, prin reglementarea intervenirii suspendării de drept a contractului încheiat cu angajatorul (de bază), se induce practic o interdicție a cumulului între cele două contracte.

---

<sup>15</sup> Norma invocată prevede că în cazul suspendării contractului individual de muncă se suspendă toate termenele care au legătură cu încheierea, modificarea, executarea sau încetarea contractului individual de muncă, cu excepția situațiilor în care contractul individual de muncă încetează de drept.

<sup>16</sup> Efectele aplicării *ad literam* a dispozițiilor art. 49 alin. (6) din Codul muncii sunt discutabile și, uneori, criticabile. Astfel, spre exemplu, dacă un angajator dispune detașarea în timpul termenului de preaviz acordat de salariat în cazul demisiei, ar rezulta că acest termen este suspendat până la finalul perioadei de detașare. În acest caz, s-ar încălca, în mod evident, dispozițiile constituționale privind libertatea muncii.

Din punctul nostru de vedere, rațiunile pentru care legiuitorul nu a înțeles să permită acest cumul sunt discutabile.

Salarizarea de către sindicat nu este obligatorie sau subînțeleasă pe durata mandatului de lider. Remunerarea acestuia trebuie să fie posibilă financiar și justificată de necesitățile sindicatului.

Dispoziția legală privind suspendarea de drept nu poate avea menirea de a impune liderului un refugiu, pe considerentul că, de fapt, cauza juridică a contractului încheiat cu sindicatul este protecția acestuia împotriva potențialelor abuzuri din partea angajatorului și nu prestarea activităților sindicale.

Conform art. 35 alin. (1) din Legea nr. 62/2011, *membrii aleși în organele executive de conducere ale sindicatului care lucrează nemijlocit în unitate în calitate de angajați au dreptul la reducerea programului lunar de lucru cu un număr de zile destinate activității sindicale, negociate prin contractul sau acordul colectiv de muncă la nivel de unitate, fără obligația angajatorului de a plăti drepturile salariale pentru aceste zile. În completare, alin. (3) prevede că modalitatea de desfășurare a activităților sindicale în timpul programului normal de lucru se stabilește de către părți prin contractul sau acordul colectiv de muncă la nivel de unitate.*

Trebuie subliniat că reglementarea anterioară, respectiv art. 35 din Legea nr. 54/2003 a sindicatelor<sup>17</sup>, consacră soluția diametral opusă, și anume faptul că reducerea programului nu poate fi de natură să afecteze drepturile salariale.

Prin urmare, în prezent, remunerația aferentă timpului dedicat activităților sindicale nu mai este suportată de către angajator, deducându-se firesc că aceasta ar trebui să revină sindicatului.

Mai observăm că, în viziunea legiuitorului, *ca regulă*, activitatea unui lider de sindicat ar necesita un număr de zile dintr-o lună (și nu întreaga lună).

În aceste condiții, la acest moment, cu atât mai mult salarizarea de către sindicat este o opțiune de urmat, în special pe baza unui contract cu timp parțial.

---

<sup>17</sup> Publicată în M. Of., Partea I, nr. 73 din 5 februarie 2003, abrogată prin Legea nr. 62/2011 a dialogului social.

Astfel, raportat la posibilitățile și activitatea sindicatului, este posibilă fie încheierea unui contract cu timp parțial (mai potrivită, în cele mai multe cazuri), fie a unuia cu normă întreagă (mai rar).

Însă, în situația în care se poate și se justifică încheierea unui contract cu sindicatul, suspendarea de drept a contractului de bază nu apare a fi o soluție realistă.

Dacă, raportat la condițiile concrete, se impune încheierea unui contract cu timp parțial, considerăm că nu este practic ca acesta să determine suspendarea de drept a contractului de bază (care este, cel mai probabil, cu normă întreagă). Aceasta deoarece veniturile principale ale liderului sunt asigurate prin executarea contractului de bază, iar contractul cu timp parțial generează, de regulă, venituri mai reduse.

În principiu, pentru a-și asigura venituri la un nivel satisfăcător, liderul de sindicat va acționa în funcție de disponibilitățile financiare concrete ale sindicatului. Din această perspectivă trebuie analizate două ipoteze.

Prima ipoteză vizează situația în care sindicatul nu are resurse financiare suficiente pentru a încheia un contract de muncă de natură să asigure venituri satisfăcătoare liderului (comparabile cu cele obținute din executarea contractului de bază).

În acest caz, va apărea ca necesară continuarea executării contractului de bază. Pentru a se realiza acest lucru trebuie să se evite suspendarea *ope legis* a acestui contract. Or, suspendarea poate fi evitată într-un singur mod: prin refuzul de a încheia cu sindicatul un contract de muncă care ar genera un salariu insuficient.

Dacă aspectul financiar este prioritar, liderul de sindicat va ignora sau își va asuma riscul expunerii în fața eventualelor acte abuzive din partea angajatorului. Așadar, evitând suspendarea de drept a contractului de bază, *ratio legis*, protecția liderului de sindicat, devine secundară sau chiar neglijabilă. Incidența normei protective fiind evitată deliberat, în mod evident aceasta nu este aptă să își atingă rațiunea pentru care a fost instituită.

Totodată, este nefiresc ca într-o atare situație, deși activitatea sindicală este prestată, aceasta să nu fie remunerată pe bază de contract individual de muncă<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> La acest moment, costurile activității liderului de sindicat nu mai sunt suportate de către angajator, cum impunea vechea reglementare (art. 35 din Legea nr. 54/2003). În acest context, sindicatul, neavând la dispoziție un contract de muncă, se poate vedea nevoit să apeleze la

A doua ipoteză vizează situația în care sindicatul dispune de resurse financiare suficiente. În acest caz, ar fi posibilă încheierea cu sindicatul a unui contract de muncă și liderul de sindicat ar beneficia de protecția atrasă de suspendarea de drept a contractului de bază.

Dar, pentru a beneficia de această protecție, liderul de sindicat va încerca să compenseze veniturile de care este lipsit prin efectul suspendării de drept cu altele, cât mai ridicate, poate echivalente, obținute de la sindicat. Astfel, devine indiferent dacă, în noul contract încheiat cu sindicatul, se justifică sau nu o normă întregă.

Observăm că necesitatea acestei compensări este, de fapt, forțată de reglementarea suspendării contractului de bază în modalitatea de drept. Chiar dacă această compensare este posibilă, din punct de vedere financiar, nu înseamnă că este și naturală, firească, în acord cu activitatea efectiv prestată.

Spre exemplu, în condițiile în care activitatea concretă a liderului de sindicat ar presupune doar o normă parțială este uneori posibil și necesar ca sindicatul să accepte să plătească o remunerație mai mare decât ar fi acordat în condiții normale, cu scopul de a asigura liderului de sindicat venituri de înlocuire, compensatorii. Astfel, se ajunge în situația în care diferența între cât ar fi plătit în mod normal sindicatul și cât plătește efectiv să constituie un cost al protecției pe care părțile o consideră necesară. Iar acest cost suplimentar este suportat exclusiv de către sindicat.

În același timp, chiar dacă este pe deplin justificată încheierea unui contract cu normă întregă cu sindicatul, de natură să asigure venituri satisfăcătoare pentru liderul de sindicat, suspendarea de drept exprimă o interdicere a cumulului care poate fi analizată chiar din perspectiva limitării libertății muncii, așa cum este aceasta consacrată la nivel constituțional. Totodată, suspendarea forțată a contractului de bază nu lasă liderului de sindicat posibilitatea de a încerca să evite un eventual risc de deprofesionalizare.

2.5. Este adevărat că, atunci când liderul de sindicat semnează un contract de muncă cu sindicatul, de fapt alege să determine incidența normelor de suspendare de drept a contractului cu angajatorul inițial, cu

---

alternative de recompensare a liderului pentru activitatea depusă, unele discutabile sub aspectul legalității.

toate efectele aferente. Se înțelege astfel că suspendarea de drept nu este un efect abrupt, independent de voința liderului de sindicat.

Problema este însă dacă liderul are alternative viabile și practice atunci când este în situația de a face această alegere. În același timp, se ridică întrebarea dacă efectul determinat indirect prin manifestarea de voință, suspendarea de drept, nu ar putea fi substituit printr-un altul, care să corespundă mai bine intereselor sale, financiare și profesionale, fără a se materializa într-o situație care să excludă sau să diminueze protecția sa.

2.6. Un cumul între cele două contracte mai aduce în discuție „dubla comandă” și conflictul între interesele celor doi angajatori.

Dubla comandă nu poate viza, formal, o acțiune ca un act de executare simultană a celor două contracte; acestea se execută diferit, în planuri și intervale distincte.

În ceea ce privește conflictul între interesele angajatorilor, se ridică întrebarea dacă acestea, fiind prezumate ca opuse, determină incompatibilitatea celor două contracte prin prisma unui risc de compromitere a executării corespunzătoare a oricăruia dintre ele, de către oricare din părți. De fapt, această problemă se reduce la a analiza dacă poziția de lider de sindicat ar fi, *de plano*, incompatibilă cu calitatea de salariat al angajatorului. Un răspuns direct la această întrebare este conferit chiar de textele legale care stipulează că numai în situația încheierii unui contract de muncă cu sindicatul este determinată suspendarea contractului de bază. Prin urmare, atât timp cât nu are încheiat și un contract cu sindicatul pe care îl reprezintă, salariatul va executa contractul de muncă cu angajatorul aproape ca și cum nu ar avea calitatea de lider sindical.

2.7. În ceea ce privește statutul funcționarilor publici, în mod paradoxal, putem constata că radicalismul soluției suspendării de drept este sensibil atenuat.

Astfel, dispozițiile art. 29 alin. 3 din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici<sup>19</sup> prevăd că în situația în care înalții funcționari publici sau funcționarii publici care au calitatea de ordonatori de credite sunt aleși în organele de conducere a organizațiilor sindicale, aceștia

---

<sup>19</sup> Republicată în M. Of., Partea I nr. 365 din 29/05/2007, cu modificările și completările ulterioare.

au obligația ca în termen de 15 zile de la alegerea în organele de conducere ale organizațiilor sindicale să opteze pentru una dintre cele două funcții. În cazul în care funcționarul public optează pentru desfășurarea activității în funcția de conducere în organizațiile sindicale, raporturile de serviciu ale acestuia se suspendă pe o perioadă egală cu cea a mandatului în funcția de conducere din organizația sindicală. Este vorba de un caz de suspendare de drept, aspect care rezultă atât din formularea imperativă a textului citat cât și din prevederile explicite ale art. 94 alin. 1 lit. d) din aceeași lege<sup>20</sup>.

Fiind acordat un termen pentru a se opta pentru una din cele două funcții, constatăm că manifestarea de voință în sensul menținerii calității de lider de sindicat determină suspendarea de drept a raportului de serviciu.

Observăm că, spre deosebire de art. 50 lit. e) din Codul muncii, care impune suspendarea de drept în toate cazurile în care liderul încheie contract de muncă cu sindicatul, Statutul funcționarilor publici, pe de o parte, reglementează această suspendare numai în cazul înalților funcționari publici și a funcționarilor publici care au calitatea de ordonatori de credite. Doar pentru aceștia cele două poziții sunt, în mod justificat, incompatibile.

Prin urmare, orice alt funcționar public care este ales în conducerea organizației sindicale nu suportă suspendarea de drept a raportului de serviciu. Așadar, cele două calități sunt, ca regulă, compatibile, în acest sens fiind și prevederile alin. (3<sup>1</sup>) ale art. 29 care menționează expres faptul că funcționarii publici, alții decât cei prevăzuți la alin. (3), pot deține simultan funcția publică și funcția în organele de conducere ale organizațiilor sindicale, cu obligația respectării regimului incompatibilităților și al conflictelor de interese care le este aplicabil.

Verificând și cazurile în care orice funcționar public poate determina, la inițiativa sa, suspendarea raportului de serviciu (art. 95 din Legea nr. 188/1999), constatăm că, formal, legiuitorul nu a lăsat la latitudinea sa suspendarea pe motivul dobândirii calității de membru ales în conducerea sindicatului.

Pe de altă parte, Statutul funcționarilor publici nu condiționează suspendarea de drept a raportului de serviciu de existența unui contract de muncă sau de altă natură încheiat între funcționar și sindicat, fiind

---

<sup>20</sup> Conform art. 94 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 188/1999: *Raportul de serviciu se suspenda de drept atunci când funcționarul public se afla în una dintre următoarele situații: (...) d) desfășoară activitate sindicală pentru care este prevăzută suspendarea în condițiile legii.*



indiferentă problema veniturilor înaltului funcționar sau funcționarului ordonator de credite pe timpul suspendării.

2.8. Pentru a contextualiza mai mult analiza, este utilă și precizarea situației reprezentanților aleși ai salariaților/funcționarilor publici.

În situația în care nu există un sindicat sau nu există un sindicat reprezentativ, reprezentanții aleși ai salariaților sau ai funcționarilor publici îndeplinesc un mandat aflându-se adeseori într-o situație similară cu liderii de sindicat fără a se putea pune problema suspendării raportului lor de muncă avut cu angajatorul, indiferent dacă acesta este din sectorul privat sau public. Prin urmare, radicalismul soluției normative – suspendarea de drept nu se poate susține, cele două calități – angajat și reprezentant al salariaților putând coexista (fiind, uneori, inevitabil să coexiste).

2.9. La nivel de principiu, în interpretarea dată de Organizația Internațională a Muncii convențiilor privind libertatea de asociere în sindicate, protecția ce trebuie acordată liderilor sindicali împotriva actelor de discriminare antisindicală nu trebuie să se limiteze doar la adoptarea de norme legale privind interzicerea concedierii acestora. Această protecție trebuie să se concretizeze într-un ansamblu de măsuri care să constituie un sistem eficient de garantare a faptului că desfășurarea activității sindicale nu poate fi urmată de acte prejudiciabile pentru liderii sindicali.

Potrivit art. 1 pct. 2 lit. b din Convenția nr. 98/1949 privind aplicarea principiilor dreptului de organizare și negociere colectivă<sup>21</sup>, salariații trebuie să beneficieze de o protecție adecvată împotriva oricăror acte de discriminare care tind să prejudicieze libertatea sindicală, mai ales în ceea ce privește actele care au ca scop să concedieze un salariat sau să i se aducă prejudicii prin oricare alte mijloace, din cauza afilierei sale sindicale sau participării sale la activități sindicale în afara orelor de muncă sau, cu consimțământul patronatului, în timpul orelor de muncă.

De asemenea, art. 2pct. 1 din Convenție prevede că organizațiile de salariați și de patroni trebuie să beneficieze de o protecție adecvată împotriva oricăror acte de ingerință ale unora față de celelalte, fie direct, fie prin agenții sau membrii lor, în formarea, funcționarea și administrarea lor.

---

<sup>21</sup> Ratificată prin Decretul nr. 352/1958, publicat în Buletinul Oficial nr. 34 din 29/08/1958.

Așadar, protecția liderilor de sindicat trebuie să fie adecvată și eficientă, dar nu poate avea caracter absolut. În acest sens, art. 2 pct. 3 din Convenția OIM nr. 135/1971 privind protecția reprezentanților lucrătorilor din cadrul întreprinderilor și înlesnirile ce se acordă acestora<sup>22</sup> prevede că acordarea unor înlesniri în favoarea membrilor aleși în organele de conducere ale sindicatelor nu trebuie să împiedice buna funcționare a unității<sup>23</sup>.

Reținem necesitatea unei protecții *adecvate* a liderilor de sindicat împotriva oricăror acte de abuz sau de discriminare *săvârșite de către angajator* care tind să aducă atingere libertății sindicale; această protecție trebuie să fie de natură să asigure și respectarea principiului fundamental conform căruia organizațiile de lucrători au dreptul de a-și alege liber reprezentanții<sup>24</sup>.

În ceea ce privește textul normativ care face obiectul prezentului studiu, suspendarea de drept exclude orice manifestare de voință, atât din partea angajatorului, cât și din partea salariatului lider de sindicat. În același timp, dacă ar fi reglementată suspendarea la inițiativa salariatului devenit lider de sindicat, aceasta ar implica manifestarea de voință a acestuia, iar cea a angajatorului ar rămâne exclusă. Prin urmare, considerăm că și această soluție alternativă este în acord cu reglementările și recomandările Organizației Internaționale a Muncii.

### 3. Concluzii

Caracterul *de drept* al suspendării analizate este de natură să producă efecte diferite, benefice sau nu, în funcție de fiecare situație concretă analizată. Considerăm că efectul nu este unul pozitiv în cazurile care apar cel mai frecvent în practică.

---

<sup>22</sup> Ratificată de România prin Decretul nr. 83/1975, publicat în Buletinul Oficial, Partea I, nr. 86 din 2 august 1975.

<sup>23</sup> În acest sens, prin pct. 35 din Decizia nr.814 din 24 noiembrie 2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.60 alin.(1) lit. g) din Legea nr.53/2003 – Codul muncii s-a reținut că interzicerea absolută a concedierii liderilor sindicali, indiferent dacă măsura concedierii are sau nu legătură cu activitatea sindicală, *poate să conducă la afectarea bunei desfășurări a activității angajatorului*, fără de care nu s-ar mai justifica nici existența organismului sindical.

<sup>24</sup> A se vedea pentru detalii în acest sens *Libertatea sindicală. Culegere de decizii și principii ale Comitetului pentru Libertate Sindicală ale Consiliului de Administrație al BIM*, ediția a IV – a revizuită, Biroul Internațional al Muncii, 2003.

Astfel, în cazurile în care nu este posibilă sau nu se justifică încheierea unui contract cu normă întreagă între sindicat și liderul de sindicat, nu se va încheia un contract cu timp parțial deoarece acesta ar determina suspendarea contractului de bază și lipsirea salariatului de majoritatea veniturilor sale.

Totodată, dacă se impune încheierea unui contract cu sindicatul pentru a se atinge efectul protectiv al normei care impune suspendarea contractului de bază, consecința în planul veniturilor liderului va trebui asumată de către sindicat, prin angajarea unei norme întregi sau prin plata unui salariu majorat, în dezacord cu timpul efectiv alocat și/sau întinderea activității prestate.

Art. 50 lit. e) din Codul muncii ridică atât o problemă de tehnică a reglementării, cât și o problemă de principiu.

Este neîndoielnic faptul că există o serie de riscuri. Deși nu există o suprapunere de atribuții, executarea contractului încheiat cu sindicatul poate fi afectată de parametrii juridici sau non juridici specifici contractului încheiat cu angajatorul. Ceea ce punem în discuție este însă faptul că, din punct de vedere metodologic, actuala soluție legislativă este rigidă și că, printr-o minimă flexibilitate, reglementarea ar putea corespunde mai bine multitudinii de situații care se ivesc în practica raporturilor de muncă, fără a se elimina instrumentul de protecție – suspendarea contractului de muncă încheiat cu angajatorul.

La nivel de principiu, problema se reduce la a considera sau nu că antinomia genetică între angajator și sindicat este imposibil de depășit, că pozițiile lor sunt conciliabile sau, dimpotrivă, ireconciliabile. Din această perspectivă, observăm că jurisprudența recentă a Curții Constituționale este în sensul evitării oricărui mod de generalizare.

Considerăm că aprecierea nu trebuie să fie făcută de către legiuitor *in abstracto*, prin consacrarea unei prezumții de abuz din partea angajatorului. Liderul de sindicat însuși este în măsură să aprecieze, oricând în timpul mandatului, în funcție de relația cu angajatorul, dacă este expus sau există riscul unor presiuni sau potențiale măsuri abuzive. Astfel, în raport de fiecare situație concretă, acesta ar trebui să beneficieze de dreptul de a alege dacă determină sau nu suspendarea contractului său de muncă. În funcție de decizia adoptată, liderul de sindicat și-ar putea exercita dreptul la cumul, conform art. 35 din Codul muncii. În condițiile în care angajatorul nu mai are obligația de plată a timpului dedicat activităților sindicale, cumulul nu

poate decât să îl avantajeze pe liderul de sindicat, permițându-i acestuia să obțină venituri la un nivel satisfăcător.

În concluzie, considerăm că soluția suspendării de drept de la art. 50 lit. e) din Codul muncii este excesivă, rigidă și nepractică. Ar fi mai potrivit ca liderul de sindicat să aibă posibilitatea de a aprecia oportunitatea suspendării. Așadar, *de lege ferenda*, îndeplinirea unei funcții de conducere în sindicat ar trebui să constituie un caz de suspendare din inițiativa salariatului.

CARACTERELE JURIDICE ALE TRANSMISIUNII MOȘTENIRII

LEGAL CHARACTERISTICS OF THE TRANSFER OF PROPERTY  
ON DEATH

CODRIN MACOVEI<sup>1</sup>  
MIRELA CARMEN DOBRILĂ<sup>2</sup>

**Rezumat:** Regulile moștenirii se referă la transferul sau la devoluțiunea drepturilor lui *de cuius*. Acestea pot fi împărțite în două instituții principale: devoluțiunea legală a moștenirii și devoluțiunea testamentară a moștenirii. Dar nu toate transferurile drepturilor cauzate de deces sunt acoperite de devoluțiunea legală a moștenirii și devoluțiunea testamentară a moștenirii. Există o serie de moduri și modalități în care proprietatea care aparține sau care poate să aparțină unui individ în timpul vieții sale poate să fie transferată la moartea sa altfel decât prin voința sa sau în conformitate cu regulile moștenirii *ab intestat*. Prin urmare, studierea acestor excepții aduce doar rezultate pozitive pentru a înțelege mai bine caracterele juridice al transferului de drepturi cauzat de moarte: caracterul *mortis causa*, caracterul universal, caracterul indivizibil, caracterul unitar.

**Cuvinte cheie:** moștenire; devoluțiune legală; devoluțiune testamentară; caracter *mortis causa*, caracter universal, caracter indivizibil, caracter unitar.

**Abstract:** The law of succession is concerned with the transfer or devolution of property on death. It can be divided into two principal topics: the law of intestate succession and the law of wills. But not all transfers on death are covered by the law of intestate succession or the law of wills. There are a number of ways in which property which belongs to, or which may appear to belong to, an individual during his lifetime may pass on his death other than his will or in accordance with the intestacy rules. The law of succession is concerned with the transfer or devolution of property on death. It can be divided into two principal topics: the law of intestate succession and the law of wills. But not all transfers on death are covered by the law

---

<sup>1</sup> Lector universitar dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: mcodrin@uaic.ro.

<sup>2</sup> Asistent universitar dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: mirela.dobрила@uaic.ro.

of intestate succession or the law of wills. There are a number of ways in which property which belongs to, or which may appear to belong to, an individual during his lifetime may pass on his death other than his will or in accordance with the intestacy rules. Hence, studying these exceptions only brings positive results in better understanding the legal characteristic of the transfer of property on death: *mortis causa transfer, universal transfer, indivisible transfer, unitary transfer*.

**Keywords:** law of succession; law of intestate succession and the law of wills; *mortis causa transfer, universal transfer, indivisible transfer, unitary transfer*.

### 1. Considerații preliminare

În mod natural, doctrina dreptului dorește să sintetizeze, să surprindă esențialul, să îl facă mai ușor inteligibil și apoi utilizabil pentru aplicarea teoriei în practică. Din această perspectivă, ce reprezintă caracterele juridice ale transmisiunii succesoriale? Caracterizarea exhaustivă a uneia dintre cele mai importante modalități prin care se dobândește proprietatea. Sunt patru la număr: caracterul *mortis causa*, caracterul universal, caracterul indivizibil, caracterul unitar. Sunt acestea cu adevărat de folos? Practicienii e puțin probabil să fie seduși de abordarea hiperabstractizată/ntă a acestui tip de demers. De obicei, căutarea unor răspunsuri rapide la circumstanțele adesea exotice ale realității nu permite meditații îndelungi asupra structurii filozofice interne a instituției succesiunilor. Ar putea atunci studenții să le privească cu mai multă îngăduință? Da, dar cu câteva condiții. Prima ar fi ca acestea să nu fie explicate la debutul materiei succesiunilor; fiindcă efortul de a înțelege justificările sociale, politice și istorice ale acestor patru caractere poate fi încununat de succes abia la finalul semestrului, când studenții vor fi dobândit întreg vocabularul instituțiilor ce compun materia. Altfel, studiul caracterelor devine un supliciu. Ce poate fi mai dificil decât să distilezi întreaga materie în patru caractere juridice și să ceri studentului să recompună întregul proces declanșat de moarte și finalizat prin partaj dintr-o dată – de la noțiunea de succesibil până la cea de indiviziune, totul e sublimat prin doar aceste patru caractere. În privința acestei condiții nu putem face prea mult, nestându-ne în putere să schimbăm programe de învățământ. Dar a doua condiție e mai ușor de îndeplinit. Prezentarea clară a acestor caractere și mai ales a excepțiilor care le luminează sensul și limitele credem că e de natură să folosească studentului care caută să înțeleagă mai presus decât să rețină. Din păcate, tocmai excepțiile sunt cele s-au multiplicat după anii 1990 datorită pe de o parte acțiunilor angrenate de

procesul de *restitutio in integrum*, pe de altă parte de politicile din domeniul asigurărilor/ajutoarelor de stat, pensiilor etc. În cele ce urmează, ne vom concentra în special pe explicarea situațiilor complexe pe care adăugarea unui număr mare de excepții ale celor patru caractere juridice ale transmisiunii succesoriale le creează.

## 2. Caracterele juridice ale transmisiunii moștenirii

2.1. Transmisiunea succesorală este o transmisiune *mortis causa*, în sensul că succesiunile se deschid prin moartea persoanei fizice, iar moștenitorii pot fi persoane fizice sau juridice. Regulile privind transmiterea patrimoniului succesoral se aplică doar în cazul unei transmisiuni *mortis causa* și nu se pot aplica în cazul transmisiunilor *inter vivos*.

Conform noului Cod civil, noțiunea de moștenire este definită ca transmiterea patrimoniului unei persoane fizice decedate către una sau mai multe persoane în ființă (art. 953 N.C.Civ.).

Referitor la deschiderea moștenirii, conform art. 954 N.C.Civ. moștenirea unei persoane se deschide în momentul decesului acesteia.

Statul culege moștenirea vacantă, dar fundamentarea juridică a dreptului său (moștenitor legal sau suveran) rămâne incertă și în N.C.Civ.

Transmisiunea succesorală este declanșată de moarte, iar patrimoniul succesoral se transmite către moștenitorii care vor accepta moștenirea chiar de la data decesului lui *de cuius* și ca urmare a acestuia, nu de la data acceptării, fără a se admite ca în dreptul francez ficțiunea că defunctul supraviețuiește până la acceptarea moștenirii de către succesori<sup>3</sup>.

2.2. Transmisiunea succesorală este o transmisiune universală în sensul că obiectul transmisiunii succesoriale îl reprezintă patrimoniul defunctului, privit ca universalitate juridică, ca întreg. Prin moștenire se transmit drepturile și obligațiile cu caracter patrimonial ale defunctului.

Drepturile ce fac parte din moștenire sunt transmise în totalitatea lor, ca părți ce alcătuiesc un patrimoniu, și nu în individualitatea fiecăruia dintre ele<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Editura Rosetti, București, 2003, p. 29.

<sup>4</sup> V. Ș. Ileana Nițăin I. Dogaru, V. Stănescu, M. M. Soreață, *Bazele dreptului civil, Vol. 5: Succesiuni*, Ed. C. H. Beck, București, 2009, p. 12.

Comparativ cu transmisiunea *inter vivos*, transmisiunea succesorală are ca obiect o universalitate sau o cotă parte din universalitate și nu bunuri privite singular.

Spre deosebire de transmisiunea *inter vivos*, transmisiunea succesorală nu este supusă formalităților de publicitate imobiliară, dacă cuprinde (și) drepturi reale imobiliare (art. 887 N.C.Civ. ).

Față de transmisiunea *inter vivos*, transmisiunea succesorală nu este supusă formalităților necesare pentru cesiunea de creanțe.

Prin excepție de la caracterul universal al transmisiunii succesorală, nu se transmit prin moștenire: drepturile și obligațiile nepatrimoniale; drepturile patrimoniale care încetează la moartea titularului (caracter viager sau caracter *intuitu personae*); obligațiile patrimoniale născute din contracte *intuitu personae* sau legate de o calitate personală a defunctului.

Transmisiunea succesorală păstrează caracterul universal și dacă există doar moștenitori cu titlu universal. Astfel, moștenitorii cu titlu universal au vocație limitată la o fracțiune din patrimoniul succesoral și un moștenitor cu titlu universal nu poate avea vocație la întreg patrimoniul defunctului în această calitate (deși prin excepție, acest lucru ar fi posibil atunci când de exemplu, un legatar cu titlu universal pentru 1/3 din moștenire va alege să culegă 1/3 din moștenire în calitate de moștenitor testamentar, iar cealaltă parte din moștenire în calitate de nepot de frate al defunctului, ceea ce înseamnă că în această ipoteză, moștenitorul va culege întregul patrimoniu al defunctului). Atunci când există mai mulți moștenitori cu titlu universal aceștia pot avea împreună vocație la întreg patrimoniul defunctului, care va fi privit ca universalitate juridică, ca întreg. De exemplu, doi legatari cu titlu universal, primul chemat în baza testamentului să culegă 1/4 din moștenirea defunctului, iar al doilea legatar chemat să culegă 3/4 din moștenire; faptul că transmisiunea succesorală are caracter universal înseamnă în această ipoteză că prin moștenire se transmite întreg patrimoniul defunctului, în sensul de universalitate juridică, ceea ce înseamnă că patrimoniul trebuie privit ca un întreg, chiar dacă în exemplul dat există doi legatari cu titlu universal.

Transmisiunea succesorală păstrează caracterul universal și dacă există doar moștenitori cu titlu particular. Faptul că există doar moștenitori cu titlu particular (de exemplu un legatar chemat prin testament să culegă prin moștenire casa de vacanță a testatorului) nu poate constitui o veritabilă



excepție de la caracterul universal al transmisiunii moștenirii, fiindcă mai întâi se achită pasivul și apoi activul (*nemo liberalis nisi liberatus*).

Transmisiunea succesorală păstrează caracterul universal și atunci când moștenirea este culeasă de comună, oraș sau municipiu, fiind vacantă, întrucât și acestor entități le revine obligația suportării pasivului (art. 1.139 alin. 2 N.C.Civ. ) .

Transmisiunea prin acte între vii nu poate avea ca obiect un patrimoniu, cât timp este în viață titularul patrimoniului său nu poate fi transmis asupra unei alte persoane, ci se pot transmite doar drepturi privite în mod izolat, în timp ce după moarte se transmite patrimoniul succesoral către persoane fizice sau juridice<sup>5</sup>. Dacă se încheie un contract prin care un moștenitor universal sau cu titlu universal (nu și legatarul cu titlu particular care nu poate vinde drepturi succesoriale) vinde drepturile sale succesoriale, contractul va avea ca obiect dreptul de moștenire privit în mod izolat, deși acest drept este asupra unei universalități sau asupra unei cote părți indivize din aceasta<sup>6</sup>.

Fiind o universalitate juridică, patrimoniul este independent de elementele sale componente și cu toate modificările elementelor sale, el rămâne același dacă persoana titularului rămâne neschimbată. Orice moștenire conferă moștenitorilor legali, legatarilor universali sau cu titlu universal, sau statului vocație la întregul patrimoniu succesoral (activ și pasiv) sau la cote părți din acesta, chiar dacă întregul activ este consumat prin donații sau legate cu titlu particular, ca acte de transmisiune individuale<sup>7</sup>.

2.3. Transmisiunea succesorală este o transmisiune cu caracter indivizibil, în sensul că acceptarea sau renunțarea moștenirii de către succesibili trebuie, în mod imperativ, să aibă ca obiect întreaga succesiune sau întreaga cotă parte ce i se cuvine (dacă acesta a fost prevăzută în mod

---

<sup>5</sup> Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2002, p. 15; V. Ș. Ileana Niță în I. Dogaru, V. Stănescu, M. M. Soreță, *op. cit.*, p. 13; Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral. Vol. I Moștenirea legală*, Editura Universul Juridic, București, 2002, p. 37.

<sup>6</sup> Fr. Deak, *op. cit.*, p. 15; Fr. Deak, R. Popescu, *op. cit.*, pp. 37-38.

<sup>7</sup> D. Chirică, *op.cit.*, p. 30.

limitativ) sau întreg dreptul/bunul transmis (dacă suntem în prezența vocației cu titlu particular).

Vocația succesorală devine concretă în tot(-ul determinat de devoluțiunea legală/testamentară) și nu în parte. Asemenea renunțarea la aceasta.

Caracterul indivizibil este specific transmisiunii succesorală, aceasta neconfundându-se cu patrimoniul succesoral propriu-zis.

Caracterul indivizibil al transmisiunii succesorală decurge din indivizibilitatea patrimoniului succesoral, care se transmite moștenitorilor și care explică de ce în cazul renunțării la moștenire de către unul sau mai mulți succesibili sau în caz de nedemnitare sau ineficacitate a legatelor (nulitate, revocare, caducitate) vor profita de drept succesorii acceptanți a căror vocație a fost înlăturată sau diminuată prin venirea la moștenire a altor moștenitori sau care aveau obligația să execute legatul ineficace<sup>8</sup>.

O situație care trebuie avută în vedere este cea a vocației multiple la moștenire, art. 1102 N.C.Civ. Astfel, moștenitorul care, în baza legii sau a testamentului, cumulează mai multe vocații la moștenire are, pentru fiecare dintre ele, un drept de opțiune distinct. Legatarul chemat la moștenire și ca moștenitor legal își va putea exercita opțiunea în oricare dintre aceste calități. Dacă, deși nu a fost încălcată rezerva, din testament rezultă că defunctul a dorit să diminueze cota ce i s-ar fi convenit legatarului ca moștenitor legal, acesta din urmă poate opta doar ca legatar.

Prin excepție de la caracterul indivizibil al transmisiunii succesorală, creanțele și datoriile defunctului sunt, în raporturile dintre moștenitori și titularii acestora, împărțite de drept între moștenitori de la data deschiderii moștenirii. În acest sens, pasivul succesoral se divide de drept între moștenitori.

Conform art. 1155 din Noul Cod civil, moștenitorii universali și cu titlu universal contribuie la plata datoriilor și sarcinilor moștenirii proporțional cu cota succesorală ce îi revine fiecăruia. Înainte de partajul succesoral, creditorii ale căror creanțe provin din conservarea sau din administrarea bunurilor moștenirii ori s-au născut înainte de deschiderea moștenirii pot cere să fie plătiți din bunurile aflate în indiviziune. De asemenea, ei pot solicita executarea silită asupra acestor bunuri.

---

<sup>8</sup> Fr. Deak, *op. cit.*, p. 27; Fr. Deak, R. Popescu, *op. cit.*, p. 53.

Prin excepție, regula divizării de drept a pasivului succesoral nu se aplică: dacă obligația este indivizibilă; atunci când obligația are ca obiect un bun individual determinat ori o prestație determinată asupra unui astfel de bun; atunci când obligația este garantată cu o ipotecă sau o altă garanție reală, caz în care moștenitorul care primește bunul afectat garanției va fi obligat pentru tot, însă numai în limita valorii aceluși bun, iar participarea sa la restul pasivului moștenirii se reduce corespunzător; dacă unul dintre moștenitori este însărcinat, prin titlu, să execute singur obligația. În acest caz, dacă titlul îl reprezintă testamentul, scutirea celorlalți moștenitori constituie o liberalitate, supusă reducăunii dacă este cazul.

Articolul 1442 N.C.Civ. prevede cu privire la divizibilitatea obligației între moștenitori că obligația în favoarea unui creditor solidar se împarte de drept între moștenitorii săi.

În mod simetric, art. 1460 N.C.Civ. statuează referitor la divizibilitatea obligației solidare între moștenitori că obligația unui debitor solidar se împarte de drept între moștenitorii acestuia, cu excepția cazului în care obligația este indivizibilă.

O altă excepție de la caracterul indivizibil al transmisiunii succesorale a fost reglementată în *legislația privind restituirea proprietăților*, prevăzându-se că sunt îndreptățiți la aceste măsuri atât cei care au suferit măsurile abuzive de pierdere a proprietăților, cât și moștenitorii lor.

Se are în vedere situația în care, prin excepție de la caracterul indivizibil al moștenirii, adică prin excepție de la faptul că acceptarea sau renunțarea moștenirii de către succesibili trebuie să aibă ca obiect întreaga succesiune/întreaga cotă parte ce i se cuvine/întreg dreptul sau bunul transmis, se acceptă o parte din moștenire printr-o cerere extraordinară, făcută într-un termen special indicat de legislația specială.

Dovedirea calității de moștenitor este detaliată în *Legea fondului funciar nr. 18/1991*, republicată, prin dispozițiile art. 13. Astfel, calitatea de moștenitor se stabilește pe baza certificatului de moștenitor sau a hotărârii judecătorești definitive ori, în lipsa acestora, prin orice probe din care rezultă acceptarea moștenirii. Moștenitorii care nu-și pot dovedi această calitate, întrucât terenurile nu s-au găsit în circuitul civil, sunt socotiți repuși de drept în termenul de acceptare cu privire la cota ce li se cuvine din terenurile ce au aparținut autorului lor. Ei sunt considerați că au acceptat moștenirea prin *cererea* pe care o fac comisiei.

Dispoziții asemănătoare se găsesc și în *Legea nr. 112/1995 pentru reglementarea situației juridice a unor imobile cu destinația de locuințe, trecute în proprietatea statului*, în art. 5. Dacă fostul proprietar sau moștenitorii acestuia locuiau la data de 22 decembrie 1989 în calitate de chiriași în apartamentele trecute în proprietatea statului, ei devin proprietarii apartamentului locuit, în condițiile prezentei legi. În cazul în care mai mulți moștenitori locuiau la data de 22 decembrie 1989 fiecare într-un apartament trecut în proprietatea statului de la fostul proprietar, ei devin proprietarii apartamentului respectiv. Fostul proprietar sau moștenitorii acestuia, dacă locuiau la data de 22 decembrie 1989 în același apartament cu alți chiriași, devin proprietarii întregului apartament. Evacuarea chiriașilor și punerea în posesie a proprietarilor se vor face numai după acordarea efectivă a unei locuințe corespunzătoare de către autoritățile publice sau de către proprietar. *Moștenitorii, în sensul prezentei legi, sunt socotiți de drept acceptanții succesiunii de la data depunerii cererii prin care se solicită restituirea.* Dacă rudele până la gradul al doilea ale fostului proprietar în viață locuiau la 22 decembrie 1989 cu chirie în apartamentele preluate de către stat de la acesta, apartamentele devin proprietatea lor, cu consimțământul scris al proprietarului, dat în formă autentică, dacă le locuiesc și la data intrării în vigoare a prezentei legi.

O modalitate comparabilă de reglementare adoptă și *Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989*.

Conform art. 3 din această lege, sunt îndreptățite, la măsuri reparatorii constând în restituire în natură sau, după caz, prin echivalent: persoanele fizice, proprietari ai imobilelor la data preluării în mod abuziv a acestora; persoanele fizice, asociați ai persoanei juridice care deținea imobilele și alte active în proprietate la data preluării acestora în mod abuziv; persoanele juridice, proprietari ai imobilelor preluate în mod abuziv de stat, de organizații cooperatiste sau de orice alte persoane juridice după data de 6 martie 1945; îndreptățirea la măsurile reparatorii prevăzute de prezentul articol este condiționată de continuarea activității ca persoană juridică până la data intrării în vigoare a prezentei legi sau de împrejurarea ca activitatea lor să fie fost interzisă sau întreruptă în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989, iar acestea să-și fi reluat activitatea după data de 22 decembrie 1989, dacă, prin hotărâre judecătorească, se constată că sunt aceeași persoană juridică cu cea desființată sau interzisă, precum și partidele

politice a căror activitate a fost interzisă sau întreruptă în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989, dacă și-au reluat activitatea în condițiile legii.

Conform art. 4 din această lege, în cazul în care restituirea este cerută de mai multe persoane îndreptățite coproprietare ale bunului imobil solicitat, dreptul de proprietate se constată sau se stabilește în cote-părți ideale, potrivit dreptului comun. Dispozițiile legii se aplică și pentru moștenitorii legali sau testamentari ai persoanelor fizice îndreptățite. Astfel, *succesibilii care, după data de 6 martie 1945, nu au acceptat moștenirea sunt repuși de drept în termenul de acceptare a succesiunii pentru imobilele indicate de această lege. Cererea de restituire reprezintă acceptare a succesiunii* pentru bunurile a căror restituire se solicită. În cazul în care nu au urmat procedura indicată de lege, de cotele moștenitorilor legali sau testamentari care nu au urmat procedura prevăzută de această lege profită ceilalți moștenitori ai persoanei îndreptățite care au depus în termen cererea de restituire.

Pornind de la faptul că în practica instanțelor judecătorești nu exista un punct de vedere unitar în aplicarea art. 13 din Legea nr. 18/1991, republicată, referitor la posibilitatea repunerii în termenul de acceptare a succesiunii a succesibililor care au renunțat la moștenire, a fost necesară clarificarea situației, lucru realizat printr-un *recurs în interesul legii (Secțiunile Unite ale ÎCCJ, decizia nr. XI din 5 februarie 2007) cu privire la aplicarea dispozițiilor art. 13 din Legea nr. 18/1991, referitoare la posibilitatea repunerii în termenul de acceptare a succesiunii a succesibililor care au renunțat la moștenire* (Monitorul Oficial nr. 733/2007).

Unele instanțe au considerat că prin Legea nr. 18/1991 legiuitorul a creat instituția repunerii în termenul de acceptare a succesiunii, deoarece de regulă, atitudinea moștenitorilor față de succesiune și decizia a fost bazată pe ceea ce a constituit atunci activul succesoral, precum și pe faptul că la data dezbaterii succesiunii după autorul lor terenurile în litigiu erau scoase din circuitul civil, fiind posibil ca renunțarea și neexprimarea opțiunii succesoriale să fie determinate de o lipsă de interes pentru masa succesorală, în care nu erau incluse terenurile, alături de imposibilitatea deținerii în proprietate a mai multor imobile. Alte instanțe, pornind de la ideea că opțiunea succesorală a eredității este un act juridic unilateral, voluntar, deoarece fiecare dintre eredi are libertatea de alegere, au considerat că ereditățile renunțător nu poate beneficia de repunerea în termenul de acceptare a succesiunii, de reconstituirea dreptului de proprietate, deoarece ereditățile

care renunță devine persoană străină de moștenirea autorului său, fost proprietar. În plus, renunțarea privește atât bunurile existente în succesiune la data decesului autorului, cât și bunurile ar putea intra în succesiunea respectivă, la fel ca în cazul succesibilului care renunță la moștenire, crezând că este insolubilă.

Aparent, dispoziția imperativă de la art. 13 din Legea fondului funciar, potrivit căreia, în cazul terenurilor ce nu s-au găsit în circuitul civil, moștenitorii sunt repuși de drept în termenul de acceptare cu privire la cota care li se cuvine din terenurile ce au aparținut autorului lor, ei fiind considerați că au acceptat succesiunea prin cererea pe care o fac comisiei, ar duce la concluzia că toți succesibilii autorului îndreptățiți care solicită reconstituirea dreptului sunt, la rândul lor, repuși de drept în termenul de acceptare a moștenirii cu privire la dreptul de proprietate al autorului lor asupra terenurilor.

Prin dezlegarea dată de instanța supremă acestei probleme, pot beneficia de repunerea în termenul de acceptare a succesiunii doar moștenitorii care nu au acceptat-o, în termenul și condițiile din Codul civil anterior, iar nu și cei care au renunțat la succesiune. Dispozițiile art. 13 din Legea nr. 18/1991 privind repunerea în termen trebuie interpretate în sensul că vizează numai „moștenitorii”, persoane care au „calitatea de moștenitor”. Iar eredele care renunță la succesiune este considerat că nu a avut niciodată această calitate, titlul de moștenitor fiind desființat cu efect retroactiv, fiind considerat ca o persoană străină de moștenire.

Astfel, cel care a renunțat expres la succesiune nu intră în categoria persoanelor care sunt moștenitori, el neputând dovedi această calitate întrucât nu este vorba de o neacceptare a succesiunii în termenul de opțiune succesorală când ar fi doar prezumat de lege ca renunțător, ci se dovedește cu certitudine că a renunțat expres la succesiune și că nu este moștenitor, prin declarație notarială, iar prin efectul renunțării, moștenitorul este socotit că nu a fost niciodată moștenitor, iar vocația sa succesorală este retroactiv desființată.

În ceea ce ne privește, soluția este una criticabilă atât prin raportare la regimul special al acestei excepții de la regulile firești ale devoluțiunii moderne a moștenirii, cât și prin raportare la argumentele istorice, sociale, familiale care pot motiva deciziile renunțătorilor și ale străinilor de succesiunea lui *de cuius*.

În concluzie, prin recursul în interesul legii a fost clarificată situația juridică a renunțătorilor (cu declarație expresă) la moștenire, în sensul că beneficiază de repunerea în termenul de acceptare a succesiunii numai moștenitorii care nu au acceptat succesiunea în termenul de opțiune succesorală, iar nu și cei care au renunțat la moștenire. Astfel, pentru aceștia din urmă se aplică principiul indivizibilității. Beneficiază de dispozițiile Legii nr. 18/1991 privind reconstituirea dreptului de proprietate asupra terenurilor:

- moștenitorii fostului proprietar care au acceptat moștenirea acestuia și care pot formula cererea și vor beneficia de reconstituire, caz în care se respectă caracterul indivizibil al transmisiunii succesorală și caracterul indivizibil al opțiunii succesorală (regula indivizibilității patrimoniului succesoral conferă același caracter indivizibil și pentru opțiunea succesorală, care nu poate fi condiționată de aspectul cantitativ al patrimoniului succesoral);
- moștenitorilor fostului proprietar care au acceptat moștenirea acestuia li se recunoaște dreptul de a formula cererea, dar pot alege să nu o formuleze cererea (se abțin să facă cererea) și nu vor beneficia de reconstituirea dreptului de proprietate, caz în care această situație derogă de la caracterul indivizibil al transmisiunii succesorală;
- dacă au renunțat la moștenirea fostului proprietar decedat, moștenitorii acestuia nu mai pot beneficia de reconstituire (nu pot face cerere);
- succesibilii care nici nu au acceptat, nici nu au renunțat la moștenirea fostului proprietar decedat, pot formula cererea și vor beneficia de reconstituirea dreptului de proprietate;
- moștenitorii nerezervatari exheredați prin testament de către fostul proprietar decedat nu pot beneficia de reconstituire deoarece nu li se recunoaște dreptul de a face cererea.

2.4. Transmisiunea succesorală este o transmisiune unitară, în sensul că întreg patrimoniul defunctului este transmis după aceleași reguli indiferent de natura, proveniența, originea sau modalitățile de care sunt afectate drepturile și obligațiile care-l compun, iar o persoană fizică lasă o unică moștenire și nu mai multe.

Faptul că întreg patrimoniul defunctului este transmis după aceleași reguli indiferent de natura drepturilor și obligațiilor care compun patrimoniul înseamnă că nu se face distincție după cum este vorba de drepturi reale sau de creanță, bunuri mobile sau imobile.

Transmisiunea succesorală este o transmisiune unitară în sensul că se aplică aceleași reguli fără a prezenta relevanță proveniența drepturilor și obligațiilor care compun patrimoniul, adică indiferent dacă provin de pe linie paternă sau de pe linie maternă.

Caracterul unitar al transmisiunii succesorală înseamnă și faptul că nu contează originea drepturilor și obligațiilor care compun patrimoniul, adică nu există reguli speciale după cum sunt fie moștenite, fie achiziționate.

Faptul că transmisiunea succesorală este o transmisiune unitară înseamnă și că întreg patrimoniul defunctului este transmis după aceleași reguli indiferent de modalitățile de care sunt afectate drepturile și obligațiile care-l compun, adică indiferent dacă sunt afectate de termen, condiție sau sarcină.

Caracterul unitar al transmisiunii unitare este de necontestat chiar dacă nici Codul civil din 1864 și nici noul Cod civil nu fac mențiune expresă în sensul că întreg patrimoniul defunctului este transmis după aceleași reguli indiferent de natura, proveniența, originea sau modalitățile de care sunt afectate drepturile și obligațiile care-l compun, după modelul art. 732 din Codul civil francez, unde se precizează că legea nu ia în considerare nici natura și nici originea bunurilor pentru transmiterea patrimoniului succesoral. Principiul unității transmisiunii succesorală a fost creat de jurisconșulții romani care i-au conferit două sensuri: pe de o parte moștenirea testamentară o excludea pe cea legală, nefiind acceptate cele două tipuri de moștenire, iar pe de altă parte, în dreptul roman nu se făcea nicio distincție între bunurile ce alcătuiesc succesiunea după natura sau originea lor<sup>9</sup>.

Prin excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesorală, există situații care presupun aplicarea unor reguli deosebite în privința stabilirii vocației succesorală, a cotei părți, a bunurilor ce compun cota unui moștenitor etc. Aceste excepții sunt cunoscute ca moșteniri anormale. Astfel, moștenirea anomală trebuie privită ca o succesiune legală căreia i se aplică reguli speciale, prin excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesorală, și există atunci când devoluțiunea succesorală, adică stabilirea persoanelor, ordinea, cotele în care are loc transmiterea patrimoniului succesoral se face în funcție de natura, proveniența, originea sau modalitățile de care sunt afectate drepturile și obligațiile care-l compun.

---

<sup>9</sup> V. Ș. I. Niță în I. Dogaru, V. Stănescu, M. M. Soreață, *op. cit.*, p. 14.



În dreptul român, ca excepții de la caracterul anomal al moștenirii, ca moșteniri anormale, sunt avute în vedere art. 316 și art. 317 din Codul civil de la 1864, ulterior abrogate prin art. 49 al Decretului nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei și a Decretului privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, care reglementau un drept special de moștenire pe care îl avea adoptatorul sau descendenții săi cu privire la bunurile pe care adoptatul le-a dobândit cu titlu gratuit de la adoptator, în cazul în care adoptatul murea fără succesori<sup>10</sup>. Deși instituția nu mai este de actualitate, în prezent există situații când legiuitorul a ales ca anumite drepturi să fie transmise pentru caiza morții după alte reguli decât cele ale moștenirii legale, adică cazul moștenirilor anormale.

Totuși, nu se poate considera că suntem în prezența unei devoluțiuni succesorală propriu-zise deoarece sunt avute în vedere anumite situații concrete, punctuale, când se aplică reguli speciale în funcție de natura, proveniența, originea sau modalitățile de care sunt afectate drepturile și obligațiile care compun patrimoniul succesoral.

În dreptul român nu se aplică principiul *paterna paternis, materna maternis*, care distingea între bunuri după proveniența lor, pe linie maternă sau paternă, cu excepția cazului în care la moștenirea defunctului vin frați din părinți diferiți, frați buni, frați consangvini, frați uterini<sup>11</sup>. Nu putem considera că suntem în prezența unei moșteniri anormale atunci când la moștenirea lui *de cuius* vin frați din părinți diferiți, frați buni, frați consangvini, frați uterini deoarece în acest caz se aplică regulile devoluțiunii

---

<sup>10</sup> Art. 316: ”Murindu adoptatului, fără descendenți legitimi, lucrurile date lui de către adoptatoriu prin daru asu prin moștenire, ce se voru găsi în natura în vremea morții adoptatului, se voru întorce la adoptatoru, sau la descendentii sei, cu îndatorirea de a contribui la datorii, și fără prejuditiului drepturilor unoru a treia persoane. Prisosulu bunuriloru adoptatului va fi alu parintiloru sei firesci, și aceștia se voru esclude totu'dea'una, pentru obiectele specificatu în acestu articolu, pe toți moștenitorii adoptatorului afară de descendentii sei.”; art. 317: „Dacă trairu adoptatoriulu, și dupe mortea adoptatului, copiii sau descendentii lasati de acești din urma, voru muri și ei fără posteritate, adoptatorulu va moșteni lucrurile date de dansulu, dupe cum s'a disu în art. precedente, dara acestu dreptu se va margini numai la persona adoptatoriulu și nu se va transmite și la moștenitorii sei, chiar de aru fi descendentii directi.”

<sup>11</sup> D. Florescu, *Dreptul succesoral*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 11.

succesorale legale și nu reguli speciale în funcție de natura, proveniența, originea sau modalitățile de care sunt afectate drepturile și obligațiile care compun patrimoniul succesoral.

O primă excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesorale (moștenire anomală) privește dreptul special de moștenire al soțului supraviețuitor, reglementat de art. 974 N.C.Civ., conform căruia când nu vine în concurs cu descendenții defunctului, soțul supraviețuitor moștenește, pe lângă cota succesorală care i se recunoaște în concurs cu orice clasă de moștenitori legali, mobilierul și obiectele de uz casnic care au fost afectate folosinței comune a soților. Inițial, în forma din Legea nr. 319/1944 pentru dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor (abrogată odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil) era recunoscut și dreptul special de moștenire al soțului supraviețuitor asupra darurilor de nuntă (adică se făcea o aplicare a unor reguli speciale în funcție de proveniența bunurilor), prevedere care nu a fost preluată de noul Cod civil<sup>12</sup>.

Totuși, atunci când soțul supraviețuitor va veni în concurs cu descendenții defunctului nu va putea beneficia de aceste bunuri, nu se vor aplica aceste reguli speciale, ceea ce înseamnă că se va aplica caracterul unitar al transmisiunii succesorale.

Rațiunea acestei excepții este aceea de a conferi soțului supraviețuitor aceleași condiții de care a beneficiat și în timpul vieții lui *de cuius* și de a nu provoca o suferință suplimentară, pe lângă cea a pierderii lui *de cuius*, prin schimbarea bruscă a acestor condiții.

O a doua excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesorale (moștenire anomală) se referă la situația dobândirii dreptului de proprietate asupra terenurilor din România de către cetățenii străini și de către apatrizi.

Conform art. 44 alin. (2) din Constituția României, proprietatea privată este garantată și ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular. Cetățenii străini și apatrizii pot dobândi dreptul de proprietate privată asupra terenurilor numai în condițiile rezultate din aderarea României la Uniunea Europeană și din alte tratate internaționale la care România este parte, pe

---

<sup>12</sup> Conform art. 340 N.C.Civ. privind situația bunurilor proprii ale soților, nu sunt bunuri comune, ci bunuri proprii ale fiecărui soț bunurile dobândite prin moștenire legală, legat sau donație, cu excepția cazului în care dispunătorul a prevăzut, în mod expres, că ele vor fi comune.

bază de reciprocitate, în condițiile prevăzute prin lege organică, precum și prin moștenire legală.

Dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor din România de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine este reglementată de Legea nr.312 din 10 noiembrie 2005 (Monitorul Oficial nr. 1008/2005). Conform art. 1 alin. (2), prevederile acestei legi nu se aplică în cazul dobândirii dreptului de proprietate asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi prin moștenire legală. De aici rezultă că domeniul de aplicare a Legii nr. 312/2005 (cu aplicarea cerințelor specifice care trebuiau îndeplinite și a termenelor de tranziție de 5 ani, respectiv 7 ani, care au expirat) este reprezentat de dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către străini și apatrizi prin actele juridice *inter vivos* și prin moștenire testamentară. Astfel, cetățenii străini și apatrizi, precum și persoanele juridice străine pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor din România prin moștenire legală de la data deschiderii moștenirii dacă această dată este situată după revizuirea Constituției, în timp ce pentru dobândirea prin moștenire testamentară se aplică dispozițiile din Legea nr 312/2005, cu condițiile și termenele de acolo.

O altă excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale (moștenire anomală) se referă la dispozițiile din Codul muncii, Legea nr. 53/2003 republicată în Monitorul Oficial nr. 345 din 18 mai 2011, și privește drepturile salariale neplătite, datorate până la data decesului salariatului.

Conform art. 167 din acest cod, salariul se plătește direct titularului sau persoanei împuternicite de acesta, iar în caz de deces al salariatului, drepturile salariale datorate până la data decesului sunt plătite, în ordine, soțului supraviețuitor, copiilor majori ai defunctului sau părinților acestuia, iar dacă nu există niciuna dintre aceste categorii de persoane, drepturile salariale sunt plătite altor moștenitori, în condițiile dreptului comun.

Din dispozițiile indicate rezultă că beneficiază de aceste drepturi salariale neplătite, altfel decât prevede dreptul comun, adică se stabilesc de către lege alte persoane decât cele care ar fi stabilite prin aplicarea regulilor ordinare ale transmiterii moștenirii, persoane care vor avea dreptul de a culege aceste sume, și anume soțul supraviețuitor, copiii majori ai defunctului sau părinții acestuia, în această ordine. Se arată expres că aceste persoane nu trebuie să facă dovada calității lor de moștenitori, ci doar a legăturii de rudenie. În schimb, alți moștenitori, în lipsa celor arătați, trebuie să facă dovada calității de moștenitori.

De observat că, spre deosebire de alte ipoteze de moștenire anomală, unde sunt stabilite în mod similar anumite persoane care au anumite drepturi acordate în mod special cu privire la unele aspecte din patrimoniul lui *de cuius*, în această reglementare legiuitorul a optat pentru selectarea copiilor majori ai defunctului, fiind aparent excluși copiii minori, fără o explicație și fără un anumit motiv pe care să-l putem identifica. Totuși, normele sunt de excepție și deci de strictă interpretare.

În doctrină se apreciază că aceste prevederi se aplică și indemnizației (compensației în bani) convenite salariatului decedat pentru concediul neefectuat (art. 146 alin. 4 din Codul muncii), pe ideea că indemnizația de concediu are natura juridică a salariului<sup>13</sup>.

O altă excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale (moștenire anomală) privește dispozițiile din Legea cadru nr. 284/2010 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice și se referă la drepturile bănești neplătite, datorate până la data decesului anumitor categorii de persoane care fac parte din personalul plătit din fondurile publice.

Conform art. 66 din această lege, în caz de deces, drepturile bănești convenite personalului militar, polițiștilor, funcționarilor publici cu statut special din sistemul administrației penitenciare și personalului civil se plătesc, pentru întreaga lună în care a avut loc decesul, după caz, soțului supraviețuitor, copiilor (fără a se distinge după cum sunt majori sau minori, referitor la discuția de mai sus!) sau părinților, iar în lipsa acestora, celorlalți moștenitori legali.

Din aceste dispoziții rezultă că beneficiază de aceste drepturi bănești neplătite, în alte condiții decât cele din dreptul comun, adică se stabilesc de către lege alte persoane decât cele care ar fi stabilite prin aplicarea regulilor ordinare ale transmiterii moștenirii, persoane care vor avea dreptul de a culege aceste sume, și anume soțul supraviețuitor, copiii defunctului sau părinții acestuia, în lipsă, alți moștenitori legali.

Și aici trebuie observat că, spre deosebire de alte ipoteze de moștenire anomală, unde sunt stabilite în mod similar anumite persoane care au anumite drepturi acordate în mod special cu privire la unele aspecte din patrimoniul lui *de cuius*, iar pentru cazul lipsei acestora se face trimitere la moștenitori, aici legiuitorul a limitat doar la categoria moștenitorilor legali,

---

<sup>13</sup> Fr. Deak, R. Popescu, *op. cit.*, p. 42.

la fel ca mai sus, fără o explicație și fără un anumit motiv pe care să-l putem identifica (explicația este clară în ipoteza unui legatar cu titlu particular care nu ar putea avea vocație la aceste sume, dar întrebarea se pune ce se întâmplă în cazul unui legatar cu universal). Totuși, normele sunt de excepție și de strictă interpretare.

Altă excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale (moștenire anomală) privește dispozițiile din Legea nr. 263/2010 privind sistemul unitar de pensii publice și are în vedere sumele rămase neîncasate de către pensionarul decedat.

Astfel, conform art. 120 sumele neîncasate de către pensionar, reprezentând pensia pe luna în care a avut loc decesul și/sau, după caz, drepturi restante de pensie, cuvenite și neîncasate până la deces, se plătesc soțului supraviețuitor, copiilor (fără a se distinge după cum sunt majori sau minori, referitor la discuția de mai sus!), părinților sau, în lipsa acestora, celorlalți moștenitori, în condițiile dreptului comun.

Dispozițiile indicate reprezintă moșteniri anormale deoarece legiuitorul a stabilit că de sumele neîncasate de către pensionarul decedat sau de orice alte drepturi restante de pensie, cuvenite și neîncasate până la deces, vor beneficia alte persoane decât cele care ar fi stabilite prin aplicarea regulilor ordinare ale transmisiunii moștenirii, și anume soțul supraviețuitor, copiii defunctului sau părinții acestuia, în lipsă, alți moștenitori. Aceste persoane nu trebuie să facă dovada calității lor de moștenitori, ci doar a legăturii de rudenie. În schimb, alți moștenitori, în lipsa celor arătați, trebuie să facă dovada calității de moștenitori.

De observat că Normele de aplicare ale legii sunt parțial eronate fiindcă prevăd în art. 80 alin. (2) astfel: actele necesare în vederea acordării acestor sume sunt, după caz cerere (anexa nr. 9); certificatul de deces, în original și în copie; actul de identitate al solicitantului (original și în copie); acte de stare civilă ale solicitantului, din care să rezulte gradul de rudenie cu decedatul (original și copie); *certificatul de moștenitor* (original și copie); copia talonului de plată a pensiei persoanei decedate, după caz.

Altă ipoteză de existență a moștenirii anormale privește indemnizațiile de asigurări sociale. În acest sens, conform art. 39 alin. (2) O.U.G. nr. 158/2005 privind concediile și indemnizațiile de asigurări sociale de sănătate, indemnizațiile cuvenite și neachitate asiguratului decedat se plătesc soțului supraviețuitor, copiilor, părinților sau, în lipsa acestora, persoanei care dovedește că l-a îngrijit până la data decesului.

Sunt indemnizații de asigurări sociale, de exemplu: indemnizația pentru creșterea copilului sau pentru îngrijirea copilului bolnav, indemnizația de maternitate, indemnizația pentru incapacitate temporară de muncă.

Dispozițiile indicate sunt analizate ca moșteniri anormale deoarece legiuitorul a stabilit că sumele reprezentate de indemnizațiile de asigurări sociale cuvenite și neachitate asiguratului decedat vor beneficia altor persoane decât cele care ar fi stabilite prin aplicarea regulilor ordinare ale transmiterii moștenirii, și anume soțul supraviețuitor, copiii defunctului sau părinții acestuia, iar în lipsa acestora, persoanei care dovedește că l-a îngrijit până la data decesului. Aceste persoane nu trebuie să facă dovada calității lor de moștenitori, ci doar a legăturii de rudenie. În schimb, în lipsa celor arătați expres, persoana care dovedește că l-a îngrijit până la data decesului, trebuie să facă dovada că l-a îngrijit.

Trebuie observat că indemnizațiile de asigurări sociale (cum ar fi: indemnizația pentru creșterea copilului sau pentru îngrijirea copilului bolnav, indemnizația de maternitate, indemnizația pentru incapacitate temporară de muncă) pot fi plătite și oricărei persoane care dovedește că l-a îngrijit pe de cuius până la data decesului, indiferent de calitatea sa de rudă.

Altă excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale (moștenire anomală) se referă la situația locurilor de veci, deoarece există unele reguli speciale și în acest sens.

Astfel, unele consilii locale și parohii reglementează prin norme proprii, derogatorii de la dispozițiile N.C.Civ., moștenirea locurilor de veci aflate în administrare sau proprietate. Validitatea acestor acte este disputată deoarece se pune problema dacă contravin sau nu dispozițiilor Codului civil.

Altă ipoteză de moștenire anomală privește drepturile succesoriale ale unor culte religioase recunoscute în țara noastră, fiind reglementate prin norme proprii derogatorii de la dispozițiile N.C.Civ., moștenirea unor bunuri aflate în administrarea sau în proprietatea membrilor acestor culte.

Astfel, Hotărârea de Guvern nr. 53 din 16 ianuarie 2008 privind recunoașterea Statutului pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române prevede că eparhiile au vocație asupra tuturor bunurilor succesoriale ale ierarhilor lor (art. 192).

Conform art. 193 din această hotărâre, bunurile călugărilor și călugărițelor aduse cu dânsii sau donate mănăstirii la intrarea în monahism, precum și cele dobândite în orice mod în timpul viețuirii în mănăstire rămân

în totalitate mănăstirii de care aparțin și nu pot face obiectul revendicărilor ulterioare.

Pentru ierarhii pensionați sau retrași, Sfântul Sinod va reglementa drepturile acestora în conformitate cu prevederile statutare și regulamentare bisericești (art. 194 din hotărâre).

Dispoziții similare există și în Hotărârea de Guvern nr. 1218/2008 privind recunoașterea Codului de Drept Canonic al Bisericii Romano-Catolice și a Codului Canoanelor Bisericilor Orientale. Conform art. 668 §1, înainte de prima profesiune, membrii trebuie să lase administrarea bunurilor lor celor pe care îi preferă și, în cazul când constituțiile nu prescriu altfel, să dispună liber de uzul și uzufructul acestor bunuri, iar cel puțin înainte de profesiunea perpetuă, să facă testamentul, care să fie valid și după dreptul civil. Conform art. 668 §3, tot ceea ce un călugăr câștigă prin munca personală sau în numele institutului, câștigă pentru institut.

Aceste dispoziții sunt derogatorii de la regimul transmiterii patrimoniului succesoral aplicabil conform Codului civil (sau chiar contrare Codului civil!) dacă nu cumva sunt plasate și dincolo de voința lui *de cuius* care și-a dat consimțământul pentru ceea ce se întâmplă în timpul vieții, prin participarea și acceptarea regulilor specifice, fără a se putea prezuma consimțământului lui *de cuius* pentru transmiterea unor bunuri din patrimoniul său *mortis causa* (sau fără a fi suficient din punct de vedere legal o prezumție în acest sens, care să fie dedusă din acceptarea aplicării acestor dispoziții) sau fără a fi suficientă o simplă dispoziție dintr-o normă de organizare internă pentru a reține un consimțământ valabil exprimat pentru ceea ce se întâmplă cu unele dintre bunurile sale sau întreg patrimoniul său după moarte; s-ar ajunge ca în loc să fie o exprimare a propriei voințe cu privire la patrimoniul său succesoral, ca element esențial pentru acest domeniu, să fie vorba de elemente exterioare acestei voințe, care pe baza unor ficțiuni sau a unor prezumții mai mult sau mai puțin reale, să permită aplicarea unor reguli de acest gen, derogatorii de la dreptul comun. Cel mult, se poate accepta aplicarea acestor reguli prin raportare la actele cu titlu gratuit *inter vivos* (donații), dar nu și la eventuale legate făcute într-o formă care nu este reglementată de Codul civil.

2.4.1. Pe lângă aceste cazuri de moștenire anomală, există unele situații controversate în privința considerării lor ca situații de excepție care presupun aplicarea unor reguli speciale, derogatorii de la dreptul comun, sau pentru care se aplică caracterul unitar al transmisiunii succesoriale, conform

căruia întreg patrimoniul defunctului este transmis după aceleași reguli indiferent de natura, proveniența, originea sau modalitățile de care sunt afectate drepturile și obligațiile care-l compun.

O primă situație privește dreptul de abitație al soțului supraviețuitor, art. 973 N.C.Civ. . Soțul supraviețuitor care nu este titular al niciunui drept real de a folosi o altă locuință corespunzătoare nevoilor sale beneficiază de un drept de abitație asupra casei în care a locuit până la data deschiderii moștenirii, dacă această casă face parte din bunurile moștenirii.

Este discutabil dacă această ipoteză poate fi analizată ca moștenire anomală și dacă putem pune semnul egalității față de cazul de moștenire anomală care privește dreptul special de moștenire al soțului supraviețuitor, reglementat de art. 974 N.C.Civ., conform căruia când nu vine în concurs cu descendenții defunctului, soțul supraviețuitor moștenește, pe lângă cota succesorală care i se recunoaște în concurs cu orice clasă de moștenitori legali, mobilierul și obiectele de uz casnic care au fost afectate folosinței comune a soților. Se observă o diferență între moștenirea anomală reglementată de art. 974 care privește mobilierul și obiectele de uz casnic care au fost afectate folosinței comune a soților, ca bunuri care s-au format în patrimoniul lui *de cuius* și care fac parte din moștenire, pe de o parte, și pe de altă parte, dreptul de abitație al soțului supraviețuitor care nu s-a format în patrimoniul lui *de cuius*, ci în persoana soțului supraviețuitor cu privire la patrimoniul lui *de cuius*, precum și caracterul temporar al acestui drept.

O altă situație posibil controversată în sensul existenței unei moșteniri anormale privește beneficiul continuării contractului de închiriere, care presupune aplicarea unor reguli speciale cu privire la transmiterea patrimoniului succesoral.

Conform art. 1834 N.C.Civ. privind decesul chiriașului, contractul de închiriere a locuinței încetează în termen de 30 de zile de la data înregistrării decesului chiriașului, iar descendenții și ascendenții chiriașului au dreptul, în termenul de 30 de zile, să opteze pentru continuarea contractului de închiriere până la expirarea duratei acestuia, dacă sunt menționați în contract și dacă au locuit împreună cu chiriașul. În caz de deces al unuia dintre soți, soțul supraviețuitor continuă exercitarea dreptului său locativ, dacă nu renunță în mod expres la acesta tot în termenul de 30 de zile indicat (art. 323 alin. 3).

Persoanele menționate au cerut continuarea contractului, desemnează de comun acord persoana sau persoanele care semnează



contractul de închiriere în locul chiriașului decedat. În cazul în care aceștia nu ajung la un acord în termen de 30 de zile de la data înregistrării decesului chiriașului, desemnarea se face de către locator.

Subînchirierea consimțită de chiriaș încetează la expirarea termenului de 30 de zile, dacă locațiunea nu continuă în baza acestor prevederi. În acest ultim caz, persoana desemnată semnează contractul de subînchiriere în locul chiriașului decedat.

S-a susținut faptul că invocarea beneficiului contractului nu înseamnă altceva decât invocarea unui drept de transmitere *mortis causa* a contractului de locațiune, adică a folosinței locuinței și a obligației corelative de plată a chiriei, pe termenul și în condițiile stipulate inițial de către locator și defunctul locator, iar acest transfer reprezintă o succesiune anomală deoarece persoanele de mai sus, în considerarea naturii bunului, primesc drepturi succesoriale în condiții diferite de cele ale dreptului succesoral comun<sup>14</sup>.

O altă situație controversată privește regimul juridic al amintirilor de familie, care presupune aplicarea unor reguli speciale cu privire la transmiterea patrimoniului succesoral.

Ținând cont de natura specială a bunurilor care constituie amintiri de familie, conform art. 1142 N.C.Civ., moștenitorii pot ieși din indiviziune cu privire la bunurile care constituie amintiri de familie numai prin partaj voluntar. În cazul în care nu se realizează partajul voluntar, bunurile care constituie amintiri de familie rămân în indiviziune. Pe durata indiviziunii, prin acordul moștenitorilor sau, în lipsa acestuia, prin hotărârea instanței, amintirile de familie sunt depozitate în interesul familiei la unul ori mai mulți dintre moștenitori sau în locul convenit de ei. Moștenitorul desemnat ca depozitar poate revendica bunurile care constituie amintiri de familie de la cel care le deține pe nedrept, dar nu le poate înstrăina, împrumuta sau da în locațiune fără acordul unanim al coindivizivilor.

S-a susținut că amintirile de familie au un regim special determinat de faptul că reprezintă bunuri încărcate de o valoare morală (hârtii de familie, scrisori în cadrul familiei, portrete, arme, decorații, bijuterii etc.), sunt bunuri care au aparținut membrilor familiei și arată istoricul familiei, cu o încărcătură afectivă specială care impune un regim propriu pentru a nu se permite risipirea lor. Inițial s-a admis aplicarea unor reguli proprii în forma

---

<sup>14</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 33.

scoaterii la licitație și atribuirii unuia dintre moștenitori în caz de dezacord la partaj, iar ulterior prin aplicarea altor reguli decât cele de drept comun chiar în cazul devoluțiunii legale. Se consideră astfel, că în cazul acestor bunuri este vorba de o moștenire anomală<sup>15</sup>.

În cazul bunurilor care constituie amintiri de familie este discutabil dacă fac parte din patrimoniul succesoral al lui *de cuius* ca să putem analiza în continuare dacă există sau nu o moștenire anomală, care presupune aplicarea unor reguli speciale cu privire la transmiterea patrimoniului succesoral, sau dacă aceste bunuri nu sunt doar ale lui *de cuius*, ci ale familiei, de unde și regimul lor special.

O altă situație controversată privește clauza de preciput care presupune aplicarea unor reguli speciale cu privire la transmiterea patrimoniului succesoral.

Conform art. 333 N.C.Civ., prin convenție matrimonială se poate stipula ca soțul supraviețuitor să preia fără plată, înainte de partajul moștenirii, unul sau mai multe dintre bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate. Clauza de preciput poate fi stipulată în beneficiul fiecăruia dintre soți sau numai în favoarea unuia dintre ei. Clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor, ci numai reducățiunii, în condițiile art. 1096 alin. (1) și (2) N.C.Civ.

Reglementarea în discuție pare însă a se îndepărta de subiectul tratat de noi, întrucât caracterul unitar al transmisiunii succesoriale nu este, cel puțin *a priori*, afectat având în vedere că moștenirea anomală angrenează transmiterea patrimoniului după reguli speciale ce privesc bunurile proprii ale lui *de cuius*.

Altă situație controversată privește situația unei moșteniri cu element de extraneitate, care presupune aplicarea unor reguli speciale cu privire la transmiterea patrimoniului succesoral.

Anterior intrării în vigoare a Noului Cod civil, art. 66 din Legea nr. 105/1992 privind raporturile de drept internațional privat prevedea că în situațiile ce implică elemente de extraneitate (cetățean român decedat având bunuri în străinătate sau cetățean român străin decedat având bunuri în România) succesiunea privind bunurile mobile, indiferent de locul situării lor, va fi supusă legii naționale a celui care lasă moștenirea (*lex patriae*), iar moștenirea privind bunurile imobile va fi supusă legii locului unde sunt

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 34-35.

situate aceste bunuri (*lex rei sitae*), fiind aplicabile reguli speciale. Potrivit art. 68 din lege, caracterul unitar al transmisiunii moștenirii putea fi restabilit prin intermediul dispozițiilor testamentare, în cazul în care *de cuius* a supus devoluțiunea bunurilor sale unei singure legi, cu condiția ca această alegere să respecte dispozițiile imperative ale legii (art. 66).

În aceste ipoteze, așa cum s-a arătat în doctrină<sup>16</sup>, atunci când exista un element de extraneitate, în funcție de natura bunurilor care alcătuiesc masa succesorală, prin derogare de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale, devoluțiunea moștenirii va fi supusă unor norme deosebite, însă principiul unității va putea fi restabilit prin testament de către testator, fără ca prin alegerea sa să înlăture dispozițiile imperative ale legii.

Noul Cod civil (art. 230 din Legea 71/2011) a abrogat art. 1-33 și 36- 147 din Legea nr. 105/1992 privind raporturile de drept internațional privat. Astfel, conform art. 2633 N.C.Civ. moștenirea este supusă legii statului pe teritoriul căruia defunctul a avut, la data morții, reședința obișnuită.

Referitor la alegerea legii aplicabile, art. 2.634 N.C.Civ. prevede că o persoană poate să aleagă, ca lege aplicabilă moștenirii în ansamblul ei, legea statului a cărui cetățenie o are. Existența și validitatea consimțământului exprimat prin declarația de alegere a legii aplicabile sunt supuse legii alese pentru a cămui moștenirea. Declarația de alegere a legii aplicabile trebuie să îndeplinească, în ceea ce privește forma, condițiile unei dispoziții pentru cauză de moarte. Tot astfel, modificarea sau revocarea de către testator a unei asemenea desemnări a legii aplicabile trebuie să îndeplinească, în ceea ce privește forma, condițiile de modificare sau de revocare a unei dispoziții pentru cauză de moarte.

În privința legii aplicabile formei testamentului, conform art. 2.635 N.C.Civ., întocmirea, modificarea sau revocarea testamentului sunt considerate valabile dacă actul respectă condițiile de formă aplicabile, fie la data când a fost întocmit, modificat sau revocat, fie la data decesului testatorului, conform oricăreia dintre legile următoare: legea națională a testatorului; legea reședinței obișnuite a acestuia; legea locului unde actul a fost întocmit, modificat sau revocat; legea situației imobilului ce formează obiectul testamentului; legea instanței sau a organului care îndeplinește procedura de transmitere a bunurilor moștenite.

---

<sup>16</sup> Fr. Deak, *op. cit.*, pp. 22-23; D. Chirică, *op. cit.*, p. 32.

Ca domeniu de aplicare a legii moștenirii, art. 2.636 N.C.Civ. prevede că legea aplicabilă moștenirii stabilește îndeosebi: a) momentul și locul deschiderii moștenirii; b) persoanele cu vocație de a moșteni; c) calitățile cerute pentru a moșteni; d) exercitarea posesiei asupra bunurilor rămase de la defunct; e) condițiile și efectele opțiunii succesoriale; f) întinderea obligației moștenitorilor de a suporta pasivul; g) condițiile de fond ale testamentului, modificarea și revocarea unei dispoziții testamentare, precum și incapacitățile speciale de a dispune sau de a primi prin testament; h) partajul succesoral. În cazul în care, conform legii aplicabile moștenirii, succesiunea este vacantă, bunurile situate sau, după caz, aflate pe teritoriul României sunt preluate de statul roman în temeiul dispozițiilor legii române privitoare la atribuirea bunurilor unei succesiuni vacante.

2.4.2. Pe lângă cazurile de moștenire anomală analizate, există unele situații care prezintă particularități și în privința cărora s-ar putea pune în discuție dacă se aplică reguli speciale, dar cu privire la care răspunsul este în sens negativ deoarece nu sunt cazuri de moștenire anomală.

Un prim caz privește coexistența moștenirii legale cu cea testamentară, caz în care s-ar putea pune întrebarea dacă se aplică reguli speciale și derogă de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale.

Coexistența moștenirii legale cu cea testamentară este recunoscută conform art. 955 N.C.Civ., care prevede că o parte din patrimoniul defunctului se poate transmite prin moștenire testamentară, iar cealaltă parte prin moștenire legală. Totuși, coexistența moștenirii legale cu cea testamentară nu implică aplicarea unor reguli speciale pentru această situație, care să deroge de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale, ci pentru partea din patrimoniul succesoral care se transmite în baza moștenirii legale se vor aplica regulile specifice devoluțiunii legale, iar pentru partea din patrimoniul succesoral care se transmite în baza moștenirii testamentare se vor aplica regulile specifice devoluțiunii testamentare.

Astfel, așa cum s-a arătat în doctrină<sup>17</sup>, coexistența moștenirii legale cu cea testamentară nu constituie un caz care să presupună aplicarea unor reguli speciale prin care să deroge de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale și nu reprezintă un caz de moștenire anomală.

---

<sup>17</sup> M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR*, Editura Academiei RSR, București, 1966, p. 53; Fr. Deak, *op. cit.*, p. 26; Fr. Deak, R. Popescu, *op. cit.*, p. 52.

Un alt caz care prezintă particularități și în privința căruia s-ar putea pune în discuție dacă se aplică reguli speciale derogatorii de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale privește împărțirea de către defunct a moștenirii în mai multe mase deosebite, caz în care s-ar putea pune întrebarea este o ipoteză de moștenire anomală sau nu, răspunsul fiind negativ și aici.

Conform art. 1054 N.C.Civ. referitor la clasificarea legatelor, legatele sunt universale, cu titlu universal sau cu titlu particular. Pentru cazul în care *de cuius* împarte moștenirea în mai multe mase deosebite, ca posibilitate recunoscută de lege, (de exemplu, legatul tuturor bunurilor mobile și legatul tuturor bunurilor imobile) nu există reguli speciale, ci se aplică regulile de drept comun, fără a constitui o excepție de la caracterul unitar al transmisiunii moștenirii și fără a constitui un caz de moștenire anomală, deși în doctrină s-a susținut și punctul de vedere contrar<sup>18</sup>. Se recunoaște posibilitatea testatorului de a dispune de patrimoniul său așa cum dorește, pentru cauză de moarte, prin aplicarea regulilor devoluțiunii testamentare.

Mai mult, caracterul unitar al transmisiunii succesoriale nu poate să depindă de modul de determinare a obiectului legatului de către testator (de exemplu, moștenirea nu ar avea caracter unitar dacă s-a atribuit legatul bunurilor imobile unui legatar și legatul bunurilor imobile unui alt legatar, și va avea caracter unitar dacă testatorul a atribuit celor doi legatari câte jumătate din fiecare, după cum nu suntem în cazul unei derogări nici dacă defunctul a atribuit unor legatari anumite bunuri în funcție de proveniența lor, de exemplu bunurile moștenite sau primite ca donație de la părinți)<sup>19</sup>.

O altă situație care nu reprezintă o excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale și care nu reprezintă un caz de moștenire anomală se referă la asigurarea de persoane.

Conform reglementărilor anterioare, adică conform art. 32 din Legea nr. 136 din 29 decembrie 1995 privind asigurările și reasigurările în România (Monitorul Oficial nr. 303 din 30 decembrie 1995), abrogată de Ordonanța de urgență nr. 54/2016, în cazul asigurărilor facultative de persoane, suma asigurată se plătește asiguratului sau beneficiarului desemnat de acesta. În cazul decesului asiguratului, dacă nu s-a desemnat un

---

<sup>18</sup> M. Eliescu, *Moștenirea ..., op. cit.*, p. 52.

<sup>19</sup> Fr. Deak, *op. cit.*, pp. 26-27.

beneficiar, suma asigurată se plătește moștenitorilor asiguratului, în calitate de beneficiar. Referitor la modul de împărțire, conform art. 34, dacă asiguratul nu a dispus altfel, atunci când sunt mai mulți beneficiari desemnați, aceștia au drepturi egale asupra sumei asigurate.

În mod corect s-a arătat în doctrină<sup>20</sup> că deși în baza acestor prevederi, legea le atribuia și moștenitorilor calitatea de beneficiari, repartizarea indemnizației de asigurare între ei se făcea în mod egal numai între beneficiarii desemnați. Astfel, repartizarea indemnizației de asigurare între moștenitori se făcea conform regulilor devoluțiunii succesoriale legale sau testamentare, ceea ce însemna că nu derogă de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale.

Mai mult, indemnizația de asigurare, suma asigurată, nu provine din patrimoniul defunctului asigurat, ci se formează în afara patrimoniului acestuia. Moștenitorii asiguratului culeg suma asigurată nu în calitate de moștenitori, ci în calitate de terți beneficiari, dintr-o stipulație pentru altul, iar suma asigurată trece direct în patrimoniul terțului beneficiar din patrimoniul asigurătorului<sup>21</sup>.

Conform art. 2230 N.C.Civ. se prevede expres că în cazul asigurărilor de persoane, referitor la beneficiarul indemnizației, se stabilește că indemnizația de asigurare se plătește asiguratului sau beneficiarului desemnat de acesta. În cazul decesului asiguratului, dacă nu a fost desemnat un beneficiar, indemnizația de asigurare intră în masa succesorală, revenind moștenitorilor asiguratului.

Art. 2232 N.C.Civ. arată ce se întâmplă în caz de pluralitate de beneficiari, adică atunci când sunt mai mulți beneficiari desemnați, indemnizația de asigurare se împarte în mod egal între aceștia, dacă nu s-a stipulat altfel.

Un alt caz care nu reprezintă o excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale și care nu reprezintă ipoteză de moștenire anomală se referă la particularitățile care există în cazul drepturilor patrimoniale de autor.

Conform art. 25 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, Drepturile patrimoniale prevăzute la art. 13 și 21 durează

---

<sup>20</sup> Fr. Deak, *op. cit.*, p. 25.

<sup>21</sup> M. Eliescu, *Transmisiunea și împărțirea moștenirii în dreptul RSR*, Editura Academiei RSR, București, 1966, p. 23

tot timpul vieții autorului, iar după moartea acestuia se transmit prin moștenire, potrivit legislației civile, pe o perioadă de 70 de ani, oricare ar fi data la care opera a fost adusă la cunoștință publică în mod legal.

În doctrină s-a considerat că devoluțiunea succesorală a dreptului de autor derogă de la dreptul comun prin faptul că prerogativele patrimoniale ce derivă din acest drept se transmit prin moștenire doar cu caracter temporar, iar aceste prerogative alcătuiesc o masă deosebită în patrimoniul succesoral și se transmit după norme speciale<sup>22</sup>. Pe linia altor opinii din doctrină<sup>23</sup> considerăm simpla limitare în timp a dreptului patrimonial de autor transmis de la autor către moștenitorii săi nu constituie o excepție de la caracterul unitar al transmisiunii succesorală, iar faptul că există particularități privind caracterul temporar al drepturilor patrimoniale transmise prin moștenire, indiferent dacă este legală sau testamentară și indiferent de persoana moștenitorilor, nefiind, în sine și singur, suficient pentru a justifica existența unui caz de moștenire anomală.

O altă situație care prezintă particularități, dar pentru care nu se aplică reguli speciale și nu reprezintă un caz de moștenire anomală se referă la ajutor de deces.

Conform art. 125 din Legea nr. 263/2010 privind sistemul unitar de pensii publice, în cazul decesului asiguratului sau al pensionarului, beneficiază de ajutor de deces o singură persoană care face dovada că a suportat cheltuielile ocazionate de deces și care poate fi, după caz, soțul supraviețuitor, copilul, părintele, tutorele, curatorul sau, în lipsa acestora, oricare persoană care face această dovadă. Dovada menționată se poate face prin orice mijloc de probă admis de lege.

Conform art. 126 din Legea nr. 263/2010 asiguratul sau pensionarul beneficiază de ajutor de deces în cazul decesului unui membru de familie care nu era asigurat sau pensionar la data decesului. Se consideră membru de familie, în sensul prezentei legi: soțul; b) copiii proprii, copiii adoptați, copiii aflați în plasament familial sau cei încredințați spre creștere și educare familiei, în vârstă de până la 18 ani sau, dacă își continuă studiile, până la terminarea acestora, fără a depăși vârsta de 26 de ani, precum și copiii incapabili de muncă, indiferent de vârstă, dacă și-au pierdut capacitatea de muncă înaintea vârstelor menționate; părinții și bunicii oricărui dintre soți.

---

<sup>22</sup> M. Eliescu, *Moștenirea ...*, op. cit., p. 52.

<sup>23</sup> Fr. Deak, op. cit., p. 23; Fr. Deak, R. Popescu, op. cit., p. 46.

Ajutorul de deces cuvenit pentru un membru de familie reprezintă jumătate din cuantumul prevăzut la art. 125, indicat mai sus.

Conform Normei de aplicare a prevederilor Legii nr. 263/2010 din 20.03.2011, în sistemul public de pensii se acordă ajutor de deces, în cazul decesului asiguratului, pensionarului sau al unui membru de familie care nu era asigurat ori pensionar la data decesului (art. 107 din normă). Dovada că au fost suportate cheltuielile ocazionate de deces se face cu înscrisuri doveditoare în acest sens, inclusiv cu declarație pe propria răspundere a solicitantului ajutorului de deces (art. 109 din normă).

Referitor la aplicarea art. 126, dovada că membrul de familie nu era asigurat sau pensionar se face prin declarație pe propria răspundere a celui care solicită ajutorul de deces (art. 111 din normă). În situația în care membrul de familie decedat era un copil inapt pentru muncă, în vârstă de peste 18 ani, ajutorul de deces se acordă cu condiția prezentării unui act medical emis sau vizat de medicul expert al asigurărilor sociale, prin care se atestă cauza care l-a făcut inapt pentru muncă și data ivirii acesteia (art. 112 din normă).

Conform art. 113 din Norma de aplicare, ajutorul de deces se acordă, după caz, pe baza următoarelor documente: a) cerere pentru acordarea ajutorului de deces, potrivit modelului prevăzut în lege; b) certificat de deces (original și copie); c) act de identitate al solicitantului (original și copie); d) acte de stare civilă ale solicitantului, din care să rezulte gradul de rudenie cu decedatul, sau, după caz, actul care atestă calitatea de tutore, curator, mandatar (original și copie); e) dovada că solicitantul a suportat cheltuielile ocazionate de deces (original și copie); f) act medical emis sau vizat de medicul expert al asigurărilor sociale, prin care se atestă boala care l-a făcut inapt și data ivirii acesteia, în cazul copilului inapt în vârstă de peste 18 ani (original); g) adeverință care să certifice că, la data decesului, membrul de familie cu vârsta cuprinsă între 18 și 26 de ani urma o formă de învățământ organizată potrivit legii (original).

Aplicarea acestor reguli pentru acordarea ajutorului de deces este impusă de particularitățile situației însă nu reprezintă excepții de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale, ceea ce înseamnă că nu ne aflăm în prezența unui caz de moștenire anomală nici aici, mai ales pentru că aceste sume se formează în afara patrimoniului defunctului, și nu fac parte din patrimoniul acestuia.



Un alt caz care prezintă particularități dar pentru care nu se aplică reguli speciale care să deroge de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale se referă la acordarea unui ajutor lunar pentru soțul supraviețuitor, care nu reprezintă un caz de moștenire anomală.

Conform art. 1 din Legea nr. 578/2004 privind acordarea unui ajutor lunar pentru soțul supraviețuitor, soțul supraviețuitor al unei persoane care, la data decesului, avea calitatea de pensionar, după caz, în sistemul public de pensii și alte drepturi de asigurări sociale, în fostul sistem al asigurărilor sociale de stat sau în fostul sistem al asigurărilor sociale pentru agricultori beneficiază, la cerere, în condițiile prezentei legi, de un ajutor lunar.

Ajutorul lunar se acordă soțului supraviețuitor care, la data solicitării, îndeplinește cumulativ următoarele condiții: a) este pensionar din sistemul public de pensii și are cel puțin vârsta standard de pensionare, prevăzută în anexa nr. 3 la Legea nr. 19/2000 privind sistemul public de pensii și alte drepturi de asigurări sociale, cu modificările și completările ulterioare; b) nu beneficiază de pensie din alte sisteme neintegrate sistemului public; c) nu s-a recăsătorit după decesul soțului; d) durata căsătoriei cu soțul care a decedat a fost de cel puțin 10 ani; e) nu se află în una dintre situațiile prevăzute la art. 5 alin. (1) din Legea nr. 19/2000, cu modificările și completările ulterioare; f) are domiciliul pe teritoriul României.

Ajutorul lunar se acordă în situația în care cuantumurile drepturilor de pensie realizate la data solicitării de către beneficiari sunt mai mici de: a) 364 lei, în situația soțului supraviețuitor care beneficiază de pensie stabilită în baza prevederilor Legii nr. 19/2000, cu modificările și completările ulterioare, sau stabilită în fostul sistem al asigurărilor sociale de stat, precum și în situația soțului supraviețuitor care beneficiază atât de pensie stabilită în fostul sistem al asigurărilor sociale de stat, cât și în fostul sistem al asigurărilor sociale pentru agricultori; b) 140 lei, în situația soțului supraviețuitor care beneficiază numai de pensie stabilită în fostul sistem al asigurărilor sociale pentru agricultori.

Conform Normei de punere în aplicare a Legii nr. 578/2004, din 23/01/2008, art. 5, beneficiază de ajutorul lunar și soțul supraviețuitor care are cel puțin 5 ani de căsătorie, în condițiile legii. La determinarea condiției prevăzute de lege privind durata căsătoriei se au în vedere numai ani întregi (art. 6 din normă).

Conform art. 7 din normă, în cazul în care durata căsătoriei cu soțul decedat a fost de cel puțin 10 ani, cuantumul ajutorului lunar este de: a) 113

lei lunar, pentru soțul supraviețuitor care se regăsește în situațiile prevăzute la art. 2 alin. (3) lit. a)- adică cuantumurile drepturilor de pensie mai mici de 364 lei...; b) 44 lei lunar, pentru soțul supraviețuitor care se regăsește în situația prevăzută la art. 2 alin. (3) lit. b)- adică cuantumurile drepturilor de pensie mai mici de 140 lei...

În situația în care durata căsătoriei cu soțul decedat a fost mai mică de 10 ani, dar de cel puțin 5 ani, cuantumul ajutorului lunar se diminuează proporțional cu numărul de ani întregi de căsătorie care lipsesc. Pentru soțul supraviețuitor care se regăsește în situațiile prevăzute la art. 2 alin. (3) lit. a)- adică cuantumurile drepturilor de pensie mai mici de 364 lei..., a cărui durată a căsătoriei este mai mică de 10 ani, cuantumul ajutorului lunar este de: a) 57 lei pentru o durată a căsătoriei de 5 ani; b) 68 lei pentru o durată a căsătoriei de 6 ani; c) 80 lei pentru o durată a căsătoriei de 7 ani; d) 91 lei pentru o durată a căsătoriei de 8 ani; e) 102 lei pentru o durată a căsătoriei de 9 ani.

Pentru soțul supraviețuitor care se regăsește în situațiile prevăzute la art. 2 alin. (3) lit. b)- adică cuantumurile drepturilor de pensie mai mici de 140 lei, a cărui durată a căsătoriei este mai mică de 10 ani, cuantumul ajutorului lunar este de: a) 22 lei pentru o durată a căsătoriei de 5 ani; b) 27 lei pentru o durată a căsătoriei de 6 ani; c) 31 lei pentru o durată a căsătoriei de 7 ani; d) 36 lei pentru o durată a căsătoriei de 8 ani; e) 40 lei pentru o durată a căsătoriei de 9 ani.

Conform alin. (2) al art. 29, Cap. VII din Legea nr. 388 din 31 decembrie 2007, publicată în Monitorul Oficial nr. 902 din 31 decembrie 2007, cuantumul ajutorului lunar acordat soțului supraviețuitor în baza Legii nr. 578/2004 s-a majorat cu 25%.

Conform art. 14 din Legea nr. 118 din 30 iunie 2010 privind unele măsuri necesare în vederea restabilirii echilibrului bugetar, cu modificările și completările ulterioare, de la data intrării în vigoare a acestei legi se reduce cu 15% ajutorul lunar pentru soțul supraviețuitor, acordat în temeiul Legii nr. 578/2004.

Și aici, la fel ca în cazul altor ipoteze de mai sus, aplicarea acestor reguli pentru acordarea unui ajutor lunar pentru soțul supraviețuitor este impusă de particularitățile situației însă nu reprezintă excepții de la caracterul unitar al transmisiunii succesoriale, ceea ce înseamnă că nu ne aflăm în prezența unui caz de moștenire anomală nici aici, mai ales pentru că aceste sume se formează în afara patrimoniului defunctului, și nu fac parte din patrimoniul acestuia.

VALENȚA JURIDICĂ A CLASIFICĂRII CONTRACTELOR CIVILE

LEGAL VALENCE OF CIVIL CONTRACTS' CLASSIFICATION

DORIN CIMIL<sup>1</sup>

**Rezumat:** În acest studiu am încercat să oferim un conținut practic pentru subiectul teoretic al clasificării contractului. Am reușit să analizăm efectele juridice specifice ale anumitor tipuri de contracte, în funcție de clauzele specifice pe care le includ prin voința părților sau chiar a legiuitorului. Astfel, abordarea noastră științifică a fost orientată spre înțelegerea unor construcții contractuale complexe care se unifică sub elementele unice de formă considerate a fi antagoniste. Esența recunoașterii juridice a contractelor complexe constă în elaborarea unui mecanism clar de reglementare aplicabil acestora prin diferite instituții contractuale, pentru care există deja un mecanism de reglementare uniform.

**Cuvinte-cheie:** clasificarea contractelor, tipul contractelor, contractul complex, elementele diverselor contracte, criteriile sistematice coexistente, părțile contractuale constitutive, tipul unic de prevederi, contractele integrate sau mixte.

**Abstract:** In this study we tried to render a practical content for the theoretical subject of contract classification. We managed to analyze the particular juridical effects of a certain type of contracts, depending on the specific clauses that they have embraced by the will of the parties or even the legislator. Thus, our scientific approach was oriented to the understanding of complex contractual constructions that unify under unique form elements considered to be antagonistic.

The essence in finding legal recognition for complex contracts lays in the development of a clear regulatory mechanism applicable to them, from different contractual institutions, for which a uniform regulatory mechanism is already in place.

**Key-words:** contract classification, type of contracts, complex contract, elements of various contracts, coexisting systematic criteria, constitutive contractual parts, the unique type of provision, integrated or mixed contracts.

---

<sup>1</sup> Conferențiar univ. dr., Universitatea de Stat din Moldova, Departamentul drept privat, email: dorincimil@gmail.com

Clasificarea legală elementară a contractelor civile este expusă în art. 666 Cod Civil al Republicii Moldova, iar importanța juridico-practică a acesteia rezidă în faptul că stabilirea caracteristicilor esențiale ale unui contract face posibilă încadrarea lui juridică. Astfel, procedul de clasificare reprezintă o treaptă a calificării contractelor, care semnifică identificarea regimului juridic al acestora. Aflarea regimului aplicabil unor categorii de contracte este strict condiționată de mai multe criterii de grupare și în funcție de abordarea teoretică a problemei distingem clasificări tradiționale, recente, legale, precum și doctrinale.

Inițial, în jurisprudența romană contractele au fost clasificate doar în funcție de modul de formare a lor, și numai *synalagma* a permis dezvoltarea clasificării contractelor civile, fapt ce a generat consecințe teoretice și practice de utilizare a contractelor solemne, contractelor reale, contractelor consensuale și derivatele acestora, cum ar fi contractele reale de bună – credință, contractele nenumite și pactele<sup>2</sup>.

Cu titlu de enumerare neexhaustivă, Codul Civil al Republicii Moldova prevede posibilele variații ale clivajelor contractuale: gratuite – oneroase, unilaterale – sinalagmatice, negociate – standarde, comutative – aleatorii, numite – nenumite, consensuale – reale, preliminare – de bază, generale – speciale, complexe – mixte etc.

Însăși procesul de formare a unui contract civil, convențional, poate fi descompus în mai multe etape, necesare pentru maturizarea consimțământului de a contracta. Negocierile contractuale deseori trec succesiv în faza ante-contractelor, entități juridice pe larg utilizate în practica contractuală în formula “contract preliminar”, “contract prealabil”, “contract cadru”<sup>3</sup>, “acord de principiu”, “scrisoare de intenție”. Clasificarea contractelor civile după modul executării contractelor de drept comun este efectuată de către Marius Floare în cadrul cercetării problemelor prezumțiilor de bună și rea – credință în negocierea și executarea contractelor de drept comun<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> M.D. Bob, *Obligația contractuală în dreptul roman cu trimiteri comparative la Codul civil*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p.107.

<sup>3</sup> Regimul juridic a contractului cadru este supus unei analize detaliate în temeiul legislației românești în lucrarea lui Diaconescu Ș.. *Contractul cadru de distribuție comercială* Editura Universul Juridic, București, 2010.

<sup>4</sup> M. Floare, *Buna și reaua – credință în negocierea și executarea contractelor de drept comun în noul Cod civil și în dreptul comparat*. Editura Universul Juridic, București, 2015.

Deși, Codul civil al Republicii Moldova nu plasează această formulă juridică în cadrul clasificării legale a contractelor, expusă în art. 666, totuși noțiunea și regimul juridic al antecontractelor este într-o manieră nesistemică stabilită de legislația civilă.

În cele ce urmează ne propunem să analizăm categoriile în parte, încercând a face o incursiune practică în efectele juridice ale fiecărei varietăți de contracte civile:

### **1. Contractele oneroase și gratuite**

Conform art. 197 alin. (1) și (2) al Codului Civil al Republicii Moldova actul juridic cu titlu oneros este actul prin care se procură unei părți un folos patrimonial pentru obținerea în schimb a unui alt folos patrimonial; gratuitatea în schimb presupune aducerea unei valori patrimoniale fără reclamarea unei contraprestații reciproce.

Spre deosebire de cel oneros, gratuitatea unui contract are o valență binară: contractele dezinteresate și liberatorii (de liberalități). Prin contractele dezinteresate, dispunătorul face un serviciu gratuit gratificatului, dar nu-și micșorează patrimoniul propriu. Drept exemple pot servi: comodatul, mandatul neremunerat (art. 1030, 1033 Cod Civil al Republicii Moldova), fidejusiunea gratuită (art. 1146 Cod Civil al Republicii Moldova). Liberalitățile sunt contractele prin care se operează un transfer de valori patrimoniale de la dispunător la gratificat, transfer care diminuează patrimoniul dispunătorului. La categoria de liberalități sunt atribuite, în special, contractele de donație<sup>5</sup>.

Importanța existenței unui „antagonism juridic” între contractele oneroase și dihotomia celor gratuite poate fi analizată prin prisma a ceea ce s-ar numi specificul fiscalității naționale. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 42 alin. (3) al Codului Fiscal al Republicii Moldova persoana care face o donație sub formă de mijloace bănești se consideră drept persoană care a obținut venit în mărimea sumei mijloacelor bănești donate, or, venitul acesteia este impozabil în ordinea descrisă de art. 15 Cod Fiscal al Republicii Moldova<sup>6</sup>. Prin normele citate se ajunge într-un cerc vicios când

---

<sup>5</sup> S. Baieș, V. Volcinschi, A. Băieșu, V. Cebotari, I. Crețu, *Drept Civil. Drepturile reale. Teoria generală a obligațiilor*, Volumul II, Ediția a 2-a, Editura ÎSFEP „Tipografia Centrală”, Chișinău, 2005, p. 285.

<sup>6</sup> Suma totală a impozitului pe venit se determină:  
a) pentru persoanele fizice în mărime de:

donatorul, de rând cu donatarul, va fi obligat să achite impozite deductibile din valoarea mijloacelor pecuniare donate. Astfel, deși cel dintâi pierde o parte din activele sale patrimoniale, conform legii fiscale acesta obține un venit. Substratul logic a unei asemenea reglementări contradictorii rămâne a fi o dogmă legislativă, deoarece există o vădită disonanță dintre efectele de drept privat și de drept public a donației de mijloace financiare.

Dacă e să revenim în albia naturii civile a gratuității și onerozității unui contract, atunci trebuie să specificăm cu titlu de analiză comparativă că în situația în care din conținutul contractului nu se poate stabili cu certitudine prețul sau remunerația creditorului atunci contractul se prezumă a fi unul oneros<sup>7</sup>. O atare normă este prezentă în art. 423 pct. 3 din Codul Civil al Federației Ruse și nu-și găsește o reflectare expresă în legislația națională. Însă, din interpretarea sistemică a prevederilor Codului Civil al Republicii Moldova e ușor deductibilă concluzia conform căreia gratuitatea unui contract este o excepție, derivată expres din acordul părților, or, onerozitatea acestuia este regula general aplicabilă raporturilor civile de drept relativ. Totuși, agreăm ideea lipsei unei prezumții de acest gen, deoarece în lumina reglementărilor procesuale ale art. 118 Cod de Procedură Civilă al Republicii Moldova fiecare parte litigantă trebuie să dovedească circumstanțele pe care le invocă drept temei al pretențiilor și obiecțiilor sale. Astfel, cel ce invocă existența unui contract cu titlu gratuit sau, dimpotrivă, oneros va fi ținut la administrarea unor probe direct pertinente alegațiilor sale. *Per a contrario*, definirea pentru un subiect a unei prezumții de onerozitate a unui contract ar genera situația în care statutul drepturilor procesuale ar fi *ab initio* superior celor aparținând persoanei pentru care prezumția este defavorabilă [art. 123 alin. (4) Cod de Procedură Civilă al RM].

La fel din perspectiva naturii actului civil, putem constata că doar unicul element al gratuității contractului poate determina în unele condiții pentru acesta un statut juridic total diferit de cel aparent în cazul unor raporturi oneroase. De exemplu, art. 980 alin. (2) Cod Civil al Republicii

---

- 7 % din venitul anual impozabil ce nu depășește suma de 25200 lei;

- 18 % din venitul anual impozabil ce depășește suma de 25200 lei;

b) pentru persoanele juridice - în mărime de 0% din venitul impozabil.

c) pentru gospodăriile țărănești (de fermier) și întreprinzătorii individuali – în mărime de 0% din venitul impozabil.

<sup>7</sup> М. А. Рожкова, *Сделки: проблемы теории и практики*, изд. Статут, Москва, 2008, p. 322.

Moldova prevede că transportarea gratuită a persoanei sau a bunului, cu excepția cazului când este efectuată în activitatea de întreprinzător de persoana care oferă public servicii de transport, nu este guvernată de regulile stipulate pentru contractul de transport și transportatorul poartă doar o obligație de prudență și diligență. Excepția instituită de legiuitor derivă din obiectul specific al contractului de transport, care presupune obligația cărăușului de a transporta bunurile sau persoana; obligație corelativ condiționată de îndatorirea clientului de a achita remunerația cuvenită. Astfel, cu titlu general accentuăm că lipsa obligației de remunerare a transportatorului echivalează cu acordarea de servicii pe temeiuri de filantropie, sponsorizare sau oricare altă instituție ce-i incumbă gratuitatea relațiilor între subiecți. Altfel spus, nu poate fi constatată prezența unor raporturi de transport în sens juridic, ci doar sub aspect economic.

Gratuitatea uneori condiționează însăși obligativitatea unui contract, aceasta fiind dictată din rațiuni de dezvoltare a conținutului anumitor drepturi fundamentale, precum dreptul la informare. De exemplu, conform Deciziei Consiliului Coordonator al Audiovizualului cu privire la condițiile de retransmisie a serviciilor de programe, nr. 41 din 30 martie 2010, distribuitorii de servicii de programe sunt obligați să contracteze cu radiodifuzorii aflați sub jurisdicția Republicii Moldova în cazul în care aceștia oferă gratuit propriile programe audiovizuale<sup>8</sup>.

În literatura de specialitate<sup>9</sup>, de altfel, se discută problema existenței simultane într-un contract a elementelor oneroase și gratuite. Părerea majorității autorilor în acest sens este orientată spre exemplul când debitorul în baza unui singur contract donează bunul și prestează în același timp donatarului servicii primind remunerația nu pentru bun ci pentru serviciul prestat. Segmentul donației astfel este unul gratuit, iar cel al prestației concomitente – oneros. Această situație poate fi examinată la nivel ipotetic, deoarece într-un raport gratuit conjugat cu cel oneros este imperativ important de a păstra celeritatea raportului dat, pentru a nu admite ca plata ce a avut loc pentru prestația subsecventă să concretizeze în însăși transmiterea bunului donat.

---

<sup>8</sup> [http://cca.md/sites/default/files/decizii\\_cca\\_2010.rar](http://cca.md/sites/default/files/decizii_cca_2010.rar).

<sup>9</sup> М. А Рожкова., *op. cit.*, p. 322-323.

Conchidem prin a spune că importanța distincției dintre actele gratuite și oneroase în general, nu numai a contractelor în particular, se vedește sub mai multe aspecte:

- actele cu titlu gratuit sunt făcute, în general, în considerarea persoanei care este beneficiară, pe când actele cu titlu oneros au rareori în vedere, cu caracter determinant, persoana contractantă;
- sub aspectul condițiilor de formă cerute pentru valabilitatea actelor, acestea sunt mai severe în privința actelor cu titlu gratuit;
- în situația actelor cu titlu oneros obligațiile și răspunderile părților sunt mai sever reglementate decât în cazul actelor cu titlu gratuit;
- regimul juridic al viciilor de consimțământ diferă în funcție de caracterul oneros sau gratuit al actelor<sup>10</sup>.

## 2. Contractele consensuale și reale

Reprezintă o clasificare tradițională în dreptul civil, însă e de reținut că problema identificării contractelor reale este deja depășită în dreptul civil, contractele fiind recunoscute ca fiind încheiate odată ce părțile ajung la un consens asupra clauzelor esențiale, în forma cerută de lege. Astfel, în cazul contractelor consensuale conținutul lor generic ține de modul de încheiere a lor, determinant fiind momentul liberei exprimării a voinței subiecților contractanți. Or, în doctrină persistă regula conform căreia orice excepție de la principiul consensualismului are o aplicabilitate redusă, presupunând o interpretare strictă a clauzelor contractuale.

Contractele reale sunt recunoscute acele contracte care pe lângă voința părților reclamă și transmiterea *de facto* a bunului de la un subiect la altul, exemplele cele mai relevante fiind contractul de transport de mărfuri<sup>11</sup> sau donația.

În această ordine de idei, apare problema schimbării prin acordul părților a formulei contractului consensual în real, precum și incidența acestei schimbări asupra raportului dintre părți. Din punct de vedere al principiului libertății contractuale (art. 667 Cod Civil), părțile pot construi orice formă a contractului: reală sau consensuală. Astfel, dacă e să facem o

---

<sup>10</sup> E. Poenaru, *Drept Civil. Teoria Generală. Persoanele*, Editura ALL Beck, București, 2002, p. 109-110.

<sup>11</sup> Gh. Filip, C. Roditis, L. Filip, *Dreptul transporturilor*, Editura Șansa, București, 1998, p. 66-67.



retrospectivă istorică în analele dreptului vom afla că dreptul privat roman admitea posibilitatea existenței unor contracte reale nenumite.

Totodată, trebuie să specificăm că în cazul în care părțile încheie un contract de împrumut, plasându-i un caracter real, divergențele apărute între contractanți vor fi soluționate de instanța de judecată în sensul neîncheierii lui dacă se probează circumstanța netransmiterii bunurilor. Însă o atare soluție poate fi considerată ca fiind una eronată pe motiv că transmiterea banilor sau bunurilor fungibile, reprezintă doar o executare reală a înțelegerii, pe când însăși înțelegerea dintre părți nu poate fi decât una de natură consensuală, deoarece raportul contractual în substanța sa pură se poate naște numai din acordul prealabil dintre contractanți vis-a-vis de drepturile și obligațiile lor mutuale.

Alt aspect al problemei ține de transformarea unui contract consensual în unul real în virtutea anumitor acțiuni concludente ale unuia din subiecții contractului. Dilema ține de situația în care vânzătorul înainte de a accepta oferta efectuează anumite acte orientate spre transmiterea mărfii către cumpărător, iar acesta o recepționează, achitând prețul, atunci se impune întrebarea: vom fi în prezența unui contract real? Soluția juridică aparentă se pare că poate fi identificată în conținutul art. 687 alin. (2) Cod Civil, care prevede că în virtutea ofertei acceptantul poate să-și manifeste consimțământul prin săvârșirea unor acțiuni fără notificare ofertantului, iar acceptarea produce efecte din momentul săvârșirii acțiunilor. Însă, trebuie să specificăm că invocarea unei asemenea norme nu este determinantă pentru a califica un contract ca fiind real. Astfel, suntem de părerea că în cazul normei citate definitoriu este însăși conținutul ofertei. Dacă acesta evocă o acceptare și, deci o încheiere de contract, doar sub condiția unei acțiuni de transmitere în natură a unui bun, ea presupune existența unui contract real. *Per a contrario*, acceptarea sub forma unei acțiuni reale nu condiționează în mod univoc și un asemenea caracter pentru contract.

Importanța juridică a clasificării contractelor în reale și consensuale se manifestă în ceea ce privește aprecierea valabilității lor, din punct de vedere a formei de încheiere<sup>12</sup>. Așadar, dacă în cazul unui contract real acordul părților este anterior remiterii bunului, atunci el are doar valoare unei

---

<sup>12</sup> Ghe. Beleiu, *Drept Civil Român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Editura Șansa, București, 1993, p. 123.

promisiuni de a încheia un contract. Într-o astfel de interpretare, contractul real perfectat prin remiterea materială a bunului este un contract unilateral<sup>13</sup>.

### 3. Contractele negociate, de adeziune și forțate

Negociate sunt recunoscute acele contracte încheiate în baza liberei exprimări a voinței părților în partea clauzelor esențiale ale contractului, precum și vizavi de acordurile unde persistă faza precontractuală a negocierilor și încheierii contractului prin acceptarea integrală a ofertei.

Negocierea contractului presupune și posibilitatea redactării conținutului acestuia. Există, însă, situații când părțile duc negocieri, semnând acorduri de colaborare prin care poate fi stabilită obligativitatea părților de a negocia un contract. O asemenea categorie de acorduri conțin și alte obligații accesorii precum clauza de exclusivitate a negocierilor, de confidențialitate, precum și de asumare a cheltuielilor legate de negocieri. Nerespectarea acordului de negociere, atrage răspunderea civilă contractuală a părții aflate în culpă. Astfel, conform art. 515 alin. (2) Cod Civil al Republicii Moldova o parte negociatoare poate cere celeilalte părți compensarea cheltuielilor făcute în baza îndreptățitei încrederi în încheierea contractului dacă în urma vinovăției acesteia contractul nu a fost încheiat. Complementar putem invoca și conținutul art. 701 alin. (2) Cod Civil al Republicii Moldova care presupune că la etapa negocierilor cel ce încalcă obligația de confidențialitate trebuie să repare prejudiciul cauzat.

Înțelegerea conținutului contractelor negociate trebuie în mod obligatoriu analizată în contrast cu cele de adeziune, care se concretizează în aderarea unei părți mai slabe la un contract prestabilit. Partea mai puternică poate face abstracție de normele dispozitive sau supletive ale Codului Civil și să-i impună celuilalt subiect unele condiții separate, care deseori pot fi caracterizate ca fiind abuzive.

Astfel, trăsăturile specifice ale contractelor de adeziune sunt:

a) Inegalitatea economică a părților – semnifică că *ab initio* subiectul ofertant va avea o poziție dominantă față de aderent, pe motiv de superioritate și influență financiară;

---

<sup>13</sup> L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, Vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 122.

b) Oferta de a contracta e una generală, deoarece se adresează tuturor doritorilor, enunțând în detaliu toate clauzele la care se va consimți prin aderare, precum și temeiurile răspunderii contractuale ale părților;

Contractele de adeziune au o largă aplicabilitate în sfera relațiilor dintre comercianți și consumatori. La acest capitol se impune precizarea conform căreia Codul Civil prin prisma reglementărilor dedicate clauzelor contractuale standard, și anume în baza art. 714 Cod Civil al Republicii Moldova, stabilește că prevederile negociate ale unui contract au superioritate față de cele standard, iar judecătorul poate interveni expres în aprecierea caracterului disproporționat (contrar bunei-credințe) al acestor clauze. Astfel, acele clauze ce contravin principiilor de echitate, nediscriminare, bunei-credințe etc. nu au efect juridic.

Revenind în albia contractelor de adeziune trebuie să specificăm că textele acestora sunt opera doar a unei părți contractante, autorul fiind cel ce dictează conținutul și refuză negocierea. Această circumstanță de altfel generează regula conform căreia orice interpretare a contractului se realizează în defavoarea celui ce l-a oferit aderentului spre semnare.

Contractele de adeziune nu trebuie confundate cu cele forțate, care presupun obligația unei părți de a contracta dacă ea obține o poziție dominantă pe piață. Însă, în afară de această situație legea prevede că însăși încheierea contractului reprezintă o obligație a unui subiect, ce deține o calitate profesională specială sau o anumită categorie de bunuri. Astfel, pot fi citate exemplele asigurărilor de răspundere civilă auto, a răspunderii profesionale a executorilor judecătorești, a notarilor sau a auditorilor.

Reglementarea prin lege a conținutului unor contracte are ca scop îngrădirea persoanelor de anumite consecințe negative și ele urmează a fi privite drept contracte obligatorii, a căror neîncheiere e susceptibilă a condiționa aplicarea unor sancțiuni de drept public.

#### **4. Contractele comerciale și cu participarea consumatorului. Contractele publice**

Codul Civil al Republicii Moldova reglementează cu titlu unic atât relațiile dintre consumatori, cât și dintre comercianți. Astfel sistemul de drept național nu recunoaște dualismul reglementărilor în ramurile dreptului comercial și a celui civil, or, aceasta nu e decât una doctrinală și ideologică.

În această ordine de idei, demersul nostru e cu preponderență interesat de analiza variației reglementărilor în domeniul contractelor oneroase, cărora le incumbă participarea consumatorului.

Art. 1 din Legea privind protecția consumatorului nr. 105 din 13.03.2003 din Republica Moldova, reglementează noțiunea de consumator prin următorul conținut: orice persoană fizică ce intenționează să comande sau să procure ori care comandă, procură sau folosește produse, servicii pentru necesități nelegate de activitatea de întreprinzător sau profesională. Astfel, persoana juridică nu va putea dobândi niciodată calitatea de consumator și nici nu se va putea subroga în drepturile acestuia. Totodată, calitatea de consumator a unei persoane fizice poate apărea doar ca efect al încheierii contractului cu un comerciant ce vinde un bun sau prestează un serviciu. Deci, consumatorul este *a priori* persoana economic defavorizată, iar comerciantul, având o poziție superioară, deține deprinderile și abilitățile profesionale pentru a stabili, în esență unilateral, condițiile contractării.

Însă, simpla calitate de persoană fizică nu-i acordă în mod automat și exhaustiv drepturi de consumator, ci aceasta poate fi supusă și regulilor aplicabile întreprinzătorilor, chiar și în lipsa unui act administrativ special, atribuitor de un atare statut. În această ordine de idei, art. 26 alin. (2) Cod Civil al Republicii Moldova prevede că persoana care practică activitate de întreprinzător fără înregistrare de stat nu poate invoca lipsa calității de întreprinzător<sup>14</sup>.

Din perspectiva efectelor juridice persoana fizică ce a folosit bunul sau serviciul procurat cu titlu de activitate comercială nu va putea invoca, în caz de încălcare a prevederilor contractuale, incidența penalităților legale exorbitante, prescrise expres de lege<sup>15</sup>. Astfel, interesul practic al clasificării contractelor în comerciale și cu participarea consumatorului constă în faptul că persoana fizică consumatoare contractează în vederea obținerii unor bunuri, servicii sau lucrări în scopul folosirii lor exclusiv pentru satisfacerea cerințelor personale, familiale sau casnice, fără intenția ulterioară de a le

---

<sup>14</sup> Judecătoria Ialoveni, Dosar nr. 3-309/2009, I.I. către SRL „A.T.G.” privind schimbarea mărfii procurate și repararea prejudiciului moral.

<sup>15</sup> Art. 27 alin. (1) din Legea privind protecția consumatorului, nr. 105 din 2003, prevede că pentru încălcarea termenelor de remediere a deficiențelor bunului vânzătorul achită consumatorului pentru fiecare zi (oră, dacă termenul a fost stabilit în ore) depășită o penalitate în mărime de 5% din prețul produsului în vigoare la data examinării reclamației consumatorului.

utiliza în scopul dobândirii de profit. În sensul Directivei - „consumator” înseamnă orice persoană fizică ce, în cadrul contractelor reglementate de prezenta directivă, acționează în scopuri care se află în afara activității sale profesionale. Legea specială națională conține noțiunea implicită a consumatorului, cu derogări de la normele uniformizate ale Directivei (Directiva Consiliului Comunităților Europene 93/13/CEE din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii<sup>16</sup>) în sensul specificării inutile a acțiunilor persoanei ce pretinde a îmbrăca haina juridică de consumator, și pe lângă activitatea profesională, mai include și pe cea de întreprinzător: “consumator” - orice persoană fizică ce intenționează să comande sau să procure ori care comandă, procură sau folosește produse, servicii pentru necesități nelegate de activitatea de întreprinzător sau profesională. Neajunsul principal al statutului de consumator, acordat de legea națională, reprezintă neluarea în calcul a concepției consumatorului final, concepție care a anticipat atât legislația europeană uniformă în domeniu, cât și cea națională. Prof. Șerstobitov a punctat în lucrarea sa acest concept, în accepțiunea că propusa “categoria juridică de consumator prezintă o valoare numai în raport cu categoria de “comerciant”, iar aceasta înseamnă, că poate fi vorba anume de consumator personal (final), care are ca și scop scoaterea mărfurilor din sfera economiei și aducerea lor în sfera consumului personal”<sup>17</sup>.

Contractele între comercianți se caracterizează prin stabilirea unor condiții reciproce avantajoase negociate, răspundere sporită și obiectivă, precum și mecanismul de protejare a drepturilor civile speciale. Însă legea, cât și viața cotidiană demonstrează că între comercianți la fel există o anumită ierarhie de poziții economice care oferă unora o poziție dominantă în raport ceilalți, chiar și în contextul în care raporturile contractuale au fost negociate. În contextul raporturilor de creditare, art. 1240 Cod Civil al Republicii Moldova prevede că părțile contractului de credit pot negocia asupra constituirii unor garanții reale sau personale. Totuși, dacă creditorul apreciază că garanțiile rambursării creditului sunt insuficiente, atunci el are dreptul să ceară constituirea de garanții suplimentare. Or, dacă debitorul

---

<sup>16</sup> Publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOCE)* nr. L 95 din 21 aprilie 1993.

<sup>17</sup> А.Е. Шерстобитов, *Гражданско-правовые вопросы охраны прав потребителей*. М, 1992, p.26.

refuză efectuarea acestor acțiuni, atunci creditorul are dreptul unilateral de a reduce suma creditului oferit.

În final putem conchide că operațiunile juridice generate de contractele comerciale și de consumație, având același scop economic, nu diferă în esență. Astfel, vânzarea-cumpărarea realizată între comercianți sau pentru un consumator este și rămâne un contract de vânzare-cumpărare. Acestui contract i se aplică normele generale de drept comun și, după caz, cu titlu suplimentar, normele imperative ce protejează interesele consumatorilor.

Analiza contractului de sorginte civilă urmează a fi făcută și prin prisma comparării lui cu contractele de drept public denumite contracte *nenormative* – contracte ce reglementează relațiile, apărute în urma realizării normelor de drept cu privire la organizarea și exercitarea puterii publice (între subiecții publici), cu privire la realizarea anumitor drepturi și obligații juridico-publice a subiectului de drept privat în raport cu subiecții de drept public. Deosebirea de bază dintre contractele *nenormative*, adică cele de drept public de cele de drept privat constă în conturarea obiectului contractului și caracterul raporturilor dintre subiecții contractanți:

- Primele sunt menite să perfecteze problemele de organizare și exercitare a puterii publice, realizării drepturilor și obligațiilor publice, iar cea de-a doua categorie reglementării drepturilor și obligațiilor civile.

- Relațiile între părțile contractului de drept public se bazează total sau parțial pe verticala puterii administrative (publice), pe când raporturile ce rezultă dintr-un contract de drept privat se construiesc pe platformă egală, voința autonomă și autonomie patrimonială.

Contractele *nenormative* de drept public încheiate cu subiecți privați se deosebesc de contractele de drept privat prin caracterul drepturilor și obligațiilor ce rezultă din acestea. Obiectul contractelor de drept public formează drepturile și obligațiile subiectului privat, care nu rezultă din liberul consimțământ exprimat al părților, dar din textul legii.

Contractele de drept privat între subiecții de drept public și cei de drept privat dimpotrivă, nu sunt bazate pe obligații legale ale subiectului de drept privat, iar raporturile dintre subiecții de drept public și cei de drept privat se stabilesc pe baze juridico-civile: egalitate, autonomie de voință, autonomie și răspundere patrimonială. Astfel, subiectul de drept privat participă benevol în cadrul raporturilor de vânzare a mărfurilor, prestare a serviciilor, executare de lucrări în folosul subiectului public, aceasta

participare nu este condiționată de o obligație publică, iar decizia de a participa sau nu la astfel de relații îi aparține.

În cazul încheierii contractului cu un subiect de drept public, diferența de încheierea unui contract între subiecți de drept privat, constă în faptul că condițiile ofertei de a contracta nu sunt stabilite de acest subiect, adică prerogativa modelării ofertei din partea subiectului de drept public lipsește, oferta în linii mari este determinată de prevederile legale. Statutul juridic special al subiectului de drept public este caracterizat de acest regim juridic, iar contragentul său, subiectul de drept privat are libertatea de a contracta în aceste condiții, sau a refuza condițiile propuse. În astfel de condiții, caracterul relațiilor dintre subiecții de drept public și cei de drept privat în cadrul raporturilor de vânzare a mărfurilor, prestare a serviciilor, executare de lucrări în folosul subiectului public rămâne de natura juridico-civilă. Ideea în cauză este susținută și dezvoltată de civilişti în detrimentul teoriei "contractului administrativ,,.

Calificarea juridico-civilă a contractelor publice se poate efectua de către instanțele de judecată, în eventualitatea unui litigiu, pe baza efectelor juridice produse în privința persoanei comerciantului sau a subiectului ce desfășoară activitatea de întreprinzător, subiect al contractului public:

- legea nu permite refuzul neîntemeiat al comerciantului sau subiectului ce desfășoară activitatea de întreprinzător să încheie contract cu partea care și-a format și și-a exteriorizat voința de a contracta în acest sens,

- comerciantului sau subiectului ce desfășoară activitatea de întreprinzător nu poate alege sau acorda preferințe unei anumite persoane din șirul altor potențiali contractanți, cu excepția cazurilor special stabilite de legislație,

- condițiile contractelor publice (inclusiv și cele referitoare la prețul mărfurilor, serviciilor, lucrărilor) urmează să fie aceleași pentru toți potențialii contractanți, cu excepția cazurilor, când pentru unele categorii de consumatori sunt prevăzute înlesniri sau facilități. Alte categorii de condiții nu pot fi stabilite, ținând cont de prioritățile unor categorii de consumatori.

- în cazul refuzului neîntemeiat al comerciantului sau subiectului ce desfășoară activitate de întreprinzător să încheie contract, cealaltă parte poate cere repararea prejudiciilor, legate de acest refuz.

- în cadrul contractelor publice pot fi determinate imperativ prin lege sau act subordonat legii condiții contractuale obligatorii. Iar condițiile unui contract aparte care nu va corespunde acestora, vor fi considerate nule.

*Contractele de abonament sau contractele cu executare la cerere* sunt recunoscute contractele în virtutea cărora abonatul achită plăți unice sau periodice pentru dreptul de a cere de la cealaltă parte executarea prestațiilor în volum prestabilit sau în alte condiții, stabilite de abonat.

Esența juridică a acestei construcții constă în faptul că obligația abonatului de a achita plăți unice sau periodice persista independent de faptul, dacă executarea prestației pretinse este cerută de către abonat imediat sau nu. Legiuitorul urmează să modeleze această obligație contractuală, punând accentul calificativ pe efectuarea inițială a plății unice sau periodice din partea beneficiarului de servicii sau lucrări cu titlu de plată în avans pentru eventualele prestații. Reproiectarea juridică a varietății de prestări de servicii sau executare lucrări în formatul abonamentului cu mai multe trepte de siguranță, garantează viabilitatea economică a prestatorului, scăzând riscul neachitării sau achitării tardive pentru prestații. Cu siguranță este faptul că capitalul economic al unor prestatori de servicii profesioniști formează, în linii mari, însăși prestațiile (munca) sau potențialul lor intelectual. De aceea, chiar și o mică perturbare a activității economice a acestora, manifestată prin întârzieri de plată sau plăți incomplete pentru prestații poate duce la falimentul acestora. Prin formularea legală a construcției contractului de abonament legiuitorul poate securiza piața serviciilor și lucrărilor, din motivul, că unii comercianți de talie mică sau medie n-ar putea supraviețui apelând la formula clasică a antreprizei și anume, norma prevăzută de art. 966 Cod Civil al Republicii Moldova: „după recepționarea lucrării, clientul este obligat să plătească retribuiția convenită de părți, dacă legislația sau contractual nu prevăd plata în rate, sau în alt mod”. O situație juridică precară e atestată și în domeniul reglementării plății pentru servicii cu titlu oneros, mai cu seama norma art. 971 Cod Civil al Republicii Moldova, după care „plata pentru servicii se efectuează după prestarea serviciilor” sau „...sumele vor fi acordate după încheierea fiecărei perioade în parte”, dacă plata se calculează pentru efectuarea anumitor perioade.

##### **5. Contractele numite și nenumite. Contracte mixte și complexe**

Sunt numite contractele care sunt expres reglementate de prevederile Codului Civil al Republicii Moldova și alte acte normative, fiind calificate prin denumiri speciale ce determină cu titlu supletiv un spectru exhaustiv de operații juridice valabile în limita normelor dedicate acestora. Astfel, o atare



categorie de contracte apare ca urmare a încadrării lor normative de către legiuitor, care de altfel își rezervă și dreptul de a le atribui o denumire specifică.

Norma dedicată contractelor nenumite este inserată în art. 667 alin. (3) Cod Civil al Republicii Moldova, fiind generic calificate drept nereglementate de lege. Astfel, acestea reprezintă o categorie *sui generis*, însă conținutul are o construcție uniformă cu un obiect bine definit, însă neconcretizat într-un act normativ. De pe această poziție contractele nenumite trebuie diferențiate de contractele complexe sau mixte.

În această ordine de idei, același alin. (3) al art. 667 Cod Civil al Republicii Moldova prevede că acele acte civile care conțin elemente ale diferitelor contracte prevăzute de lege sunt calificate ca fiind complexe. Astfel, pentru această categorie de contracte legea reglementează prezența unui obiect neomogen sintetizat din construcția simbiotică dintre mai multe contracte numite.

În doctrina juridică persistă părerea că toate contractele complexe ar urma să includă un element necunoscut (nedefinit) de lege. Însă această circumstanță e un temei de a invoca diferența dintre contractele complexe și cele mixte.

Contractele mixte, spre deosebire de cele complexe, trebuie să cuprindă cel puțin un obiect contractual nenumit coroborat cu alte elemente de același sorginte nedefinit sau, dimpotrivă, direct reglementate de legislația civilă. Contractul complex însă poate îngloba doar elemente expres prevăzute de legiuitor sub forma unor entități relative bine-canturate.

În aceeași ordine de idei, reiterăm ideea enunțată în debutul acestei lucrări conform căreia caracterul numit al unui contract depinde în mod exclusiv de voința legiuitorului, astfel încât prezența complexității juridice în relațiile de societate civilă, de factoring sau franchising nu ne permite să statuăm asupra caracterului mixt al acestuia și, deci, nu pot fi grevate de regimuri juridice separate pentru fiecare categorie de raporturi ce le includ.

Doctrina juridică reieșind din practica civilă s-a văzut nevoită să formuleze noi concepte de clasificare a contractelor, reieșind nu atât din complexitatea contractelor, ci a relațiilor sociale transpuse în conținutul lor. Astfel, a fost generată ipoteza grupurilor de contracte<sup>18</sup>. Această expresie

---

<sup>18</sup> Fr. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Editura Dalloz, Paris, 2005, p. 91 apud L. Pop, *op. cit.*, p. 133.

presupune existența a două sau mai multor contracte legate între ele, fiind încheiate în vederea realizării unui scop final. Totuși, acestea își conservă propria individualitate și spre deosebire de contractele complexe sau mixte nu formează entități juridice noi. Co-raportate unele la altele, ele descriu o structură liniară, deoarece obiectul material al acestora vizează același bun. Astfel, structura liniară e prezentă în caz de vânzare succesivă a mărfii în raportul economic: producător – angrosist – comerciant cu amănuntul – consumator.

Structura liniară, în aceeași ordine de idei, e una omogenă, astfel încât analiza ei e cel mai lesne perceptibilă în prezența aceleiași categorii de contracte (ex. vânzarea-cumpărarea), ce înglobează același bun, de altfel, fiind irelevant dacă anterior acesta s-a materializat ca un element al unei universalități sau cu titlu unei entități separate.

Totuși, cele enunțate mai sus trebuie coroborate și cu situația în care același bun face obiectul mai multor contracte de sorginte diferită (ex. cumpărarea materialelor de construcție, contractul de antrepriză a construcției, vânzarea construcției către client). Structura liniară în acest caz se explică prin faptul că debitorul din ultimul contract devine creditor în cel de al doilea, fără ca între creditorul din primul contract și debitorul din ultimul să se nască un raport juridic<sup>19</sup>.

Structura liniară nu e unică în specia sa, astfel încât doctrina identifică și grupul contractelor cu o structură radiantă<sup>20</sup>. Respectiva presupune că un anumit număr de contracte sunt legate sub aspect accesoriu unul față de altul, înglobând același obiect contractual, dar nu și aceleași părți creditoare sau debitoare. Astfel, în acest context, contractele succesive nu au o existență juridică separată de contractul principal, încât nulitatea sau încetarea actului inițial produce aceleași efecte și pentru actele accesorii. Structura radiantă e cu preponderență prezentă în cazul sublocațiunii și subantreprizei, fiind, de altfel, generic consemnată în art. 300 alin. (1) Cod Civil al Republicii Moldova.

O altă grupă de contracte o reprezintă ansamblurile contractuale<sup>21</sup>. În acest caz contractele sunt legate între ele prin intermediul scopului unic, indiferent de natura actului sau obiectului lor. În acest caz putem furniza

---

<sup>19</sup> L. Pop, *op. cit.*, p. 134.

<sup>20</sup> *Ibidem.*

<sup>21</sup> *Ibidem.*

exemplul unui contract de împrumut și acordului prin care în favoarea împrumutătorului se constituie o garanție personală sau reală contra insolvenței împrumutatului (gaj, ipotecă, fidejusiune etc.). Astfel, ambele acte civile servesc cauzei rambursării efective a împrumutului.

În unele cazuri legea expres reglementează anumite consecințe juridice atunci când este identificat un ansamblu de contracte reunite printr-o unică cauză. Astfel, art. 82 alin. (1) lit. a) din Legea privind societățile pe acțiuni, nr. 1134 din 1997 a Republicii Moldova, prevede că o tranzacție de proporții este o tranzacție *sau câteva tranzacții legate reciproc*, efectuate direct sau indirect, în ceea ce privește achiziționarea sau înstrăinarea, gajarea sau luarea de către societate cu titlu de gaj, darea în arendă, locațiune sau leasing ori darea în folosință, darea în împrumut (credit), fidejusiune a bunurilor sau a drepturilor asupra lor a căror valoare de piață constituie peste 25% din valoarea activelor societății, conform ultimului bilanț. Importanța practică a acestei reglementări rezidă în faptul că posibilitatea încheierii unor tranzacții de proporții sub forma unui act unic sau într-o serie succesivă de acte diferite e posibilă doar în prezența unanimității consiliului societății și, după caz, a adunării generale a acesteia. În partea efectelor juridice a nerespectării procedurii de autorizare a tranzacțiilor de proporții Legea privind societățile pe acțiuni, nr. 1134 din 1997 a Republicii Moldova, nu prevede o sancțiune. Însă, prin prisma reglementărilor Codului Civil al Republicii Moldova, în esență, putem constata aplicabilitatea nulității relative în materie de tranzacții de proporții. Astfel, art. 226 Cod Civil al Republicii Moldova dispune că în cazul în care atribuțiile persoanei privind încheierea actului juridic sunt limitate prin contract, iar împuternicirile organului persoanei juridice – prin actul de constituire, în comparație cu cele stipulate prin mandat, lege sau cu cele deduse din circumstanțele în care se încheie actul juridic, acesta, încheiat fără respectarea limitelor impuse, *poate fi declarat nul* numai în cazul în care se demonstrează că cealaltă parte a știut sau trebuia să știe despre limitări.

Interesele care se atașează noțiunii de grup de contracte sunt multiple. Ele determină intensitatea legăturii care există între contractele care formează grupul respectiv. În funcție de această intensitate se va rezolva și problema incidenței nulității ori a rezoluțiunii unuia dintre contracte asupra celorlalte care alcătuiesc grupul<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> L. Pop, *op. cit.*, p. 134-135.

Pentru distingerea practică a contractelor *independente și interdependente* doctrina a elaborat un șir de situații, aplicabile acestei metodologii.

- în absența indicației exprese a subordonării contractelor unul față de celălalt;
- existența unei clauze distincte pentru fiecare dintre contractele invocate;
- în cazul substituirii unui contract cu altul, în lipsa de stipulație contrară, contractul reînnoit se consideră a fi independent de contractul precedent;
- încheierea de către aceeași persoană a două contracte, dar în calitate juridice diferite: unul în calitate de mandatar, iar celălalt în calitate de comisionar;
- existența unor durate diferite pentru fiecare dintre cele trei contracte încheiate succesiv între aceleași părți și având același obiect;
- existența unor dispoziții proprii în fiecare contract impune calificarea lor separată.

Fiecare contract este independent de celălalt, până nu se face dovada legăturii lor intime, astfel încât existența unuia este subordonată realizării celuilalt.

Dacă persoanele contractante nu s-au exprimat cu claritate asupra calificării lor, atunci instanța de judecată poate opta în favoarea interdependenței lor, în formula accesorialității unuia față de altul sau coeziunii prin unitatea cauzei sau prin cauza lor comună. Instanța de judecată, pentru a ajunge la asemenea concluzie, trebuie să analizeze circumstanțele încheierii contractelor, precum și convingerea părților că acestea sunt indisociabile.

Interdependența contractelor are drept consecință că soarta unuia dintre acestea, este legată de soarta celuilalt. Un exemplu de legătură interdependentă este oferit de construcția contractul de creditare și vânzare-cumpărare, prevăzut de art. 591 al Codului civil al Republicii Moldova care reglementează:

*„Contractul de vânzare-cumpărare și contractul de creditare constituie un act unit (interdependent) când creditul este destinat finanțării prețului de cumpărare și ambele contracte trebuie considerate ca o unitate economică. Există unitate economică mai ales atunci când cel care acordă creditul se folosește, la pregătirea sau la încheierea contractului de*

*creditate, de colaborarea vânzătorului. Într-un contract de creditare a consumatorului, debitorul poate refuza rambursarea creditului în măsura în care excepțiile decurgând din contractul oneros legat de contractul de creditare l-ar îndreptăți la refuzul prestației față de vânzător.”*

Legiuitorul nostru implementează în circuitul juridic noțiuni necuprinse de teoria actului juridic civil, precum și în teoria contractului civil, *un act unit (interdependent) credit destinat finanțării prețului de cumpărare, contracte ca o unitate economică*, de aceea este necesară evaluarea științifică a acestor termeni și repercusiunile juridice ce pot să se producă în caz de ruptură a acestei interdependențe contractuale. Comentatorii codului civil evidențiază numai una din aceste particularități ce reiese din unitatea economică legal prescrisă, și anume “invocarea față de creditor a acelor excepții pe care, în cazul în care aceste contracte nu ar constitui un act unit, el nu le-ar putea invoca”.

Unitatea economică nu reprezintă o construcție juridică și de aceea, legătura dintre cele două contracte urmează să fie prescrisă de lege în sensul dacă neîncheierea, nulitatea sau rezoluțiunea unuia antrenează dispariția celuilalt. În calitate de exemplu al reglementării exprese în acest domeniu putem menționa Legile relative ale Republicii Franceze din 10 ianuarie 1978 și din 13 iulie 1979 despre informarea și protecția consumatorului în materie de credit, numite altfel “Legile Scrivener I și II”, care fac din contractul de credit mobilier un prealabil al contractului principal, numai după ce a acceptat oferta împrumutătorului, cumpărătorul poate să se angajeze definitiv într-un contract principal...”

Dreptul de invocare față de creditor a acelor excepții pe care debitorul nu le-ar putea invoca în cazul în care aceste contracte nu ar constitui un act unit, nu poate constitui o bază legală de condiționare a nulității vânzării din aceste contracte unite de nulitatea primului, adică a împrumutului. Argumentul ar fi acela, că în lipsa unor prevederi contrare nu există interdependență juridică între împrumut și cumpărare pe care el este destinat să-o finanțeze.

În același context, putem evidenția și efectele constructive ale interdependenței contractelor, care n-au fost abordate de jurisprudența națională, și anume,

- Validarea unui contract pentru că este legat de un altul;
- Determinarea obligațiilor uneia dintre părțile contractante în funcție de obligațiile stipulate în contractual principal;

- Deschiderea unei acțiuni directe în beneficiul uneia din părțile unui contract contra părții dintr-un alt contract;
- Aplicarea obligațiilor dintr-un contract subordonat la regulile contractului dominant;
- Posibilitatea pentru partea legată de doi contractanți diferiți de a opune altuia, pentru respingerea cererii de despăgubire, neexecutarea unui alt contract;
- Suspendarea rezilierii sau a reînnoirii anumitor contracte, care formează împreună cu altele un tot omogen și indisociabil.

## 6. Contractele integrate sau mixte

Contractele integrate sau mixte<sup>23</sup> reprezintă o contopire organică a elementelor diferitor contracte, ce obțin o reglementare uniformă și nu admit aplicarea, chiar și în ordine subsidiară, față de acestea a normelor ce guvernează elementele constitutive ale contractului mixt. Teoria actelor juridice mixte este privită puțin diferit de unii autori<sup>24</sup> ai doctrinei civiliste românești, care pun semnul egalității între contractele nenumite (atipice) și cele mixte. Regimul juridic al contractului mixt este văzut ca contract „care împrumută elemente constitutive sau efecte esențiale de la mai multe acte tipice, fără a putea fi încadrate în vreunul dintre tipurile abstracte de acte prevăzute de lege”. Cu siguranță, autorul citat se referă la regimul contractelor complexe, acest lucru rezultă din definiția propusă și exemplul adus întru argumentarea poziției sale, dar conținutul unui contract mixt și complex diferă, ținând cont că cel mixt are caracter tipic, iar cel complex – atipic.

Natura și esența contractului de depozit bancar coroborată cu reglementările din art.1222-1227 din Cod Civil al Republicii Moldova, denotă regimul mixt al acestuia. Pentru identificarea regimului juridic aplicabil raporturilor dintre bancă și deponent, legiuitorul a stabilit un alt mecanism de reglementare, marcând întâietatea aplicabilității prevederilor speciale, iar în subsidiar aplicabilitatea normelor referitoare la împrumut și la contul curent bancar.

---

<sup>23</sup> D. Cimil, *Calificarea raporturilor contractuale*, Editura Grafema Libris, 2013, Chișinău, p.108.

<sup>24</sup> I. Dogaru, *Drept civil: Teoria generală a actelor cu titlu gratuit*, Editura ALL Beck, 2005, București, p.178.

Un mecanism juridic special este aplicat în cadrul reglementării contractului de cont bancar, contract recunoscut de natură mixtă, deoarece cuprinde în conținutul său elemente ale depozitului, împrumutului și mandatului. Legiuitorul însă, menționează expres în art.1230 alin.(4) din Codul civil al Republicii Moldova aplicarea față de raporturile dintre bancă și client a dispozițiilor referitoare la mandat, cu condiția că ele nu contravin naturii contractului de cont bancar și prevederilor capitolului ce reglementează contul curent bancar.

Legea nu menționează despre aplicabilitatea față de contractele de cont bancar a statutelor depozitului și împrumutului, considerând că acestea sunt totalmente înglobate de normele exprese.

Deși, în ambele cazuri, elucidate mai sus, normele împrumutului stau la baza identificării naturii juridice a acestor construcții contractuale, ele se aplică în mod diferit în funcție de interacțiunea elementelor în producerea efectului juridic.

O tehnică legislativă anumită, dar specifică pentru contractele mixte, se observă în cadrul reglementării contractului de leasing, în speță financiar, care conține în esența sa elemente ale locațiunii, împrumutului, mandatului și promisiunii unilaterale de vânzare<sup>25</sup>. De exemplu, Codul civil al Republicii Moldova în art. 923 alin. (6) indică că în mod subsidiar aplicării dispozițiilor speciale ale Codului civil în materia respectivă, față de întreg contractul de leasing financiar pot fi aplicate normele locațiunii, dar nicidecum separat față de segmentul de relații, care se identifică prin prestațiile respective ale părților ca și o locațiune. Maniera respectivă de reglementare nu ne permite să concluzionăm, că leasingul financiar reprezintă o varietate a locațiunii. Autorii manualului de drept civil de la facultatea de drept USM<sup>26</sup> la fel privesc contractul de leasing, contractul de agenție și cel de factoring în calitate de contracte complexe și numite, având în același timp un cadru legal, stabilit de prevederile Codului civil și a legilor speciale în domeniu. Divergența observată în cadrul aprecierii regimului juridic al contractelor indicate constă în faptul că contractele complexe nu sunt contracte numite, ele doar sunt formate din elementele contractelor numite, îmbinarea cărora

---

<sup>25</sup> L. Pop, *Tratat de drept civil, Obligațiile*, vol.II, Contractul, Editura Universul Juridic, 2009, București, p.133.

<sup>26</sup> Ghe. Mîțu, *Drept civil: Teoria generală a obligațiilor*, Baieș S. (coord), USM, 2015, Chișinău, p.116.

nu poate crea un regim de contract numit, doar contract *sui generis*. Regimul juridic al contractelor complexe poate fi aplicabil față de unele figuri juridice contractuale cu elemente distincte, doar până la momentul consacării lor legale. După acest moment, regulile aplicabile sunt clar determinate de către legiuitor. Determinarea regimului juridic aplicabil actelor juridice numite poate fi prestabilit în formula: ”nu este necesar ca părțile să prevadă întotdeauna întregul conținut al lor, ci, în măsura în care nu au derogat de la dispozițiile legale ce reglementează actul juridic încheiat (sau nu puteau să deroge), acestea se vor aplica în mod automat și complet”<sup>27</sup>.

Acceptând în principiu poziția prof. Liviu Pop vis-à-vis de esența juridică a contractului de leasing și aderența Domniei sale la opinia, expusă de savanții francezi precum că nu pot fi aplicate regulile fiecărui contract care intră în combinație, deoarece sunt incompatibile cu spiritul operației juridice în globalitate sa<sup>28</sup>. Considerăm că este necesară stabilirea în doctrina și jurisprudența românească delimitarea regimului juridic al contractelor complexe și mixte. Or, primele constau din îmbinarea unor elemente a diferitor contracte numite sau nenumite, pentru care se aplică regulile speciale ale părților componente sau *regulile speciale privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult*. Iar pentru contractele mixte, constituite din elemente ale diferitor contracte numite sau nenumite, nu se aplică regulile speciale ale părților componente ale contractului. Caracterul legăturilor juridice dintre elementele constitutive ale contractelor complexe și mixte sunt similare, adică au interdependență juridică și nu faptică, iar obligația unică contractuală pe care o generează aceste contracte în sensul apariției și stingerii lor, este dictată de compatibilitatea și congruența juridică a legăturilor dintre elemente.

Clasificarea contractelor poate fi atribuită la una din cele mai complicate și spornice probleme ale dreptului civil. Din motivul că calificarea contractelor civile se efectuează în baza clasificării construcțiilor contractuale, prevăzute de lege, atunci în lipsa unei clare reprezentări despre delimitarea unor contracte, nu întotdeauna putem stabili criteriile formatoare a tipului de contract. Astfel pot fi explicate și greutățile în determinarea naturii juridice a contractului și a normei juridice ce urmează a fi aplicată.

---

<sup>27</sup> G. Boroș, *Drept civil, Persoanele*, Editura ALL Beck, 2001, București, p.149.

<sup>28</sup> Citat după: Fr. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Editura Daloz, 2005, Paris, p.90.



Referindu-ne la clasificarea contractelor civile, expusă în art. 666 alin.3 Cod civil al Republicii Moldova „*contractul poate fi de adeziune sau negociat, sinalagmatic sau unilateral (generează obligații doar pentru una dintre părți), comutativ sau aleatoriu și cu executare instantanee sau succesivă, precum și de consumator*”, este evident că nu putem soluționa problema identificării criteriilor formatoare a tipului de contract. Teoria dreptului contractelor n-a elaborat încă o concepție despre criteriile calificative ale contractelor civile, în ce categorii juridice se conțin, clauze esențiale, clauze neesențiale, elemente, obiect, cauză, prestații sau altceva. Este cert faptul, că în definiția legală a fiecărei construcții contractuale ele urmează să se regăsească direct sau indirect, deoarece formula legală a categoriei de contract anumit, exprimată prin definiție, trebuie să constituie o noțiune de gen. Această tehnică juridică nu este respectată de către legiuitor din motivul că nu sunt suficient de bine nuanțate la nivel legislativ categoriile de prestații.



LIBERALITĂȚILE REZIDUALE ÎN NOUL COD CIVIL – LEGATUL  
RĂMĂȘITEI SAU FIDEICOMISUL FĂRĂ INALIENABILITATE  
(LEGATUL *DE RESIDUO/ DE EO QUOD RESIDUO/ DE EO QUOD  
SUPERERIT*)

RESIDUAL LIBERALITIES IN THE NEW CIVIL CODE- THE  
LEGACY *DE RESIDUO/ DE EO QUOD RESIDUO/ DE EO QUOD  
SUPERERIT*

MIRELA CARMEN DOBRILĂ<sup>1</sup>

**Rezumat:** Noul Cod civil marchează o schimbare de viziune față de Codul civil anterior cu privire la substituția fideicomisară (*substitutio fideicomissaria*), printr-o atenuare a interdicției existente, în sensul că deși ca regulă este în continuare interzisă (fiind sancționată cu nulitatea absolută), prin excepție se admite că aceasta devine valabilă în cazurile expres prevăzute de lege (art. 993- 1000 din Noul Cod civil). În cadrul acestui articol se urmărește realizarea unei analize a instituției liberalității reziduale (*de eo quod supererit*), prin corelații cu reglementarea substituției fideicomisare (*substitutio fideicomissaria*). Liberalitatea reziduală (art. 1001-1005 din Noul Cod civil) nu este o instituție nouă pentru dreptul civil român, deoarece Noul Cod civil vine și recunoaște expres validitatea unei instituții pe care doctrina și practica au acceptat-o deja ca valabilă, și anume legatul rămășiței (legatul *de residuo*) sau fideicomisul fără inalienabilitate.

**Cuvinte cheie:** liberalitățile reziduale, legatul rămășiței, legatul *de residuo*, *de eo quod supererit*, fideicomisul fără inalienabilitate, substituția fideicomisară, Noul Cod civil român, art. 993- 1000 din Noul Cod civil, art. 1001-1005 din Noul Cod civil

**Abstract:** The New Civil Code marks a change of vision compared to the previous Civil Code regarding the *substitutio fideicomissaria* by mitigating the existing interdiction in the meaning that even if as a rule it is still forbidden (being sanctioned with absolute nullity) by exception one admits that it becomes valid in the cases expressly provided by law (Articles 993-1000 of the New Civil Code).

---

<sup>1</sup>Asistent universitar dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: mirela.dobрила@uaic.ro.

This article seeks to carry out an analysis of the institution of *de eo quod supererit*, by correlations with the regulation of *substitutio fideicomissaria*. Residual Liberality (Article 1001-1005 of the New Civil Code) is not a new institution for the Romanian civil law, because the New Civil Code expressly recognizes the validity of an institution that doctrine and practice have already accepted as valid, namely the legacy *de residuo* or *de eo quod supererit*.

**Keywords:** residual liberalities, legacy *de residuo*, *de eo quod supererit*, *substitutio fideicomissaria*, The New Romanian Civil Code, articles 993- 1000 of the New Romanian Civil Code, articles 1001-1005 of the New Romanian Civil Code

### **1. Considerații introductive. Corelații între liberalitățile reziduale și substituția fideicomisară**

Tradițional, instituția substituției fideicomisare a fost privită ca o dispoziție prin care dispunătorul obligă pe beneficiarul liberalității (legatar sau donatar), numit instituit, numit fiduciar, să conserve bunurile și să le transmită la momentul morții sale către un substituit ales tot de către dispunător, numit fideicomisar, conform dispozițiilor din art. 803 din Codul civil anterior.

Conform Noului Cod civil<sup>2</sup>, substituția fideicomisară se referă la dispoziția prin care o persoană, numită instituit, este însărcinată să administreze bunul sau bunurile care constituie obiectul liberalității și să le transmită unui terț, denumit substituit, desemnat de dispunător (ar. 993 N.C.Civ.).

În Noul Cod civil, ca regulă, substituția fideicomisară este în continuare interzisă de lege, așa cum se arată în art. 993 N.C.Civ., fiind sancționată cu nulitatea absolută<sup>3</sup>, deoarece se prevede expres că aceasta nu produce efecte decât în cazul în care este permisă de lege, ceea ce înseamnă că regula o constituie interzicerea substituției fideicomisare, și excepția o constituie admiterea acesteia în anumite situații determinate prin impunerea unor condiții specifice detaliate expres de cod.

În acest sens, art. 994 N.C.Civ. arată contextul în care substituția fideicomisară este admisă și marchează clar și expres excepția de la

---

<sup>2</sup> Legea nr. 287/ 2009 privind Codul civil, republicată în M.Of. nr. 505/ 15 iulie 2011.

<sup>3</sup> Pentru detalii, a se vedea C. Macovei, M.C. Dobrilă în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, coordonatori Fl.-A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, Editura CH Beck, 2012, pp. 1042-1049.

interzicerea substituțiilor fideicomisare<sup>4</sup>, și anume faptul că o liberalitate poate fi grevată de o sarcină care constă în obligația instituitului, donatar sau legatar, de a administra bunurile care constituie obiectul liberalității și de a le transmite, la decesul său, substituitului desemnat de dispunător.

Legiuitorul recunoaște doar validitatea substituției fideicomisare simple, unice și neperpetue, adică aceea prin care dispunătorul stabilește un singur substituit, fără a recunoaște exista posibilitatea obligării acestuia la administrarea bunurilor primite și la transmiterea lor, la decesul său, către un al doilea substituit desemnat de dispunător, așa cum rezultă din art. 994 N.C.Civ. care trimit doar la un instituit și un substituit, precum și la dispozițiile art. 996 N.C.Civ. care prevede că substituitul nu poate fi, la rândul său, supus obligației de administrare și de transmitere a bunurilor, și care stabilește sfera de aplicare a substituției fideicomisare prin interzicerea transformării substituitului într-un nou instituit obligat la administrare și transmitere a obiectului liberalității către un substituit subsecvent desemnat tot de către dispunător.

---

<sup>4</sup>Pentru detalii cu privire la substituția fideicomisară în Codul civil anterior și din Noul Cod civil a se vedea D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil român*, Vol. II, București, Atelierele grafice SOCEC&Co, 1926, p. 589 și urm.; C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, Vol. III, Editura All, București, 1998, p. 666 și urm.; Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2002, pp. 292-300; Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral*, Vol. II. Moștenirea testamentară, Ediția a III-a, Editura Universul Juridic, București, 2014, pp. 222-224; D. Chirică, *Tratat de drept civil, succesiunile și liberalitățile*, Editura CH Beck, București, 2014, p. 151 și urm.; Liviu Stănciulescu, *Curs de drept civil. Succesiuni*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 146; I. Dogaru, V. Stănescu, M. M. Soreață, *Bazele dreptului civil, Vol. 5: Succesiuni*, Ed. C. H. Beck, București, 2009, p. 371 și urm. ;D. Florescu, *Dreptul succesoral*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 113; G. C. Frențiu în M. Afrăsinei, M. L. Belu Magdo, Al. Bleoancă et al, *Noul Cod civil, Comentarii, doctrină, jurisprudență*, Vol. II art. 953-1649, Editura Hamangiu, București, 2012, pp. 86-94; A. Huidu-Mihai, C. Macovei, „Rețeta” 994 N.C.civ.: puțin din liberalitatea cu sarcină, din proprietatea condițională, din trust și substitutio fideicomissaria. *Bref, puțină mână moartă rediviva în „mănușa” fiduciei*; M.E. Buruiană, O. Mihăilă, *Substituția fideicomisară sau voința de dincolo de moarte*, lucrări discutate în cadrul Cercului de Drept Civil European "Dimitrie Alexandresco" în cadrul Facultății de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, <http://www.centrulrobertianum.ro/dimitrie-alexandresco/>.

În cazul substituției fideicomisare permise, instituitul nu poate dispune de bunurile primite prin liberalitate de la dispunător, deoarece are obligația de a le administra și i se aplică dispozițiile referitoare la fiduciar. Deoarece sarcina poate să afecteze drepturile dobândite de terți de la instituit, aceștia trebuie informați (art. 995 alin. 3 N.C.Civ.). Până la momentul morții instituitului când se nasc drepturile substituitului (art. 996 alin. 1 N.C.Civ.), instituitul este obligat să administreze și să transmită bunurile dar este și proprietar al bunurilor fideicomisare și are dreptul de a face nu numai acte de administrare ci și de dispoziție, iar creditorii săi pot urmări aceste bunuri, cu observația că obligația de administrare este una transmisibilă (atât timp cât nu a fost instituită *intuitu personae*) și va trebui respectată și de terți. După moartea instituitului, când se nasc drepturile substituitului, drepturile terților și ale creditorilor devin inopozabile substituitului, dacă au fost respectate cerințele de publicitate<sup>5</sup>. S-a susținut că dreptul instituitului este o proprietate *ad tempus*, vremelnică și revocabilă, care ia sfârșit la data morții instituitului pentru a face loc drepturilor substituitului<sup>6</sup>.

Motivele pentru care în baza Codului civil anterior instituția substituției fideicomisare era prohibită și sancționată cu nulitatea absolută integrală atât a liberalității făcute substituitului, cât și a liberalității în favoarea instituitului<sup>7</sup> (nulitate care nu putea fi acoperită prin confirmare, ratificare sau executarea voluntară a legatului de către moștenitori<sup>8</sup>) priveau, pe de o parte inalienabilitatea obiectului liberalității, deoarece instituitul avea obligația de conservare a bunului care determina o indisponibilizarea bunului și care contravine principiului liberei circulații a bunurilor (pentru existența unei clauze de inalienabilitate convenționale valabile fiind necesară respectarea condițiilor privind caracterul temporar și existența unui interes serios și legitim) și, pe de altă parte, stabilirea unei ordini succesoriale pentru

---

<sup>5</sup> C. Macovei, M. C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 1047; F. Deak, R. Popescu, *op. cit.*, p. 233.

<sup>6</sup> A se vedea D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 596.

<sup>7</sup> D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 600; C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 671; M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în Dreptul RSR*, Editura Academiei, București, 1966, p. 318.

<sup>8</sup> M. Eliescu, *Transmisiunea...op. cit.*, p. 318; I. Dogaru, V. Stănescu, M.-M. Soreață, *op. cit.*, p. 371.

cazul morții instituitului prin voința dispunătorului, care contravine principiului că nimeni nu poate dispune pentru cazul morții altei persoane<sup>9</sup>.

S-a susținut că se admite menținerea uneia dintre liberalități, dacă cealaltă a devenit ineficace din cauze intervenite până la momentul deschiderii moștenirii deoarece validitatea dispozițiilor testamentare trebuia apreciată la data deschiderii moștenirii, iar dacă una dintre liberalități era ineficace nu ne-am fi aflat în cazul unei substituții fideicomisare, nefiind îndeplinite condițiile pentru aceasta<sup>10</sup>.

Anterior intrării în vigoare a Noului Cod civil câteva situații erau controversate din perspectiva aplicării sancțiunii nulității absolute pentru existența unei substituții fideicomisare. Acestea reprezentau situații asemănătoare cu substituția fideicomisară, dar pentru care lipsea un element specific substituției fideicomisare. Deși au fost inițial sancționate cu nulitatea absolută, ulterior validitatea acestor operațiuni a fost recunoscută valabilă potrivit interpretărilor din doctrină și practică, soluție care se menține și după intrarea în vigoare a Noului Cod civil.

Un prim caz este cel al fideicomisului fără obligație, adică situația în care dispunătorul gratifică o persoană și își exprimă dorința (rugămintea, nu obligația) ca aceasta să transmită bunurile care au fost obiect al liberalității primite, la momentul morții sale, unei alte persoane desemnate tot de dispunător, această situație fiind recunoscută ca valabilă pe considerentul că dispunătorul își exprima dorința sub forma de rugămintea, instituitul fiind cel care alegea dacă la momentul morții sale transmite sau nu bunurile către substituit, fără a se stabili o ordine succesorală.

Un alt caz se referă la legatul rămășiței (legatul *de residuo*, fideicomisul fără inalienabilitate), adică liberalitatea prin care dispunătorul lasă anumite bunuri unei persoane, cu obligația pentru aceasta ca ceea ce va rămâne din aceste bunuri la moartea gratificatului (dacă vor mai rămâne), căruia i se recunoaște dreptul de a dispune de bunurile primite prin acte cu titlu gratuit sau oneros sau cel puțin cu titlu oneros, să fie transmis unei a doua persoane, substituit, determinată tot de dispunător.

În doctrină, pe de o parte s-a arătat că în cazul legatului rămășiței bunurile care formează obiectul liberalității nu sunt scoase din circuitul civil,

---

<sup>9</sup> F. Deak, *op. cit.*, pp. 293-294; I. Dogaru, *op.cit.*, p. 592.

<sup>10</sup> M. Eliescu, *Transmisiunea...op. cit.*, p. 318; F. Deak, *op. cit.*, p. 295; F. Deak, R. Popescu, *op. cit.*, p. 224.

adică lipsește inalienabilitatea cerută pentru a opera nulitatea absolută a construcției iar legatul rămășiței trebuie considerat valabil deoarece instituitul poate să înstrăineze bunurile cu titlu oneros, chiar dacă dispunătorul ar împiedica pe instituit să dispună prin liberalități între vii sau pentru cauză de moarte<sup>11</sup>.

Totuși, pe de altă parte, s-a susținut faptul că legatul rămășiței nu constituie o substituție fideicomisară deoarece bunurile care fac obiectul liberalității nu sunt scoase din circuitul civil, însă nu poate fi recunoscută ca valabilă. Existența obligației pentru instituit de a lăsa rămășița este suficientă pentru a atrage nulitatea absolută a legatului rămășiței pe ideea că se încalcă principiul că nimeni nu poate dispune pentru cazul morții altei persoane și principiul liberei circulații a bunurilor, deci obligația de a lăsa legat rămășița nu poate fi considerată valabilă. Dacă obligația de a lăsa legat rămășița a constituit cauza liberalității făcute instituitului, nici această liberalitate nu poate fi recunoscută valabilă<sup>12</sup>.

Această instituție este recunoscută în mod expres de Codul civil sub forma liberalităților reziduale, art. 1001-1005 N.C.Civ.

Un alt caz privește dublul legat condițional, adică liberalitatea prin care testatorul gratifică două persoane sub aceeași condiție, rezolutorie pentru primul legatar și suspensivă pentru cel de-al doilea.

Cadrul de reglementare a liberalităților reziduale din Codul civil este reprezentat de art. 1001-1005 N.C.Civ. coroborate cu dispozițiile privind substituția fideicomisară, 993-1001 N.C.Civ.

## **2. Liberalitățile reziduale în Noul Cod civil - recunoaștere expresă a legatului rămășiței sau a fideicomisului fără inalienabilitate. Condiții speciale**

Conform art. 1001 N.C.Civ., specific liberalităților reziduale (*de eo quod supererit*) este faptul că dispunătorul stipulează ca substituitul să fie gratificat cu ceea ce rămâne, la data decesului instituitului, din donațiile sau legatele făcute în favoarea acestuia din urmă, după modelul art. 1058 din

---

<sup>11</sup> C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 672; D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 599; M. Eliescu, *Transmisiunea...op. cit.*, p. 314; D. Chirică, *op. cit.*, p. 169.

<sup>12</sup> F. Deak, *op. cit.*, pp. 296-297; I. Dogaru, V. Stănescu, M.-M. Soreață, *op. cit.*, p. 373.



Codul civil francez<sup>13</sup>. Se observă că noua reglementare se referă atât la donații cât și la legate<sup>14</sup>.

Ca punct de plecare pentru această instituție, se observă că liberalitatea reziduală este asemănătoare în unele privințe substituției fideicomisare, în linii mari. Specific liberalităților reziduale este faptul că există două liberalități succesive, prima liberalitate este făcută în favoarea instituitului (donatar sau legatar) urmând să se execute după încheierea contractului de donație sau la moartea testatorului (liberalitate *inter vivos* sau *mortis causa*), iar cea de-a doua liberalitate este făcută în folosul substituitului și urmează să se execute la moartea instituitului, având ca obiect ceea ce rămâne, la data decesului instituitului, din donațiile sau legatele făcute în favoarea instituitului, spre deosebire de substituția fideicomisară admisă în prezent, în cazul căreia cele două liberalități succesive au același obiect

Totuși, coroborând aceste dispoziții cu cele din art. 994 N.C.Civ., conform căruia în cazul substituției fideicomisare, admise în mod excepțional după intrarea în vigoare a Noului Cod civil, o liberalitate poate fi grevată de o sarcină care constă în obligația instituitului, donatar sau legatar, de a administra bunurile care constituie obiectul liberalității și de a le transmite, la decesul său, substituitului desemnat de dispunător, se observă încă de la început diferența între substituția fideicomisară unde există obligația instituitului de a transmite bunurile pe care le-a administrat primite de la dispunător prin donație sau legat, în timp ce în cazul liberalităților reziduale instituitul va avea obligația de a transmite substituitului ceea ce rămâne, la data decesului instituitului, din donațiile sau legatele făcute în favoarea acestuia.

Avem rezerve față de calificarea liberalității în favoarea substituitului ca sarcină care grefează liberalitatea făcută instituitului (deși art. 993 și 994 N.C.Civ. folosesc noțiunea de sarcină) deoarece substituitul primește bunurile prin efectul voinței dispunătorului, nu le primește de la

---

<sup>13</sup> Art. 1058 Cod civil francez: "La libéralité résiduelle n'oblige pas le premier gratifié à conserver les biens reçus. Elle l'oblige à transmettre les biens subsistants. Lorsque les biens, objets de la libéralité résiduelle, ont été aliénés par le premier gratifié, les droits du second bénéficiaire ne se reportent ni sur le produit de ces aliénations ni sur les nouveaux biens acquis."

<sup>14</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 172.

instituit, iar prin aceasta nu se stabilește o ordine succesorală pentru cazul morții instituitului (care era de natură să atragă nulitatea absolută a instituției).

Prin urmare, liberalitatea reziduală, cunoscută și sub denumirea de fideicomis fără inalienabilitate sau legatul rămășiței, se aseamănă în linii mari cu substituția fideicomisară, dar fără a exista obligația specifică de administrare a bunurilor care fac obiectul liberalității.

Recunoașterea validității liberalității reziduale nu este o noutate pentru dreptul nostru, adusă prin Noul Cod civil, poate doar prin prisma recunoașterii exprese a acestei instituții. Anterior intrării în vigoare a Noului Cod civil, instituția a fost recunoscută în doctrină în cea mai mare parte<sup>15</sup>, cu opinii și viziuni diferite asupra acesteia.

Noul Cod civil marchează o atenuare a interdicției substituției fideicomisare și în același timp o recunoaștere clară a liberalității reziduale prin reglementarea expresă a acesteia, indiferent dacă este vorba despre donație sau legat.

Conform art. 1001 N.C.Civ., în cazul liberalității reziduale dispunătorul, indiferent dacă este vorba despre o donație sau un legat, are posibilitatea să impună instituitului gratificat (donatar sau legatar) obligația ca, la moartea sa, să transmită persoanei indicate de către dispunător, adică unui substituit, ceea ce va mai exista și doar dacă va mai exista ceva (!) la momentul decesului în patrimoniul gratificatului din obiectul liberalității primite.

Trebuie subliniat faptul că în cazul liberalităților reziduale obligația impusă instituitului gratificat de a transmite la momentul morții sale către substituitul desemnat de către dispunător privește doar ceea ce rămâne, la data decesului instituitului, din donațiile sau legatele făcute în favoarea acestuia, adică se are în vedere doar rămășița, prisosul și doar ipoteza în care mai rămâne acest prisos.

Specific liberalităților reziduale este că transmisiunea bunurilor către substituit este dublu condiționată<sup>16</sup>, pe de o parte de faptul că la data decesului instituitului să rămână în patrimoniul acestuia bunuri care să fi fost

---

<sup>15</sup> D. Chirică, *op. cit.*, pp. 169-171.; I. Dogaru, V. Stănescu, M.-M. Soreață, *op. cit.*, p. 372-373; în sens contrar F. Deak, *Drept succesoral*, pp. 296-297.

<sup>16</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 170; G. C. Frențiu în *Noul Cod civil, Comentarii, doctrină, jurisprudență, op. cit.*, p. 94.

primite de la dispunător (donație sau legat), iar pe de altă parte substituitul să-i supraviețuiască instituitului, pentru a exista posibilitatea ca instituitul să-i transmită ceea ce va mai exista în patrimoniul său.

În acest sens, trebuie observat că art. 1005 N.C.Civ. care prevede aplicarea pentru liberalitățile reziduale a unor reguli aplicabile substituției fideicomisare nu face trimitere la art. 996 alin. 1 N.C.Civ., care prevede că drepturile substituitului se nasc la moartea instituitului, deși conform definiției liberalității reziduale substituitul va fi gratificat cu ceea ce rămâne, la data decesului instituitului, din donațiile sau legatele făcute în favoarea acestuia din urmă. Motivul pentru care nu se face această trimitere este dat de faptul că în cazul unei liberalități reziduale nașterea drepturilor substituitului este condiționată de existența în patrimoniul instituitului la momentul morții lui a bunurilor sau a unor bunuri din donațiile sau legatele făcute în favoarea acestuia de către dispunător<sup>17</sup>, apoi nașterea drepturilor substituitului este condiționată de existența substituitului la momentul morții instituitului, iar apoi se poate discuta despre nașterea drepturilor substituitului la moartea instituitului.

În principiu, pentru o liberalitate reziduală, substituitul nu poate fi, la rândul său, supus unei obligații impuse de dispunător (adică să devină la rândul lui instituit din cadrul unei liberalități reziduale), ca un substituit subsecvent să fie gratificat cu ceea ce rămâne, la data decesului primului substituit, din donațiile sau legatele făcute în favoarea primului substituit. Sunt avute în vedere și dispozițiile art. 1005 N.C.Civ. care permite aplicarea unor reguli de la substituția fideicomisară, dar nu trimite la art. 996 alin. 3 N.C.Civ. deoarece acesta este specific numai fideicomisului gradual.

Totuși, dintr-o altă perspectivă, mai îndepărtată față de viziunea tradițională asupra instituției liberalității reziduale, se poate pune întrebarea dacă nu cumva legiuitorul prin faptul că în art. 1005 N.C.Civ. care permite aplicarea unor reguli de la substituția fideicomisară nu trimite la art. 996 alin. 3 N.C.Civ., a avut în vedere tocmai o recunoaștere atât a liberalității reziduale unice, cât și a unei liberalități reziduale graduale, cu argumentul că spre deosebire de substituția fideicomisară, în cazul unei liberalități reziduale dispunătorul stipulează ca substituitul să fie gratificat doar cu ceea ce rămâne, la data decesului instituitului, din donațiile sau legatele făcute în favoarea acestuia din urmă, instituitul având o libertate destul de largă de a

---

<sup>17</sup> C. Macovei, M. C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 1050.

dispune de bun, deși viziunea legiuitorului în cazul substituției fideicomisare, unde este admisă doar substituția unică, nu și cea graduală, vine să infirme o astfel de teorie.

În cazul în care s-ar admite ideea că liberalitatea reziduală nu poate avea decât un singur grad, atunci când ar exista o liberalitate reziduală graduală cu mai multe grade va opera sancțiunea nulității absolute parțiale, la fel cum operează și în cazul unei substituții fideicomisare graduale interzise<sup>18</sup>, adică liberalitatea reziduală nu va fi nulă în totalitate, ci doar în privința liberalității sau liberalităților care au fost constituite cu depășirea liberalității reziduale unice, a celei de prim grad. Prin excepție, există posibilitatea ca dispunătorul să fi condiționat existența liberalității reziduale, inclusiv a celei unice, de executarea liberalităților către toți beneficiarii, caz în care va opera o nulitate absolută totală, atât pentru liberalitatea reziduală din primul grad, cât și pentru liberalitățile reziduale din gradele următoare.

Spre deosebire de substituția fideicomisară permisă în cazul căreia art. 994 alin. 2 N.C.Civ. prevede că instituitului i se aplică în mod corespunzător dispozițiile referitoare la fiduciar, la liberalitățile reziduale nu se face trimitere la aplicarea acestor dispoziții, ceea ce înseamnă cu nu devin aplicabile pentru liberalitățile reziduale dispozițiile referitoare la fiduciar.

În cazul liberalității reziduale, art. 1005 N.C.Civ. care permite aplicarea unor reguli de la substituția fideicomisară trimite la aplicarea art. 996 alin. 2 N.C.Civ. conform căruia substituitul dobândește bunurile care constituie obiectul liberalității reziduale ca efect al voinței dispunătorului. Acest articol marchează o diferență importantă față de funcționarea substituției fideicomisare, așa cum era concepută instituția anterior intrării în vigoare a Noului Cod civil<sup>19</sup>, ca element care era de natură să atragă nulitatea absolută pe ideea stabilirii unei ordini succesoriale pentru cazul morții unei alte persoane, adică de către dispunător pentru moartea instituitului. Conform acestei noi viziuni, în cazul liberalității reziduale (ca în cazul substituției fideicomisare permise) nu există o transmisiune de la dispunător la instituit și a doua transmisiune de la instituit la substituit, deoarece

---

<sup>18</sup> C. Macovei, M. C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 1047.

<sup>19</sup> Pentru detalii privind opinia în sensul că dispoziția în favoarea substituitului trebuie considerată ca o liberalitate directă iar al doilea gratificat primește bunurile direct de la dispunător, a se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 673.

bunurile care constituie obiectul liberalității reziduale ajung la substituit ca efect al voinței dispunătorului.

Mai mult, la substituția fideicomisară obligația de administrare are în vedere respectarea unei exploatare a bunurilor compatibilă cu restituirea lor, iar conținutul obligației de transmitere diferă de înțelesul juridic al unui act de dispoziție (aceasta fiind accepțiunea istorică), în favoarea sensului de predare a bunurilor, obligație care incumbă de fapt succesiunii instituitului, și nu acestuia<sup>20</sup>. Considerăm că același raționament trebuie aplicat și în cazul liberalității reziduale, unde obligația de transmitere va trebui să fie corect interpretată în sensul de predare a bunurilor reziduale, autorul transmisiei către substituit fiind dispunătorul de fapt, și nu instituitul.

Printr-o interpretare diferită a dispozițiilor art. 996 alin. 2 N.C.Civ. (conform căruia substituitul dobândește bunurile care constituie obiectul liberalității reziduale ca efect al voinței dispunătorului), cu care nu suntem de acord, s-a susținut că în cazul substituției fideicomisare, drepturile substituitului asupra bunurilor care își au izvorul în manifestarea de voință a dispunătorului, fiind independente de exercitarea vreunui act de acceptare din partea substituitului<sup>21</sup>. La fel cum s-a susținut și în doctrină<sup>22</sup>, considerăm că substituitul nu este obligat să primească aceste bunuri, ci poate să renunțe la liberalitatea constituită în favoarea sa, cu argumentul că art. 999 N.C.Civ. se referă la acceptarea donației de către substituit în condiții speciale, reglementate distinct, de unde reiese clar că este nevoie de o acceptare din partea substituitului, precum și cu argumentul că art. 1000 N.C.Civ. indică ce se va întâmpla în caz de ineficacitate a instituției pentru ipoteza în care substituitul renunță la liberalitate. Pe baza aceluiași raționament, considerăm că și în cazul liberalităților reziduale, pentru care se prevede expres aplicarea art. 996 alin. 2 N.C.Civ., este necesară o acceptare a liberalității de către substituit.

Se consideră că reglementarea expresă în Noul Cod civil a liberalităților reziduale, ca și precizarea legală explicită relativă la limitele atributului de dispoziție aparținând primului gratificat reprezintă unul din aspectele pozitive ale noii reglementări, dincolo de eventualele discuții

---

<sup>20</sup> C. Macovei, M. C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 1044.

<sup>21</sup> M. M. Soreață, *Noutăți legislative în materia succesiunilor introduse prin Noul Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 83.

<sup>22</sup> F. Deak, R. Popescu, *op. cit.*, p. 224.

asupra pertinentei înlăturării în Codul civil a prohibiției substituțiilor fideicomisare, fără stabilirea cazurilor în care s-ar putea justifica (de exemplu, în cazul liberalităților făcute descendenților de prim grad, cu o substituție în privința descendenților de gradul II)<sup>23</sup>.

**3. Dreptul de dispoziție al instituitului** - recunoașterea dreptului de a înstrăina definitiv prin acte cu titlu oneros bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale

Sub aspectul analizării conținutului obligației de administrare și a conținutului obligației de transmitere în cazul liberalităților reziduale, trebuie să avem în vedere condițiile și limitele impuse de art. 1002 și art. 1003 N.C.Civ.

Astfel, în cazul liberalităților reziduale, instituitului i se recunoaște expres posibilitatea să încheie acte cu titlu oneros și să rețină bunurile ori sumele obținute în urma încheierii acestora (art. 1002 N.C.Civ.). După cum s-a apreciat și în doctrină<sup>24</sup>, această posibilitate este suficientă pentru a exclude obligația de a conserva obiectul liberalității și de a evita astfel declararea sa ca inalienabil prin voința dispunătorului, fără îndeplinirea condițiilor legale (ca aspect care justifica aplicarea nulității absolute în cazul substituției fideicomisare).

Posibilitatea recunoscută în cazul liberalităților reziduale de a înstrăina definitiv, prin acte cu titlu oneros, bunurile primite de la dispunător, precum și posibilitatea de a reține bunurile sau sumele care au fost obținute ca urmare a încheierii actelor cu titlu oneros permise marchează o diferență clară față de substituțiile fideicomisare.

Formularea folosită de legiuitor, "acte cu titlu oneros", este suficient de generoasă pentru determinarea sferei actelor juridice care realizează conținutul normei. Deși legiuitorul nu optează pentru folosirea termenului de înstrăinare, ci face doar mențiunea "acte cu titlu oneros" considerăm că actele pe care le are în vedere textul sunt actele de înstrăinare (după modelul Codului civil francez art. 1058), de exemplu contract de vânzare, antecontracte de vânzare, contract de schimb, contract de rentă viageră, contract de întreținere etc., adică acele contracte prin care dobânditorul

---

<sup>23</sup> J. Goicovici, *Liberalitățile reziduale în reglementarea art. 1001-1005 din Noul Cod civil*, Revista Curierul Judiciar nr. 1/2011, pp. 23-26.

<sup>24</sup> D. Chirică, *op. cit.*, pp. 169-170.

dobândește un drept în mod definitiv, însă nu și contractul de locațiune sau închiriere de exemplu, deoarece în astfel de cazuri (deși le poate încheia nu intră în sfera textului pe care îl analizăm) bunul nu iese din patrimoniul instituitului care va avea obligația de a-l transmite la momentul morții sale către substituit, iar drepturile substituitului s-ar putea naște, în continuare, fără niciun impediment la momentul morții instituitului.

Faptul că art. 1002 recunoaște posibilitatea instituitului să rețină bunurile ori sumele obținute în urma încheierii actelor cu titlu oneros încheiate (și a actelor de înstrăinare!) înseamnă că substituitul pierde orice drept asupra acestora, fără a opera subrogația reală cu titlu particular, adică fără a opera un transfer de regim juridic asupra oricărui bun sau sume de bani care înlocuiesc în patrimoniul instituitului valoarea și fără ca acestea să constituie obiectul obligației instituitului de transmitere către substituit. Motivul pentru care bunul care a intrat în patrimoniul instituitului nu dobândește regimul bunului care a ieșit din patrimoniul acestuia și nu constituie în continuare obiect al obligației de transmitere către substituit este tocmai faptul că instituitului i se permite încheierea de acte cu titlu oneros, prin care să înstrăineze bunurile din patrimoniul său, în mod liber, care ar rămâne fără substanță în cazul unei alte interpretări, iar o recunoaștere a unei subrogații reale cu titlu particular în acest caz (chiar în lipsa unui text expres, așa cum este art. 1002 teza a doua N.C.Civ.) ar însemna calificarea actului ca o substituție fideicomisară.

Prin excepție, conform art. 1005 N.C.Civ., coroborat cu art. 995 alin. (2) N.C.Civ., atunci când liberalitatea reziduală are ca obiect valori mobiliare, va opera o subrogație reală asupra valorilor mobiliare care le înlocuiesc. În acest caz, bunul care a intrat în patrimoniu dobândește regimul particular al bunului care a ieșit din patrimoniul instituitului și va face în continuare obiect al obligației instituitului de transmitere către substituit la momentul morții instituitului.

Prin valori mobiliare se înțeleg titluri de valoare negociabile reprezentând diferite titluri de credit, precum și drepturi de proprietate (participații), transmisibile cu ușurință și negociabile pe piețe special organizate<sup>25</sup>.

Conform art. 1005 N.C.Civ., coroborat cu art. 995 alin. (3) N.C.Civ., se aplică regulile de la substituția fideicomisară privind informarea terților

---

<sup>25</sup> C. Macovei, M. C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 1046.

prin realizarea formalităților de publicitate mobiliare și imobiliare, adică dacă liberalitatea are ca obiect drepturi supuse formalităților de publicitate, sarcina trebuie să respecte aceleași formalități, iar în cazul imobilelor, sarcina este supusă notării în cartea funciară.

#### **4. Interdicția de a dispune cu titlu gratuit de bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale. Interdicția de a dispune prin legat. Recunoașterea posibilității de a dispune prin donație**

Referitor la posibilitatea de a încheia acte cu titlu gratuit în cazul liberalităților reziduale, adică cu privire la bunurile care au constituit obiectul unei liberalități reziduale, articolul 1003 N.C.Civ. operează o distincție între actele cu titlu gratuit încheiate *inter vivos* și cele *mortis causa*.

Articolul 1003 N.C.Civ. are ca punct de plecare ideea că instituitul primește de la dispunător un bun cu titlu gratuit, prin donație sau legat, iar instituitului i se recunoaște expres posibilitatea de a dispune în timpul vieții sale prin acte cu titlu oneros de aceste bunuri, având posibilitatea de a le înstrăina așa cum dorește.

Instituitul nu poate dispune de bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale prin legate instituite prin testament (chiar dacă art. 1003 alin. 1 N.C.Civ. folosește impropriu expresia ca instituitul nu poate să dispună prin testament deși norma vrea să arate că instituitul nu poate să dispune prin liberalități *mortis causa*) deoarece intenția sa liberală ar fi în contradicție cu intenția dispunătorului care prin liberalitatea reziduală a stabilit ca bunul (pe care instituitul a putut să-l înstrăineze în timpul vieții dar pe care nu l-a înstrăinat) să revină substituitului ales de el.

Imposibilitatea instituitului de a dispune de bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale prin liberalități *mortis causa* apare ca firească deoarece instituitul a beneficiat de libertatea de aprecia dacă dorește să dispună în timpul vieții prin acte cu titlu oneros (deci care să îi și profite) și dacă nu a făcut-o până la momentul morții sale singura interpretare este în sensul că nu a dorit sau nu a avut nevoie. Legatul cu privire la bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale ar reprezenta o formă de nesocotire a voinței dispunătorului, care a ales să dispună de bunuri în favoarea substituitului, și o formă de lipsă de apreciere față de generozitatea dispunătorului, care nu i-a impus să transmită către substituit toate bunurile



primite, ci doar ceea ce rămâne la data decesului instituitului, din donațiile sau legatele făcute în favoarea sa.

Prin excepție de la regula din art. 1003 alin. 1 N.C.Civ., conform art. 1003 alin. 2 teza a doua N.C.Civ. atunci când instituitul este moștenitor rezervatar al dispunătorului, acesta păstrează posibilitatea de a dispune prin acte pentru cauză de moarte (legate) de bunurile care au constituit obiectul donațiilor imputate asupra rezervei sale succesoriale. Excepția se justifică prin faptul că o donație raportabilă este doar un avans la moștenire, fără intenția de a gratifica, urmând ca moștenitorul rezervatar să impute donația asupra cotei sale de rezervă și să ia din moștenire mai puțin ca urmare a imputării, conform regulilor din art. 1046 și urm. N.C.Civ. cu privire la raportul succesoral.

Excepția din art. 1003 alin. 2 teza a doua N.C.Civ. referitoare la posibilitatea de a dispune prin legate de bunurile care au fost obiect al donațiilor imputate asupra rezervei succesoriale are în vedere doar pe moștenitorul rezervatar al dispunătorului, nu și pe moștenitorul nerezervatar al dispunătorului (nu s-ar putea pune problema imputării asupra rezervei sale succesoriale). Această excepție nu este aplicabilă nici în cazul în care instituitul este moștenitor rezervatar al dispunătorului care a primit bunurile prin legat deoarece în acest caz nu se mai aplică discuția și rațiunea privind donația raportabilă, ca avans la moștenire, forma de imputare asupra rezervei moștenitorului conform art. 1146 N.C.Civ. și urm. privind modul în care operează raportul succesoral.

Excepția indicată rămâne aplicabilă doar pentru descendenții defunctului (dispunătorului) și soțul care vine în concurs cu descendenții acestuia care au primit de la dispunător o donație raportabilă (nu un legat), aceștia fiind singurii moștenitori rezervatari care ar putea primi o donație raportabilă care să fie imputată asupra cotei de rezervă succesorală, nu și ascendenților privilegiați, care sunt moștenitori rezervatari dar nu sunt obligați la raportul donațiilor.

Se observă ca sinteză, că regula este că instituitul nu poate dispune de bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale prin legate (art. 1003 alin. 1 N.C.Civ.). Excepția există atunci când instituitul este moștenitor rezervatar al dispunătorului și păstrează posibilitatea de a dispune prin acte pentru cauză de moarte (legate) de bunurile care au constituit obiectul donațiilor imputate asupra rezervei sale succesoriale. Excepția nu se aplică moștenitorului care nu este moștenitor rezervatar al dispunătorului și nici

moștenitorului rezervatar al dispunătorului care a primit bunurile prin legat, în cazul acestora fiind aplicabilă regula că instituitul nu poate dispune de bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale prin legate.

Instituitului i se recunoaște posibilitatea să dispună de bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale prin donație, ca regulă. Rațiunea recunoașterii acestei posibilități constă în faptul că o nevoie actuală a instituitului poate determina încheierea contractului de donație, iar problema că ar exista un conflict între voința dispunătorului ca bunurile reziduale să revină substituitului și intenția liberală specifică donației nu se pune deoarece cel care apreciază asupra acestui eventual conflict este chiar dispunătorul, care fie nu interzice încheierea unui contract de donație de către instituit, contract care să aibă ca obiect bunurile primite de la dispunător și își asumă faptul că instituitul va putea dispune de bunuri prin donație iar substituitul în acest caz nu le va mai primi, nici măcar pe cele care rămân la data decesului instituitului în patrimoniul său, fie interzice instituitului să dispună de aceste bunuri prin donație, pentru ca substituitul să poată primi la data decesului instituitului bunurile care rămân în patrimoniul său (în cazul în care nu dispune de aceste bunuri prin acte *inter vivos* cu titlu oneros). Astfel, excepția o constituie faptul că dispunătorul poate interzice instituitului să dispună de bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale prin donație (art. 1003 alin. 2 teza întâi N.C.Civ.).

Prin excepție de la excepția din art. 1003 alin. 2 teza întâi N.C.Civ. (care permite dispunătorului să interzică instituitului să dispună de bunuri prin donație), conform art. 1003 alin. 2 teza a doua N.C.Civ. atunci când instituitul este moștenitor rezervatar al dispunătorului, acesta păstrează posibilitatea de a dispune prin acte între vii (donații) de bunurile care au constituit obiectul donațiilor imputate asupra rezervei sale succesoriale, cu aceeași justificare ca mai sus, adică faptul că o donație raportabilă este doar un avans la moștenire, fără intenția de a gratifica, urmând ca moștenitorul rezervatar să impute donația asupra cotei sale de rezervă și să ia din moștenire mai puțin ca urmare a imputării, conform regulilor din art. 1046 și urm. N.C.Civ. cu privire la raportul succesoral.

Dispozițiile art. 1003 alin. 2 teza a doua N.C.Civ. (instituitul moștenitor rezervatar al dispunătorului care păstrează posibilitatea de a dispune prin acte între vii, donații, de bunurile care au constituit obiectul donațiilor imputate asupra rezervei sale succesoriale) nu se pot aplica pentru instituitul moștenitor nerezervatar al dispunătorului deoarece nu s-ar putea

imputa donația primită asupra rezervei sale succesoriale. Dispozițiile art. 1003 alin. 2 teza a doua N.C.Civ. nu sunt aplicabile nici moștenitorului rezervatar al dispunătorului care a primit bunurile prin legat deoarece textul are în vedere doar primirea unei donații raportabile, care să constituie un avans la moștenire, și care să justifice o imputare a donației asupra rezervei moștenitorului conform art. 1146 N.C.Civ. și urm. privind modul în care operează raportul succesoral. Dispozițiile art. 1003 alin. 2 teza a doua N.C.Civ. nu sunt aplicabile nici moștenitorului rezervatar care a primit bunurile prin donație imputată asupra cotității disponibile (neraportată, art. 1150 N.C.Civ.).

Și aici la fel ca mai sus, excepția indicată rămâne aplicabilă doar pentru descendenții defunctului (dispunătorului) și soțul care vine în concurs cu descendenții acestuia care au primit de la dispunător o donație raportabilă (nu un legat), aceștia fiind singurii moștenitori rezervatari care ar putea primi o donație raportabilă care să fie imputată asupra cotei de rezervă succesorală, nu și ascendenților privilegiați, care sunt moștenitori rezervatari dar nu sunt obligați la raportul donațiilor.

Sintetizând, regula este că instituitul poate dispune de bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale prin donație (*per a contrario* art. 1003 alin. 1 N.C.Civ.). Excepția o constituie faptul că dispunătorul poate interzice instituitului să dispună de bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale prin donație (art. 1003 alin. 2 teza a doua N.C.Civ.). Excepția de la excepție există când, deși dispunătorul i-a interzis instituitului să dispună prin donație de bunurile care au fost obiect al liberalității, totuși fiind moștenitor rezervatar al dispunătorului, instituitul păstrează posibilitatea de a dispune prin acte între vii (donații) de bunurile care au constituit obiectul donațiilor imputate asupra rezervei sale succesoriale. Excepția de la excepție nu se aplică moștenitorului care nu este moștenitor rezervatar al dispunătorului și nici moștenitorului rezervatar al dispunătorului care a primit bunurile prin legat și nici moștenitorului rezervatar care a primit bunurile prin donație imputată asupra cotității disponibile (neraportată, art. 1150 N.C.Civ.), în cazul acestora fiind aplicabilă excepția, dacă este cazul, în sensul că dispunătorul poate interzice instituitului să dispună de bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale prin donație.

### **5. Principiul independenței patrimoniale a instituitului**

Din cele analizate rezultă că instituitul are o libertate deplină de a dispune prin acte cu titlu oneros conform art. 1002 N.C.Civ., iar în cazul actelor cu titlu gratuit această libertate este recunoscută în mod excepțional, conform art. 1003 N.C.Civ.. Independența patrimonială recunoscută instituitului înseamnă că acesta nu este ținut să dea socoteală dispunătorului ori moștenitorilor acestuia (art. 1004 N.C.Civ.). Instituitului nu i se poate cere să răspundă pentru deciziile referitoare la bunurile primite prin donație sau legat de la dispunător (care au constituit obiectul liberalității reziduale), luate cu privire la încheierea actelor de înstrăinare, cu privire la avantajele obținute, cu privire la exploatarea corespunzătoare a bunurilor sau cu privire la oportunitatea unor decizii, atât timp cât instituitul nu este obligat să dea socoteală nici dispunătorului și nici moștenitorilor săi pentru o obligație de administrare a bunurilor care să fie compatibilă cu transmiterea lor către substituit, deoarece instituitul are obligația de a transmite substituitului doar ceea ce rămâne în patrimoniul instituitului, la data decesului său, din donațiile sau legatele făcute în favoarea sa de către dispunător, adică doar bunurile care pot fi identificate în patrimoniu.

Instituitul nu va fi obligat să dea socoteală pentru deciziile cu privire la actele de înstrăinare, oportunitatea sau avantajele unor acte cu privire la bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale nici substituitului, care nu poate impune instituitului o obligație de administrare a bunurilor, cu același argument, și anume că instituitul are obligația de a transmite substituitului doar ceea ce rămâne în patrimoniul instituitului, la data decesului său, din donațiile sau legatele făcute în favoarea sa de către dispunător.

Mai mult, pornind de la faptul că art. 1005 N.C.Civ. referitor la aplicarea unor reguli specifice substituției fideicomisare nu trimite la dispozițiile art. 996 alin. 1 N.C.Civ. conform căruia drepturile substituitului se nasc la moartea instituitului (dincolo de faptul că nu se face această trimitere pentru că nașterea drepturilor substituitului este mai întâi condiționată de existența bunurilor/ a unei părți din bunurile din donație sau legate primite de la dispunător de către instituit la momentul morții sale în patrimoniul său<sup>26</sup> trebuie să observăm că nu s-ar putea admite, așa cum se recunoaște de doctrină și practică în cazul substituției fideicomisare

---

<sup>26</sup> C. Macovei, M. C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 1052.

permise<sup>27</sup>, posibilitatea ca substituitul să facă acte de conservare materială sau juridică sau chiar acte de dispoziție, ca un proprietar sub condiție suspensivă.

Totuși, distinct de această independență patrimonială, instituitul va fi ținut să răspundă pentru respectarea limitelor impuse de art. 1002 și 1003 N.C.Civ. referitoare la încheierea actelor cu titlu gratuit, caz în care va fi obligat să dea socoteală pentru executarea obligației de a transmite substituitului bunurile care au constituit obiectul liberalității reziduale.

## **6. Aplicarea unor reguli specifice substituției fideicomisare**

Art. 1005 N.C.Civ. referitor la aplicarea unor reguli specifice substituției fideicomisare trimite la aplicarea dispozițiilor art. 997 N.C.Civ. privind garanțiile și asigurările, în sensul că și în cazul liberalităților reziduale, în vederea executării obligației instituitului de a transmite substituitului ceea ce rămâne, la data decesului instituitului, din donațiile sau legatele făcute în favoarea acestuia, dispunătorul poate impune instituitului constituirea de garanții (de exemplu garanții directe, personale, reale) pentru ca dispunătorul să se asigure de o bună exploatare a bunurilor pentru a le păstra valoarea economică. Considerăm totuși că această opțiune este limitată totuși de faptul că spre deosebire de substituția fideicomisară permisă unde cele două liberalități au același obiect, la liberalitățile reziduale se are în vedere transmiterea de către instituit substituitului doar a ceea ce rămâne din bunurile primite de la dispunător, plus de faptul că se recunoaște o independență patrimonială a instituitului, firească, dar care nu mai apare perfect compatibilă, decât limitat, cu ideea unei exploatare corespunzătoare a bunurilor primite de către instituit și cu măsuri de precauție luate de către dispunător pentru a asigura eficacitatea celei de a doua liberalități în favoarea substituitului.

Pe baza aceluiași trimiteri, dispunătorul poate impune instituitului încheierea unor contracte de asigurare (de exemplu asigurare de bunuri), prin care se urmărește prevenirea ineficienței liberalității (caducitate) din cauza pieririi bunurilor în mod fortuit, din motive obiective, independente de voința instituitului, și care să permită impunerea în mod convențional, a subrogației reale cu titlu particular.

---

<sup>27</sup> C. Macovei, M. C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 1047.

Conform art. 1013 alin. 1 teza a doua N.C.Civ., referitor la oferta de donație, incapacitatea sau decesul ofertantului atrage caducitatea acceptării. Prin excepție de la aceste dispoziții, în cazul liberalităților reziduale, se recunoaște posibilitatea de a accepta oferta de donație făcută substituitului de către substituit și după decesul dispunătorului (art. 1005 N.C.Civ. referitor la aplicarea unor reguli specifice substituției fideicomisare prevede aplicarea art. 999 N.C.Civ. privind acceptarea donației după decesul dispunătorului). Excepția se justifică în cazul liberalităților reziduale prin aceea că substituitul dobândește bunurile reziduale nu la instituit, ci ca efect al voinței dispunătorului, conform art. 996 alin. 2 N.C.Civ., și prin faptul că nașterea drepturilor substituitului la momentul morții instituitului presupune trecerea unei perioade de timp și există posibilitatea ca dispunătorul să nu mai fie în viață, iar în cele mai multe situații ar interveni caducitatea deoarece acceptarea făcută de substituitul-donatar ar avea loc după decesul dispunătorului-donator.

Liberalitatea reziduală nu se confundă cu o substituție vulgară<sup>28</sup> deoarece în cazul liberalității reziduale există un legat sau o donație din partea dispunătorului în favoarea instituitului și succesiv, substituitul va fi gratificat cu ceea ce rămâne, la data decesului instituitului, din donațiile sau legatele făcute acestuia, deci legatele se execută succesiv, întâi cel în favoarea instituitului și apoi cel în favoarea substituitului (dacă va mai fi cazul), în timp ce în cazul unei substituții vulgare legatele se execută alternativ.

Referitor la natura juridică a liberalităților reziduale, anterior intrării în vigoare a Noului Cod civil (care conține dispoziții exprese privind ineficacitatea liberalității reziduale pentru cazul morții substituitului) în literatura de specialitate s-a considerat că aceasta nu constituie o substituție fideicomisară (așa cum am arătat mai sus), ci un legat supus unui termen suspensiv, drepturile terței persoane ce urmează a fi gratificată cu rămășița bunurilor legate urmând să se nască la momentul deschiderii moștenirii dispunătorului, iar exercițiul se va face la moartea instituitului, în măsura în care bunurile se mai află în patrimoniul succesoral. S-a considerat că dacă substituitul moare înaintea instituitului, drepturile substituitului trec asupra moștenitorilor săi care vor putea pretinde bunurile la moartea instituitului

---

<sup>28</sup> L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 150; I. E. Cadariu-Lungu, *Dreptul de moștenire în noul Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 159.

deoarece termenul suspensiv nu afectează nașterea dreptului, ci numai exercițiul lui.<sup>29</sup> S-a susținut și faptul că legatul *de residuo* este un dublu legat condițional, primul legatar dobândind sub condiția rezolutorie ca bunurile să se găsească în patrimoniul său la data decesului, iar beneficiarul rămășiței sub condiția suspensivă ca bunurile să se găsească în patrimoniul primului legatar, instituitului la data decesului acestuia; dacă substituitul moare înaintea instituitului legatul său devine caduc<sup>30</sup>.

În cazul liberalităților reziduale, dacă substituitul precedează instituitului sau renunță la beneficiul liberalității, Noul Cod civil bunul revine instituitului, cu excepția cazului în care s-a prevăzut că bunul va fi cules de moștenitorii substituitului ori a fost desemnat un al doilea substituit (art. 1005 N.C.Civ. referitor la aplicarea unor reguli specifice substituției fideicomisare trimite și la aplicarea dispozițiilor art. 1000 N.C.Civ. cu privire la ineficacitatea substituției<sup>31</sup>). Astfel, la liberalitatea reziduală, la fel ca la substituția fideicomisară permisă, pentru a evita o ineficacitate a liberalității reziduale prin caducitate pentru predecesul substituitului față de instituit sau pentru cazul în care acesta renunță la liberalitatea primită, bunul rezidual revine instituitului, ca regulă; prin excepție, dacă s-a prevăzut expres, bunul va fi cules de moștenitorii substituitului sau se poate prevedea o substituție vulgară, prin desemnarea unui al doilea substituit.

Deși substituția vulgară nu mai apare expres reglementată de Noul Cod civil așa cum apărea în Codul civil anterior, validitatea acesteia este admisă fără dubii și recunoscută indirect prin intermediul acestor dispoziții (o formă de liberalitate rezidualo-vulgară) care recunosc posibilitatea dispunătorului de a-și lua măsuri de prevedere prin stabilirea unei liberalități alternative, sub condiția suspensivă a ineficacității celei dintâi.

---

<sup>29</sup> C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 673; D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 599; M. Eliescu, *Transmisiunea...op. cit.*, p. 314.

<sup>30</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 171.

<sup>31</sup> Pentru dispoziții legate de modul în care funcționează dreptul de acrescământ a se vedea și art. 1072 C.Civ..





**IMPLICAȚIILE FISCALE DETERMINATE DE UTILIZAREA  
INCOTERMS 2010 ÎN COMERȚUL INTERNAȚIONAL**

**THE IMPACT OF INCOTERMS 2010 ON FISCAL MATTERS OF  
INTERNATIONAL TRADE**

**ȘTEFAN-RĂZVAN TATARU<sup>1</sup>**

**Rezumat:** Comerțul internațional cu bunuri implică transportul acestora de la vânzător la cumpărător, depășind frontierele de stat și generând obligații complexe în sarcina părților. Termenii comerciali internaționali (Incoterms) elaborați de Camera Internațională de Comerț de la Paris au rolul de a facilita negocierea și încheierea contractelor de vânzare internațională, fiind un punct de referință ce stabilește: partea care suportă costul transportului, incluzând asigurarea, taxele și alte obligații, locația de preluare a bunurilor și locația de predare și partea ce suportă riscul asupra bunurilor în fiecare moment al transportului. Prezentul studiu își propune să sublinieze că utilizarea regulilor Incoterms în contractele de vânzare internațională de bunuri poate reprezenta un instrument facil prin care părțile gestionează obligațiile fiscale și, indirect, fluxul de lichidități.

**Cuvinte cheie:** Incoterms 2010, condiții de livrare, TVA, obligații fiscale, optimizare fiscală, dreptul comerțului internațional, uzanțe comerciale.

**Abstract:** The international trade of goods involves the delivery of goods from seller to buyer, across international borders, generating complex obligations for the contracting parties. The International Commercial Terms (Incoterms) published by the International Chamber of Commerce are intended to help with the negotiation and signing of international commercial contracts and serve as a reference point for establishing the following: which of the parties will bear the delivery costs, including the insurance policy, taxes and other obligations, the named place of taking over and delivery, as

---

<sup>1</sup> Doctorand, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: razvantataru@gmail.com

well as which party bears the risks involved in the delivery at any given moment. The present study aims to emphasize that the use of Incoterms rules in international commercial sales of goods may be a convenient instrument that parties can use to handle fiscal obligations and, indirectly, the cashflow.

**Keywords:** Incoterms 2010, delivery conditions, VAT, tax duties, tax optimization, International Trade Law, trade usages.

## **I. Considerente generale privind comerțul transfrontalier de mărfuri la nivel european și internațional**

Prezentul studiu analizează regulile Incoterms 2010 utilizate în contractele de vânzare transfrontalieră<sup>2</sup>, într-o manieră diferită de cea clasică (economică și logistică), prin evaluarea implicațiilor juridice, de natură fiscală. În cadrul analizei ne vom opri atenția asupra obligațiilor fiscale generate de comerțul internațional cu bunuri, respectiv taxa pe valoare adăugată, taxele vamale și taxele antidumping, necuprinzând în cercetare și impozitul pe profit, acesta din urmă fiind reglementat distinct de fiecare stat.

Părțile contractelor de vânzare internațională de bunuri sunt reprezentate de vânzător și cumpărător, în cazul comerțului realizat pe teritoriul european sau, de exportator și importator, în situația în care bunurile intră sau părăsesc spațiul economic european.

Dezideratul prezentului studiu este de a conștientiza potențialul regulilor Incoterms de a fi folosite nu numai ca standard internațional pentru condițiile de livrare, dar și ca un subtil instrument de optimizare fiscală, benefic atât vânzătorului cât și cumpărătorului. Realizând o întrepătrundere a condițiilor Incoterms în conceptul clasic de optimizare fiscală<sup>3</sup>, putem afirma că părțile implicate în comerțul internațional urmăresc protejarea propriului patrimoniu recurgând, în limitele licitului fiscal la o varietate de acțiuni și inacțiuni menite să diminueze volumul obligațiilor fiscale, în cazul de față, la condițiile de livrare cele mai favorabile intereselor proprii.

Una dintre clauzele esențiale ce se include ca urmare a convenției părților în contractele internaționale este clauza privind condițiile de livrare, ce reglementează transferul mărfurilor și al riscurilor de la vânzător la

---

<sup>2</sup> Prin noțiunea de “vânzare transfrontalieră” ne referim la contractele de vânzare internațională de bunuri ce implică transportul acestora peste frontierele de stat.

<sup>3</sup> Pentru detalii referitoare la conceptul de “optimizare fiscală”, a se vedea I.M. Costea, *Optimizarea fiscală. Soluții. Limite. Jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București, 2011, p.42-47.

cumpărător, inclusiv consecințele juridico-economice generale. Ca urmare a faptului că transferul proprietății mărfii și transferul riscurilor pot avea loc la momente diferite, vor fi negociate modalități variate de livrare ce au fost materializate prin diverse uzanțe și au devenit ulterior izvor de drept comercial<sup>4</sup>.

În ultimii cincisprezece ani s-a observat o răsturnare de situație în ceea ce privește accesul companiilor la piețele internaționale, în prezent realizarea operațiunilor de comerț transfrontalier nu mai prezintă dificultate nici pentru micile întreprinderi<sup>5</sup>. Acest trend de expansiune spre internaționalizarea activităților întreprinderilor este determinat de accesul imediat și necostisitor la piețele internaționale cu ajutorul internetului dar, mai ales de externalizarea producției sau a altor funcții din activitatea globală a companiei.

Piețele internaționale au devenit ușor accesibile însă demersul unei companii de a lucra transfrontalier nu este întotdeauna facil. Pentru societățile ce caută oportunități de extindere pe piețele internaționale, obligațiile fiscale rezultate din operațiunile comerciale cu element transfrontalier sau locul de stabilire pot fi descurajante<sup>6</sup>.

Internaționalizarea comerțului implică totodată și anumite riscuri, în genere de natură economică, capabile de a afecta activitatea companiei. Accesul pe o piață străină trebuie să se realizeze în mod documentat, în special cu privire la regulile privind înregistrarea companiilor și activităților economice, protecția consumatorilor, restricțiile la import și export și obligațiile fiscale. Dacă ne raportăm la obligațiile fiscale și formalitățile de import-export, observăm că fiecare stat are propriile norme neexistând o uniformizare la nivel internațional, fapt ce determină costuri suplimentare pentru analiza și conformarea la cerințele fiecărei jurisdicții cu care compania interacționează<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> L. Voichița, *Rolul utilizării regulilor Incoterms în contractele comerciale internaționale* în Tribuna Juridică nr. 1/2011, p. 172, disponibilă la adresa <http://www.tribunajuridica.eu/arhiva/anul1v1.html>.

<sup>5</sup> C. Walsh, *Taking your Business Global? 10 Important Indirect Tax Issues to Consider* în TaxExecutive nr. Nov/Dec 2009, p. 437.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 438.

## II. Scopul și aplicabilitatea Incoterms. Clasificare și variațiuni ale Incoterms.

Incoterms, acronimul pentru International Commercial Terms / Termenii Comerciali Internaționali au fost elaborați de Camera Internațională de Comerț de la Paris și constau într-un set de reguli uniforme ce stabilesc la o primă vedere responsabilitățile cumpărătorului și ale vânzătorului în ceea ce privește vânzarea de bunuri rezultată dintr-un contract<sup>8</sup>. Regulile Incoterms sunt revizuite o dată la 10 ani, dorindu-se o actualizare a termenilor pentru a îndeplini cerințele ultimelor tendințe din comerțul internațional, ultima variantă a acestora fiind Incoterms 2010.

Părțile determină momentul tranzacției internaționale dintre un vânzător și un cumpărător, când se realizează transferul riscului asupra bunurilor obiect al tranzacției, prin intermediul Incoterms. Scopul original al acestor termeni a fost de a oferi o soluție uniformă ce constă într-un punct de referință destinat utilizării importatorilor și exportatorilor pentru a determina transferul riscurilor. Înțelegerea acestui moment temporal este imperativă pentru a putea evalua costurile și riscurile tranzacției. Specialiștii<sup>9</sup> afirmă că Incoterms nu sunt definitorii pentru un contract de vânzare internațională, ci mai degrabă un punct de referință, un punct de plecare ce trebuie utilizat de vânzător și cumpărător în managerierea costurilor și riscurilor.

Scopul Incoterms este de a stabili între vânzător și cumpărător: partea care suportă costul transportului, incluzând asigurarea, taxele și alte obligații; locația de preluare a bunurilor și locația de predare, dar și partea ce suportă riscul asupra bunurilor pe fiecare moment al transportului.

Inițial, regulile Incoterms au fost concepute exclusiv pentru operațiunile ce implicau transportul transfrontalier al bunurilor, însă versiunea 2010 schimbă această optică menționând faptul că cei 11 termeni standard pot fi folosiți pentru comerțul intern și internațional (“Domestic and International Trade”). Codificarea Incoterms este larg folosită în tranzacțiile

---

<sup>8</sup> M. Ward, *Incoterms. What are they and how can they be of use in establishing VAT treatment?*, p. 1, material disponibil online la adresa: <http://www.marcusward.co/incoterms-what-are-they-and-how-can-they-be-of-use-in-establishing-vat-treatment/>.

<sup>9</sup> A.T. Cook, *Mastering the Business of Global Trade – Negotiating Competitive Advantage Contractual Best Practices, Incoterms and Leveraging Supply Chain Options*, Editura CRC Press, New York, 2014, p. 26.

comerciale transfrontaliere, fiecare parte fiind facil informată cu privire la obligațiile ce îi revin.

Uneori, părțile implicate într-o tranzacție internațională nu au suficiente informații pentru a lua decizii eficiente în ceea ce privește optimizarea fiscală, lipsa provenind din înțelegerea greșită a termenilor contractuali sau a faptelor ce constituie însăși operațiunea comercială. Folosirea termenilor Incoterms poate constitui o bază de plecare spre optimizarea logistică și fiscală, stabilind locul de livrare și implicând mecanismul de impunere al TVA precum și al altor obligații fiscale<sup>10</sup>.

Condițiile de transport pentru livrările de bunuri nu determină locația de transfer a dreptului de proprietate de la vânzător la cumpărător, ci numai locația în care se realizează transferul riscurilor asupra bunurilor<sup>11</sup>. În același timp, majoritatea companiilor, dar și autoritățile fiscale folosesc Incoterms ca identificatori *de facto* ai jurisdicției fiscale. Spre exemplu, dacă bunurile sunt expediate având condiția de livrare EXW<sup>12</sup>, jurisdicția fiscală poate fi identificată ca fiind locația de origine iar dacă condiția de livrare este DDP<sup>13</sup>, se consideră că livrarea are loc în statul de destinație. În cele două exemple, una dintre companii ar putea fi obligată să fie înregistrată în scopuri TVA fie în statul de origine fie în cel de destinație, în funcție de termenul Incoterms ales. Or, termenii contractuali privind livrarea bunurilor trebuie analizați cu precădere înainte de a încheia contractul, pentru a gestiona orice obligație fiscală neașteptată<sup>14</sup>.

Alegerea unei reguli Incoterms ce va governa condițiile de transport internațional a bunurilor se realizează de cele mai multe ori prin negociere, aceasta fiind influențată în mod direct de capacitățile economice ale părților. Este important de remarcat faptul că nu există norme care să impună folosirea Incoterms în afacerile internaționale. Incoterms au devenit o opțiune preferată, cu o utilizare îndelungată, fiind bine gestionate de Camera Internațională de Comerț din Paris. Termenii devin parte a legii și jurisdicției

---

<sup>10</sup> M. Ward, *op.cit.*, p.1.

<sup>11</sup> J. Giermanski, M. McGhee, *International Trade&Title:Security & Tax Concerns – Part I*, în *Strategic Finance*, Februarie 2004, p. 15-16.

<sup>12</sup> EXW, ExWorks - regulă Incoterms ce va fi definită și prezentată ulterior în secțiunea 3.1.

<sup>13</sup> DDP, Delivery Duty Paid - regulă Incoterms ce va fi definită și prezentată ulterior în secțiunea 3.1.

<sup>14</sup> C. Walsh, *op.cit.*, p. 437.

atunci când aceștia sunt introduși într-un contract internațional de vânzare sau de cumpărare<sup>15</sup>.

În comerțul internațional de bunuri ne confruntăm cu o multitudine de piese în mișcare: bunurile vânzătorului vor trebui transportate de la fabrică la un punct de transport, loc prin care vor ieși din țara exportatorului și vor fi transportate în țara importatorului. Părăsirea țării exportatorului dar și intrarea în țara importatoare determină diferite obligații precum: obligația de a deține licența de import, de export sau alte formalități, plata taxelor vamale, plata TVA sau plata altor impozite indirecte. În acest context este important de identificat partea ce suportă riscul și are dreptul de proprietate asupra bunurilor<sup>16</sup>.

Alegerea unui termen Incoterms determină asumarea obligațiilor și răspunderii de fiecare parte, fie importator fie exportator în tranzacție. Alegerea poate introduce o incertitudine asupra riscului sau poate crea oportunități, sens în care părțile trebuie să cunoască diferențele pentru a alege eficient și a optimiza lanțul de aprovizionare<sup>17</sup>.

O companie ce desfășoară activități comerciale la scară globală trebuie să se documenteze privitor la TVA și alte taxe ce pot interveni în momentul în care bunurile trec frontiera. Aceste creanțe fiscale au impact asupra costurilor și riscului, devenind parte integrantă a obligațiilor pe care le are vânzătorul sau cumpărătorul, în funcție de termenul Incoterms ales, de normele aplicabile în domeniul comercial și de clauzele contractuale din comanda de aprovizionare sau contractul de vânzare<sup>18</sup>. Entitățile comerciale pot controla impactul TVA asupra costului final prin alegerea unor termene Incoterms favorabile, influențând exigibilitatea taxelor, locul operațiunii cuprinse în sfera de aplicare a taxei și persoanele obligate la plata acesteia.

Așa cum am subliniat anterior, regulile Incoterms reprezintă o bază de plecare în ceea ce privește negocierea condițiilor de livrare a bunurilor. Termenii Incoterms pot fi modificați oricând în timpul negocierilor sau pe parcursul derulării contractului astfel încât să includă, de exemplu, încărcarea sau deplasarea până la un expeditor. Părțile pot îmbunătăți regulile Incoterms adăugând obligații suplimentare. Printre cele mai folosite

---

<sup>15</sup> A. T. Cook, *op.cit.*, p. 37.

<sup>16</sup> M.K.Jr. Nevile, *Incoterms* *CouninJournal of International Taxation*, Iunie 2013, p. 23.

<sup>17</sup> A. T. Cook, *op.cit.*, p. 39.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 157.

variațiuni se numără *DDP VAT Unpaid* - ce implică obligația de plată a TVA în statul de destinație de către cumpărător sau *EXW loaded* – ce implică obligația suplimentară a vânzătorului de a urca bunurile în mijlocul de transport<sup>19</sup>.

EXW, FOB, CIF și DDP sunt cei mai folosiți termeni standard în comerțul internațional. Incoterms conturează limitele răspunderii între cumpărător și vânzător ca termeni standard pentru costurile și riscurile generate de o obligație contractuală, întâlnită de obicei în contractele de vânzare sau comenzile de aprovizionare. Incoterms sunt stabiliți prin alegerea părților, implicit sau conform practicilor comerciale. În orice metodă, Incoterms devin parte a acordului între două sau mai multe părți care se ocupă cu o multitudine de probleme generate de logistică, de asigurare, precum și trecerea riscului și a costurilor<sup>20</sup>.

### III. Analiza termenilor Incoterms 2010 și a implicațiilor fiscale

În ediția din 2000, termenii erau divizați în patru categorii (E, F, C și D), dar termenii actualizați din versiunea Incoterms 2010 sunt împărțiți în două categorii având la bază criteriul modalității de transport. Grupa I, și cea mai numeroasă, constă în șapte termeni ce se pot folosi indiferent de mijlocul de transport, grupa a II-a fiind compusă din termenii folosiți pentru transportul maritim<sup>21</sup>.

#### 3.1. Grupa I Incoterms: EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, DDP

**EXW** (ExWorks / Franco fabrica – locul de livrare) este regula Incoterms în care vânzătorul, la locația desemnată de acesta, pune bunurile la dispoziția cumpărătorului. Acest termen determină maximum de obligații în sarcina cumpărătorului, fiind în avantajul vânzătorului<sup>22</sup>. În general EXW este folosit pentru a informa cumpărătorul privind cotația de preț a bunurilor,

---

<sup>19</sup> Pentru mai multe detalii referitoare la variațiuni ale regulilor Incoterms, a se vedea International Chamber of Commerce, *ICC Guide to Incoterms 2010*, Editura ICC Services Publications, France, 2011, p. 41.

<sup>20</sup> A. T. Cook, *op.cit.*, p. 29.

<sup>21</sup> A se vedea D. Stapleton, V. Pande, O'Brien, *EXW, FOB or FCA? Choosing the right Incoterm and why it matters to maritime shippers*, în *Journal of Transportation Law, Logistics & Policy*, 2014, p. 230-231.

<sup>22</sup> A se vedea I. Carr., *International Trade Law*, ed. a V-a, Editura Routledge, New York, 2014, p. 6.

neavând niciun alt cost inclus. Termenul EXW determină vânzătorul să pregătească bunurile pentru preluare-încărcare la locația determinată de acesta (sediul, fabrică, depozit) la ziua convenită. Cumpărătorul suportă atât costul transportului cât și riscul asupra bunurilor de la locul de preluare convenit până la destinație. Sarcina încărcării bunurilor în mijloacele de transport venite la încărcare revine de asemenea cumpărătorului, care trebuie să realizeze inclusiv formalitățile vamale de export. Dacă totuși vânzătorul încarcă bunurile în mijlocul de transport o va face pe costul și riscul cumpărătorului. În situația în care părțile stabilesc că încărcarea se va face de vânzător pe propriul său cost și risc, vom fi în prezența unei variațiuni a termenului și anume "EXW loaded"(EXW încărcat)<sup>23</sup>. Cumpărătorul este obligat la plata TVA în statul de destinație, cu drept de deducere<sup>24</sup>. Totodată, acesta este obligat și la efectuarea formalităților vamale de export și import cât și plata taxelor vamale.

Majoritatea legislațiilor solicită companiilor să facă dovada realizării exportului, în scopul de TVA. Într-o livrare EXW, vânzătorul nu are nicio obligație de a prezenta o asemenea dovadă, și nici să realizeze exportul bunurilor. Prin urmare este important ca părțile să discute aceste detalii anterior încheierii contractului<sup>25</sup>.

**FCA** (Free Carrier / Franco căraș – locul de livrare) impune vânzătorului obligația de a preda bunurile, cu formalitățile de export realizate, la dispoziția cărașului numit de cumpărător, la locul convenit. Vânzătorul suportă costurile până la locul stabilit pentru predarea bunurilor, moment în care se realizează și transferul riscurilor de la vânzător la căraș<sup>26</sup>. Cumpărătorul este obligat la plata TVA și a taxelor vamale, însă are drept de deducerea TVA.

**CPT** (Carriage Paid To / Transport plătit până la – locul de livrare) este regula ce determină suportarea costurilor de transport până la locul de

---

<sup>23</sup> A. T. Cook, *op.cit.*, p. 49.

<sup>24</sup> "Dreptul de deducere a TVA" reprezintă dreptul persoanei impozabile de a stabili TVA pentru o anumită perioadă fiscală ca diferență dintre cuantumul taxei aferente achizițiilor (TVA deductibilă) și cuantumul taxei aferente operațiilor taxabile (TVA colectată), cu îndeplinirea condițiilor de fond și formă impuse de Directiva 2006/112/CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată.

<sup>25</sup> International Chamber of Commerce, *op.cit.*, p. 71.

<sup>26</sup> Pentru similitudine a se vedea și C.T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional. Contracte de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 58.



destinație de către vânzător, însă transferul riscurilor se realizează în momentul predării bunurilor către primul cărauş. Conform condiției CPT, vânzătorul trebuie să predea bunurile vămuite pentru export. În cazul în care pentru transportul bunurilor se folosesc cărauşii succesivi, riscurile trec de la vânzător la cumpărător în momentul în care marfa a fost predată primului cărauş<sup>27</sup>.

**CIP** (Carriage and Insurance Paid to/ Transport și asigurare plătită până la – locul de livrare) este echivalentul termenului CPT, vânzătorul având aceleași obligații însă, suplimentar, acesta trebuie să suporte și costul asigurării până la locul de destinație desemnat. Termenul CIP se aseamănă cu CIF, diferența constând în faptul că transportul este containerizat și/sau multimodal. Termenul CIP implică obligația vânzătorului de vămuire a mărfii pentru export.

**DAT** (Delivered at Terminal / Livrare la terminal – terminalul din portul sau locul de destinație) înseamnă că transportul până la terminalul convenit, inclusiv descărcarea bunurilor, se va realiza în contul vânzătorului, acesta neavând obligația de a efectua formalitățile vamale de import sau plata TVA. Transferul riscurilor are loc în momentul descărcării bunurilor la terminalul de destinație. Prin “terminal” înțelegem orice loc, precum un chei, un depozit, un parc de containere, un terminal cargo sau feroviar<sup>28</sup>.

**DAP** (Delivered at Place / Livrat la locul – locul de livrare) impune vânzătorului obligația de a suporta costul transportului bunurilor până la locul de destinație stabilit. Condiția DAP acoperă formalitățile de vămuire la export dar nu le include și pe cele de import<sup>29</sup>. Vânzătorul suportă și toate riscurile asupra bunurilor până în punctul în care acestea sunt disponibile pentru descărcare de către cumpărător.

Regulile Incoterms CIP, DAT și DAP sunt susceptibile de variațiuni în ceea ce privește costurile de transport și taxele accesorii acestora. Taxele influențează atât profitul tranzacției cât și quantumul obligațiilor fiscale (prin includerea sau excluderea lor din prețul unitar, și finalmente din factură). Cea mai frecventă situație este determinată de suportarea tarifelor de manipulare în terminal (Terminal Handling Charges - THC). De exemplu,

---

<sup>27</sup> Pentru mai multe detalii referitoare la regula Incoterms CPT, a se vedea International Chamber of Commerce, *op.cit.*, p. 111-122.

<sup>28</sup> C.T. Ungureanu, *op.cit.*, p. 59.

<sup>29</sup> A se vedea și I. Macovei, *Tratat de drept al comerțului internațional*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 57.

analizând sub acest aspect termenul DAT, exportatorul-vânzător suportă toate costurile până la livrarea bunurilor la locația de destinație convenită. Dacă locația este un terminal portuar, vânzătorul este responsabil pentru descărcarea bunurilor și pentru orice alt cost ce ar afecta livrarea la locația convenită. DAT impune vânzătorului să aducă bunurile la o poartă de intrare a terminalului, să descarce bunurile și să le pună la dispoziție într-un terminal convenit pentru a putea fi realizate formalitățile vamale de import și a fi preluate de cumpărător.

**DDP** (Delivery Duty Paid / Livrat cu taxele plătite – locul de livrare) este termenul Incoterms cu cele mai multe obligații în sarcina vânzătorului, acesta fiind responsabil cu transportul și asigurarea bunurilor, efectuarea formalităților de export și import, taxe aferente livrării către cumpărător. În situația în care costurile sunt semnificative, acestea implică blocarea unor resurse financiare, cu repercusiuni directe asupra fluxului de lichidități al companiei.

### 3.2. Grupa a II-a Incoterms: FAS, FOB, CFR, CIF

**FAS** (Free Alongside Ship / Liber lângă vas – portul de încărcare) naște în sarcina vânzătorului obligația de a pune la dispoziție bunurile alături de navă, în portul de încărcare convenit și de a efectua formalitățile vamale pentru export. Termenul FAS este aplicabil numai transportului maritim, excluzând transportul multimodal în containere. Din momentul în care bunurile au fost puse de-a lungul vasului, la dispoziția cumpărătorului, toate costurile și riscurile vor fi suportate de acesta din urmă<sup>30</sup>.

**FOB** (Free On Board / Liber la bord – portul de încărcare) obligă vânzătorul să încarce bunurile în vasul determinat de cumpărător. Suportarea riscurilor și a costurilor de transport este transferată de la vânzător la cumpărător numai în momentul în care bunurile au fost efectiv urcate la bordul navei. Vânzătorul are obligația de a realiza formalitățile vamale pentru export<sup>31</sup>. Regula FOB este utilizată numai pentru transportul maritim și transportul pe căile navigabile interioare, exceptând transportul maritim în containere. Cumpărătorul trebuie să informeze vânzătorul cu privire la detaliile navei și portul în care mărfurile urmează să fie încărcate.

---

<sup>30</sup> International Chamber of Commerce, *op.cit.*, p. 161.

<sup>31</sup> Pentru similitudine, a se vedea și I. Macovei, *op.cit.*, p.58.

FOB este de departe cel mai utilizat termen în comerțul internațional. Cotația de preț FOB include costul bunurilor și costul transportului acestora la bordul vaporului. În situația în care vânzătorul oferă o cotație de preț CIF, acesta va include costul bunurilor, al transportului și asigurării până la portul de destinație. În funcție de termenul Incoterms ales, FOB sau CIF costul transportului și al asigurării va fi suportat fie de vânzător, care îl va include în prețul unitar de vânzare, fie în mod direct de cumpărător. Având în vedere valoarea ridicată a tranzacțiilor de comerț internațional, ne întrebăm care este calea spre eficiență economică și optimizare fiscală pe care trebuie să o urmeze cumpărătorul? În scenariul în care operațiunea economică se va realiza sub condiția FOB, baza de calcul a obligațiilor fiscale va consta doar în valoarea bunurilor, pe când aplicarea condiției CIF va determina o bază impozabilă extinsă, artificial am putea spune, ce include costul transportului și asigurării. Costul transportului și al asigurării nu fac parte din faptul generator al livrării, însă separarea lor de prețul unitar al bunurilor este anevoioasă. Întrucât aceste costuri nu pot fi estimate, trebuie să fie certe și să existe evidența plății lor pentru a putea fi transmisă autorităților vamale<sup>32</sup>. Această problemă nu apare în cazul folosirii condiției FOB deoarece costurile de transport și asigurare sunt suportate de cumpărător, fiind evidențiate în documente diferite iar factura emisă de vânzător cuprinde doar costul bunurilor, fiind baza impozabilă.

Întrucât termenii Incoterms nu definesc și momentul transferului dreptului de proprietate, a fost imposibil și pentru autorii GATT să determine dacă statele membre vor folosi ca bază impozabilă cotația de preț FOB sau CIF. Astfel, state precum SUA și Canada evaluează obligațiile fiscale pe baza prețului FOB, iar statele membre UE pe baza prețului CIF<sup>33</sup>. Decizia luată de statele UE este bazată pe faptul că, în anumite situații, este posibil ca agentul economic pe lângă vânzarea efectivă a bunurilor, să includă în preț și costurile de transport și asigurare a bunurilor, activități ce

---

<sup>32</sup> A se vedea și D. L. Fischer, *Who pays when? Knowledge of Incoterms fundamental for traders* în *Journal of Commerce*, Editura United Business Media Global Trade, New York, 1999, p.1.

<sup>33</sup> M. K. Jr. Nevile, *Transportation Cost as Basis for Duty and Border Taxes* în *Journal of International Taxation*, August 2011, p. 20.

se impun a fi tratate fiscal de manieră unitară<sup>34</sup>. În același sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-88/09<sup>35</sup>, se pronunță că, “*având în vedere dubla împrejurare că, pe de o parte, (...) fiecare operațiune trebuie să fie considerată în mod normal ca fiind distinctă și independentă și că, pe de altă parte, operațiunea constituită dintr-o singură prestație pe plan economic nu trebuie să fie descompusă în mod artificial, pentru a nu altera funcționalitatea sistemului TVA, suntem în prezența unei prestații unice atunci când două sau mai multe elemente ori acte furnizate clientului de către persoana impozabilă sunt atât de strâns legate între ele, încât formează în mod obiectiv o singură prestație economică indivizibilă, a cărei descompunere ar avea un caracter artificial*”.

Drepturile și obligațiile prestabilite de Incoterms rămân fără efect în situația în care nu sunt corelate și cu alte aspecte ale tranzacției precum condiția de plată. De exemplu, dacă un contract de vânzare internațională are condiție de livrare FOB sau EXW și plata se va realiza după livrarea bunurilor, sub considerentul că transferul titlului de proprietate se realizează în momentul efectuării plății și expedierii bunurilor, vânzătorul va continua să suporte riscul asupra bunurilor până la efectuarea plății. În acest sens, observăm că operabilitatea condițiilor FOB și EXW se realizează numai dacă vânzătorul primește plata în avans sau este garantată prin acreditiv documentar.

**CFR** (Cost and Freight /Cost și transport – portul de destinație) este regula Incoterms ce se aseamănă cu CPT, fiind însă utilizată numai pentru transportul maritim. În această condiție, vânzătorul trebuie să plătească costul transportului (navlu) până la portul de destinație, suportând riscurile până în momentul predării bunurilor vămuite pentru export, către primul căraș. Riscul de pierdere sau deteriorare a bunurilor, precum și orice costuri suplimentare cauzate de evenimente care au avut loc după ce marfa a fost livrată la bordul navei se transferă de la vânzător la cumpărător în momentul în care marfa trece de balustrada vasului în portul de încărcare<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Pentru detalii referitoare la criteriile de distincție ale noțiunilor de “livrare de bunuri” și “prestare de servicii”, a se vedea I.M. Costea, *Drept financiar. Note de curs*, ed. I, Editura Hamangiu, 2013, p. 169-170.

<sup>35</sup> Hotărârea CJUE în cauza Graphic Procédé c. Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, C-88/09, ECLI:EU:C:2010:76, punctul 19, disponibilă online la adresa: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=ro&jur=C,T,F&num=C-88/09>.

<sup>36</sup> Pentru similitudine a se vedea I. Carr, *op.cit.*, p. 34.

**CIF** (Cost Insurance and Freight / Cost, asigurare și transport – portul de destinație) cuprinde aceleași obligații precum termenul CFR, excepție fiind obligația vânzătorului de a asigura bunurile pe cheltuiala sa și în beneficiul cumpărătorului. Din punct de vedere al formalităților vamale, vânzătorul este responsabil de vămuirea bunurilor pentru export și cumpărătorul de formalitățile de import<sup>37</sup>.

#### **IV. Obligații fiscale la trecerea frontierelor**

##### **4.1. Operațiuni de import și export**

Noțiunea de “import” de bunuri desemnează operațiunea de intrare pe teritoriul UE de „bunuri ce nu se află în liberă circulație” sau „bunuri care se află în liberă circulație”, provenite dintr-un stat terț, care face parte din teritoriul vamal al UE<sup>38</sup>. Prin bunuri ce se află în liberă circulație, înțelegem bunuri care provin din state terțe, pentru care au fost îndeplinite formalitățile de import și pentru care au fost percepute în statul membru respectiv taxele vamale și care nu au beneficiat de o restituire totală sau parțială a acestor taxe și impuneri<sup>39</sup>.

Noțiunea de “export” desemnează operațiunea în oglindă a importului, prin care bunurile urmează să fie scoase de pe teritoriul vamal comunitar.

În ceea ce privește operațiunile de import-export, termenii Incoterms sunt un instrument util pentru companiile angrenate în afaceri internaționale, determinând întotdeauna partea responsabilă cu efectuarea formalităților vamale de export sau import. Totodată, utilizarea unui termen Incoterms influențează distribuția costurilor între vânzător și cumpărător și a responsabilităților privind efectuarea formalităților vamale și suportarea obligațiilor fiscale.

Alegerea termenilor Incoterms va determina partea responsabilă cu selectarea comisionarului vamal și plata acestuia, fapt ce generează alte variabile în costul final al bunurilor importate.

---

<sup>37</sup> International Chamber of Commerce, *op.cit.*, p. 199.

<sup>38</sup> Conform art. 30 din Directiva 2006/112/CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată.

<sup>39</sup> Conform art. 29 (ex-articolul 24 TCE) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene – versiunea consolidată, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C 326 din 26 octombrie 2012.

#### 4.1.1. DDP versus EXW

Exportatorii sub condiție DDP, în efectuarea formalităților vamale, vor fi puși în situația de a coopera cu autorități vamale străine, aflate la mare distanță și supuse altor sisteme de drept, fapt ce implică prudență în acceptarea vânzării sub acest Incoterm. În scenariul prezentat, exportatorii trebuie să manifeste atenție în alegerea comisionarului vamal, aceasta alegere putând avea un impact negativ asupra costului final.

Dacă obligațiile TVA se aplică fiecărei tranzacții comerciale cu bunuri, în cazul importurilor se adaugă și taxele vamale. În timp ce TVA este determinată pentru fiecare stat în parte, cuantumul taxelor vamale este determinat în funcție de mai mulți factori precum: valoarea facturii, originea și clasificarea bunurilor în cauză. Taxele vamale fiind costuri nerecuperabile pentru importator, acestea se vor reflecta în costul de vânzare al bunurilor importate. Pe de altă parte, TVA este un cost recuperabil pentru importator<sup>40</sup>.

Taxa pe valoare adăugată se aplică în cazul importurilor în UE, faptul generator având loc atunci când bunurile sunt aduse într-un stat membru<sup>41</sup>. Baza de impozitare a bunurilor importate în spațiul comunitar este valoarea acestora din vamă. Taxele, impozitele și alte impuneri sunt incluse în baza de impozitare, dar TVA propriu-zisă, reducerile de preț și rabaturile acordate clientului sunt excluse. Pentru a beneficia de deducerea taxei achitate pentru importul de bunuri, persoana impozabilă trebuie să dețină o declarație vamală de import care să o menționeze ca importator al bunurilor din punct de vedere al TVA și care să menționeze taxa datorată.

Profesioniștii din domeniul logistic consideră termenul de livrare DDP ca fiind nefavorabil vânzătorului. În situația în care analizăm importul bunurilor într-o anumită jurisdicție, termenul EXW ar putea fi considerat, în general, mai favorabil din punct de vedere al fluxului de lichidități destinat plății TVA către autoritățile fiscale, decât în cazul în care partenerii de afaceri ar conveni asupra utilizării regulii DDP. Pe de altă parte, pentru o companie multinațională, regula DDP este mai favorabilă decât cea EXW din punct de vedere al capitalului imobilizat în creanțe TVA. Având în vedere cele susținute, ne vom confrunta cu următoarele situații în cazul

<sup>40</sup> C. Walsh, *op.cit.*, p. 438-439.

<sup>41</sup> Conform art. 285 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, publicată în Monitorul Oficial nr. 688 din 10 septembrie 2015; transpunere a art. 70-71 din Directiva 2006/112/CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr.L 347 din 11 decembrie 2006.

utilizării EXW sau DDP. Utilizând EXW, cumpărătorul are responsabilitatea asupra întregii tranzacții și se confundă cu importatorul. Acesta achiziționează bunurile în statul de livrare, vânzătorul emițând factura de export scutită de TVA. În momentul trecerii frontierei, cumpărătorul, în calitate de importator, va plăti taxele de import ce pot face obiectul recuperării ulterioare. Perioada de recuperare a TVA plătit către autoritățile vamale este cea mai lungă perioadă deoarece autoritățile vamale trebuie, în prealabil, să raporteze către autoritățile fiscale. Utilizând regula DDP, responsabilitatea asupra tranzacției este la vânzător, sens în care acesta trebuie să fie înregistrat în scopuri de TVA în statul de destinație. Acesta importă bunurile, plătește taxele de import aferente și livrează produsele cumpărătorului, emițând în acest sens o factură cu TVA, conform reglementărilor din statul de destinație. Apelând la această metodă și recuperând TVA la import de la cumpărător, vânzătorul nu va putea recupera TVA și de la autoritățile fiscale. TVA plătit de cumpărător, conform facturii, va putea fi recuperat conform reglementărilor naționale privind TVA, implicând o perioadă mai scurtă de timp decât perioada de rambursarea TVA de la autoritățile vamale. Așadar, capitalul companiei stă imobilizat în contul TVA pentru o perioadă mai scurtă de timp decât se utilizează regula Incoterms DDP decât dacă s-ar utiliza regula EXW<sup>42</sup>.

Dacă analizăm o companie locală ce realizează operațiuni de comerț internațional, din punct de vedere al capitalului blocat în contul TVA, putem afirma că aceasta și-ar optimiza costurile dacă partenerii externi s-ar ocupa de realizarea operațiunilor de import. Astfel, achizițiile de la un furnizor ar trebui realizate conform DDP, iar vânzările către un client conform EXW<sup>43</sup>.

În ceea ce privește exportul, normele europene în domeniul TVA prevăd scutirea de taxă pentru livrările de bunuri expediate sau transportate în afara UE de către furnizor sau altă persoană în contul său dar și pentru cele transportate în afara UE de către cumpărătorul care nu este stabilit într-un stat membru sau de altă persoană în contul său. Scutirea de TVA se justifică de către exportator cu factura sau orice alt document solicitat de autoritățile vamale pentru a emite declarația vamală de export. Totodată,

---

<sup>42</sup> F. Reiche, *Reducing Value-Added Tax Capital Commitment Cost in Logistics Networks of Multinational Corporations*, Bamberg, 2012, p.101, material disponibil online la adresa: [http://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/4106/\\$FILE/dis4106.pdf](http://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/4106/$FILE/dis4106.pdf)

<sup>43</sup> *Ibidem*.

exportatorul trebuie să facă dovada realizării efective a exportului, document justificativ ce trebuie să fie certificat de către biroul vamal de export<sup>44</sup>.

Importatorii trebuie să manifeste atenție în alegerea condițiilor Incoterms, acestea având impact asupra costurilor și riscurilor din comanda de aprovizionare. Din analiza fiecărei reguli Incoterms se poate observa cine este titularul obligației de a efectua formalitățile vamale de import, plata taxelor și a TVA. Singurul termen în care aceste obligații incumbă vânzătorului este Delivery Duty Paid – DDP. Majoritatea celorlalte termene nu prevăd expres aceste obligații sau, asemeni regulilor DAP și CIP, specifică că sunt în contul importatorului sau cumpărătorului<sup>45</sup>.

#### **4.1.2. Documente justificative pentru operațiunile de import-export**

Documentele specifice de transport, ca act justificativ în fața autorităților fiscale atât pentru scutirea de TVA la import cât și la export, depind de modul de transport al bunurilor. În cazul transportului rutier documentul justificativ constă în scrisoarea de trăsură tip CMR sau copie a carnetului TIR, ce are dublă valoare, declarație vamală de tranzit și document de garanție. În cazul transportului feroviar, documentul specific constă în scrisoarea de trăsură tip CIM, iar în cazul transporturilor maritime în conosament. Toate regulile Incoterms, cu excepția EXW impun vânzătorului obligația de a remite cumpărătorului și dovada efectuării transportului<sup>46</sup>.

Regulile aplicabile pentru scutirea la export, la expedierea bunurilor într-un stat din afara Uniunii, comportă mici diferențe față de regulile aplicabile livrărilor intracomunitare. Locul livrării rămâne locul unde bunurile sunt localizate efectiv în momentul vânzării sau locul unde sunt puse la dispoziția cumpărătorului. Chiar și așa, legislația europeană<sup>47</sup> privind

---

<sup>44</sup> Conform art. 2 alin. (2) din Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr. 103/2016 din 22 ianuarie 2016 privind aprobarea Instrucțiunilor de aplicare a scutirii de taxă pe valoare adăugată pentru operațiunile prevăzute la art. 294 alin. (1) lit. a)-i), art. 294 alin. (2) și art. 296 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, publicat în Monitorul Oficial nr. 106 din 11 februarie 2016; transpunere a art. 147 alin. (2) din Directiva 2006/112/CE privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată.

<sup>45</sup> A. T. Cook, *op.cit.*, p. 173.

<sup>46</sup> International Chamber of Commerce, *op.cit.*, p. 71.

<sup>47</sup> Conform art. 294, alin. (a), lit. a) și b) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, transpunere a art. 146 din Directiva 2006/112/CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată.



TVA menționează expres că regulile sunt diferite în funcție de cine organizează transportul bunurilor, astfel că Incoterms are o influență considerabilă în această situație. În situația în care furnizorul organizează transportul bunurilor, tranzacția este scutită de TVA, prezumându-se că exportatorul are posibilitatea de a face dovada că bunurile au părăsit țara de origine<sup>48</sup>.

La import, documentul justificativ pentru deducerea TVA este Declarația vamală de import (DVI). În evidența contabilă și în jurnalul de cumpărări se înregistrează DVI, care are anexată factura. Practic factura nu se înregistrează, transpunerea acesteia fiind DVI-ul.

#### 4.2. Achiziții și livrări intracomunitare

Libera circulație a mărfurilor în piața internă este garantată prin eliminarea taxelor vamale și a restricțiilor cantitative, precum și prin interzicerea măsurilor cu efect echivalent. Fiind necesar un control minimal, statistic, la nivelul spațiului european a fost implementat sistemul de colectare a datelor statistice privind comerțul cu bunuri între țările din Uniunea Europeană – numit Intrastat<sup>49</sup>, cu scopul de a aduna informații direct de la operatorii economici din țările membre UE care realizează schimburi de bunuri cu alte state membre. Cu referire la prezenta analiză, menționăm că operatorii economici sunt obligați să declare expres în Intrastat termenii de livrare Incoterms conform cărora s-a realizat tranzacția. În funcție de regula Incoterms utilizată vom observa diferențe între valoarea statistică și valoarea facturată, menționate în declarație. Astfel, pentru regulile Incoterms ce implică suportarea transportului de către cumpărător (EXW, FCA, FAS, FOB), valoarea statistică declarată va fi mai mare decât valoarea facturată deoarece se va lua în considerare și valoarea transportului de la punctul de expediere până la frontiera statului de destinație. Raportul

---

<sup>48</sup> J. Bello, *Incoterms and place of supply* în Tax Adviser, decembrie 2007, p.43

<sup>49</sup> Sistemul Intrastat a fost înființat prin Regulamentul (CEE) nr. 3330/1991 al Consiliului din 17 noiembrie 1991 privind statisticile comunitare ale comerțului cu mărfuri între statele membre, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr.L 316 din 16 noiembrie 1991. În prezent, sistemul Intrastat este reglementat de Regulamentul (CE) nr. 638/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 31 martie 2004 privind statisticile comunitare ale comerțului cu mărfuri între statele membre și de abrogare a Regulamentului (CEE) nr. 3330/91 al Consiliului, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 102 din 7 aprilie 2004.

între valoarea statistică și valoarea facturată se inversează pentru condițiile de livrare în care sarcina transportului incumbă vânzătorului (CPT, CIP, DAT, DAP, DDP, CFR, CIF) deoarece din valoarea facturată se va reduce costul transportului și al asigurării (dacă este cazul) de la punctul de expediere până la frontiera statului de destinație.

#### 4.2.1. Noțiunile de livrare și achiziție intracomunitară

Pentru a putea înțelege mecanismul utilizat la nivel european privind comerțul de bunuri între statele membre considerăm necesar a prezenta noțiunile de “livrare intracomunitară”, respectiv „achiziție comunitară”.

O livrare intracomunitară de bunuri reprezintă o livrare de bunuri care sunt transportate dintr-un stat membru UE către alt stat membru, de către furnizor, cumpărător sau de altă persoană, în numele unuia dintre aceștia (transportator). Legislația europeană<sup>50</sup> definește „livrarea de bunuri” ca fiind *transferul dreptului de a dispune de bunuri corporale în calitate de proprietar*. În sensul clarificării noțiunii, Curtea de Justiție a Uniunii Europene<sup>51</sup> afirmă că “noțiunea de livrare de bunuri nu se referă la transferul de proprietate în formele prevăzute de dreptul național aplicabil, însă se referă la orice transfer al unui bun corporal de către o parte care abilitează cealaltă parte să dispună de fapt ca și când aceasta ar fi fost proprietara respectivului bun”. Locul unei livrări intracomunitare de bunuri se consideră a fi locul unde se găsesc bunurile în momentul în care începe transportul. Astfel, dacă atunci când începe transportul, bunurile se găsesc în România, locul respectivei livrări va fi România. O livrare intracomunitară de bunuri din România către un alt stat membru UE este scutită de TVA, dacă sunt îndeplinite următoarele condiții: a) bunurile sunt transportate din România către un alt stat membru UE; b) furnizorul este persoană impozabilă, înregistrată normal în scopuri de TVA în România; c)

---

<sup>50</sup> Conform art. 270 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, transpunere a art. 14 din Directiva 2006/112/CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată.

<sup>51</sup> Pentru detalii a se vedea Hotărârea CJUE în cauza Staatssecretaris van Financiën c. Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV, C-320/88, ECLI:EU:C:1990:61, disponibilă online la adresa: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=ro&jur=C,TF&num=C-320/88>.

cumpărătorul este înregistrat în scopuri de TVA în alt stat membru UE și comunică furnizorului acest cod pentru a-l înscrie în factură<sup>52</sup>.

Achiziția intracomunitară<sup>53</sup> de bunuri reprezintă obținerea dreptului de a dispune, ca și un proprietar, de bunuri transportate de către furnizor, de către cumpărător sau de către altă persoană în numele unuia dintre aceștia, către un stat membru UE, altul decât cel de plecare a transportului bunurilor. În principiu, achiziția intracomunitară taxabilă este operațiunea în oglindă a livrării intracomunitare scutite efectuate de furnizorul din alt stat membru. Locul unei achiziții intracomunitare de bunuri se consideră a fi în statul membru unde se găsesc bunurile în momentul în care se încheie transportul<sup>54</sup>. Se aplică și rețeaua de siguranță, în cazul în care clientul comunică un cod valabil de TVA din alt stat membru decât cel în care se termină transportul, locul achiziției intracomunitare fiind în statul membru UE care a emis codul de înregistrare în scopuri de TVA pe care beneficiarul îl comunică furnizorului pentru a-l înscrie pe factură. Achiziția intracomunitară trebuie declarată în statul membru unde se încheie transportul, chiar dacă se aplică rețeaua de siguranță, urmând ca în statul membru din care s-a transmis codul de TVA baza impozabilă să fie redusă corespunzător<sup>55</sup>.

Reglementările în domeniul scutirii de TVA a livrărilor intracomunitare diferă după cum transportul este organizat de vânzător sau cumpărător. Conform reglementărilor fiscale, livrările de bunuri expediate sau transportate în afara Comunității de către furnizor sau altă persoană în contul său, sunt scutite de taxă pe valoare adăugată. Scutirea se aplică numai în situația în care potrivit prevederilor contractuale dintre furnizor și cumpărător, transportul bunurilor în afara comunității este în sarcina furnizorului, care poate realiza transportul cu mijloace proprii sau prin intermediul unui transportator sau casă de expediții.

---

<sup>52</sup> Ministerul Finanțelor Publice din România, *Publicațiile Info TVA – Broșura nr. 1 – Livrările intracomunitare și achizițiile intracomunitare de bunuri*, disponibilă online la adresa <http://www.mfinante.ro/publicatii.html?pagina=infotva>.

<sup>53</sup> Conform art. 273 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, transpunere a art. 20 din Directiva 2006/112/CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată.

<sup>54</sup> Pentru similitudine a se vedea I.M. Costea, *op.cit.*, p. 172-174.

<sup>55</sup> Ministerul Finanțelor Publice din România, *Publicațiile Info TVA*, disponibile online la adresa <http://www.mfinante.ro/publicatii.html?pagina=infotva>.

Totodată, sunt scutite de TVA livrările de bunuri expediate în afara Uniunii de către cumpărătorul nestabilit într-un stat membru sau de altă persoană în contul său. Astfel de livrări au loc în cadrul unor contracte precum cele în care condiția de livrare este EXW, conform Incoterms. În acest caz scutirea de taxă se aplică numai în situația în care transportul bunurilor în afara Uniunii este în sarcina cumpărătorului.

#### **4.2.2. Impactul Incoterms în comerțul cu bunuri la nivelul Uniunii Europene**

Utilizarea regulilor Incoterms influențează aspectele legate de locul de livrare a bunurilor. Pentru vânzările transfrontaliere, acesta este, în general, locul de unde bunurile își încep traseul. Doctrina<sup>56</sup> de specialitate oferă ca exemplu cauza *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA* din 9 iunie 2011<sup>57</sup>, în care Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că pentru a verifica dacă locul de livrare este determinat “în temeiul contractului”, instanța națională sesizată trebuie să ia în considerare toți termenii și toate clauzele relevante din respectivul contract, inclusiv termeni general cunoscuți precum Incoterms.

Așadar, cine este partea care va realiza livrarea sau achiziția scutită de TVA? În cauza EMAG<sup>58</sup>, având ca obiect pronunțarea unei hotărâri preliminare, Curtea de la Luxemburg stabilește în mod cert că în lanțul de aprovizionare se poate realiza numai o scutire TVA. Totodată, în determinarea livrării scutite de TVA este important de stabilit cu exactitate locul în care se realizează achiziția. În loc să verificăm care livrare este scutită de TVA în statul de destinație și să stabilim locul livrării în funcție de acesta, eficient ar fi de identificat partea responsabilă de achiziție în statul de destinație. În timp ce mai multe părți tratează propria livrare ca scutită de TVA din țara de origine, există riscul ca autoritățile fiscale să impună taxe cât și penalități în sarcina unei părți din lanțul de aprovizionare, ce nu este destinatarul final al bunurilor. În acest context, Curtea subliniază că

---

<sup>56</sup> C.T. Ungureanu, *op.cit.*, p. 57.

<sup>57</sup> Pentru detalii a se vedea Hotărârea CJUE în cauza *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA*, C-87/10, ECLI:EU:C:2011:375, disponibilă online la adresa: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=ro&jur=C,T,F&num=C-87/10>.

<sup>58</sup> Pentru detalii a se vedea Hotărârea CJUE în cauza *EMAG Handel Eder OHG v Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-245/04, ECLI:EU:C:2006:232, disponibilă online la adresa: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=ro&jur=C,T,F&num=C-245/04>.

înțelegerea termenilor Incoterms ar putea ajuta la evitarea unor astfel de erori. În cazul EMAG s-a adus în discuție partea ce organizează transportul, aceasta în cauză având dreptul de dispoziție asupra bunurilor ca un proprietar la punctul în care bunurile părăsesc sau intră în statele membre de expediere sau achiziție. În statele în care se ia în considerare cine este transportatorul pe lanțul de aprovizionare, determinarea locului livrării este complicată, situație în care termenii Incoterms pot furniza informații suplimentare pentru stabilirea obligațiilor fiscale<sup>59</sup>.

Așa cum am menționat anterior, regulile Incoterms nu fac nicio referire la transferul dreptului de proprietate asupra bunurilor. Pe de altă parte, majoritatea contractelor de comerț internațional prevăd că transferul de proprietate se realizează conform Incoterms, în ciuda scopului pentru care acestea au fost create<sup>60</sup>.

Cum pot regulile Incoterms să determine locul de livrare în scop de TVA? Entitatea din lanțul de aprovizionare responsabilă pentru introducerea bunurilor într-un stat, conform Incoterms, este cea care face achiziția din punct de vedere TVA. Complicațiile apar atunci când în lanțul de aprovizionare, două sau mai multe părți implicate folosesc același termen Incoterms pentru livrare, moment în care este dificil de identificat partea responsabilă de plata TVA și a taxelor vamale de import sau realizarea formalităților de export, fiind imposibil ca mai multe părți să fie responsabile concomitent. În situația în care regula Incoterms aplicabilă pentru ultima etapă a unui lanț de aprovizionare tripartit este EXW atunci, clientul final este responsabil de livrarea și expedierea din statul membru, realizând astfel atât livrarea cât și achiziția. Dacă regula Incoterms aplicată primei etape din lanțul de aprovizionare tripartit este EXW, atunci a doua parte din lanț va fi considerată responsabilă de achiziție<sup>61</sup>.

#### **4.2.3. Documente justificative pentru livrările sau achizițiile intracomunitare**

Scutirea de TVA pentru livrările intracomunitare se justifică cu factura în care trebuie să fie menționat codul de înregistrare în scopuri de TVA atribuit cumpărătorului din alt stat membru, documentul care atestă că

---

<sup>59</sup> J. Bello, *op.cit.*, p. 42.

<sup>60</sup> *Ibidem.*

<sup>61</sup> *Ibidem.*

bunurile au fost transportate dintr-un stat membru în altul și, după caz, orice alte documente precum contractul vânzare sau comanda de achiziție, documentele de asigurare<sup>62</sup>.

Documentul obligatoriu pentru individualizarea TVA și a taxelor vamale este factura, emițându-se în mod obligatoriu pentru livrările de bunuri. Factura, document justificativ, se emite de persoana impozabilă ce livrează bunurile. Privitor la elementele facturii, statele membre pot stabili anumite particularități, doar dacă nu tind să împiedice sau să îngreuneze exercitarea dreptului la deducere. Furnizorul unei livrări intracomunitare scutite de TVA are obligația de a emite factura și să menționeze codul de înregistrare în scopuri de TVA al cumpărătorului.

Documentele justificative prezintă importanță pentru urmărirea livrărilor și raportarea corectă în Intrastat, evitându-se astfel fraudele și raportările eronate. Neutilizarea corectă a termenilor Incoterms, întocmirea deficitară a documentelor justificative și a raportărilor incorecte pot avea impact negativ asupra plăților de TVA.

### **Concluzii**

Importanța condiției de livrare în contractele comerciale internaționale este de necontestat având în vedere consecințele juridice și economice pe care le determină momentul de transfer al mărfurilor și al riscurilor între vânzător și cumpărător. Consecințele practice ce rezultă din aplicarea fiecăreia dintre regulile Incoterms în cadrul diverselor modalități de livrare nu sunt de neglijat, mai ales din prisma costurilor ce vor fi suportate de către una dintre părți. Astfel, înscrierea în contract a acestor termeni este importantă în sensul în care, în anumite situații, lipsa sau omisiunea unor prevederi ar putea diminua sau chiar anula avantajele urmărite de vânzător sau cumpărător la încheierea respectivei tranzacții. Dacă în cazul vânzătorului, diferențele între obligațiile ce pot cădea în sarcina sa sunt relativ minore, în cazul cumpărătorului se remarcă o diferențiere mai însemnată în privința costurilor și a câștigurilor ce pot fi obținute prin

---

<sup>62</sup> Conform art. 10 alin. (1) din Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr. 103/2016 din 22 ianuarie 2016 privind aprobarea Instrucțiunilor de aplicare a scutirii de taxă pe valoare adăugată pentru operațiunile prevăzute la art. 294 alin. (1) lit. a)-i), art. 294 alin. (2) și art. 296 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal.

alegerea unei condiții de livrare ce implică maximum de obligații pentru vânzător.

Incoterms influențează costul final al bunurilor, element ce determină competitivitatea pe piețele internaționale, sens în care vânzătorul și cumpărătorul trebuie să identifice și să stabilească condițiile de livrare optime, în avantajul ambelor părți. Așadar, efectele fiscale determinate de alegerea unei anumite condiții de livrare au origine contractuală, depinzând de diligența manifestată de părți în evaluarea costurilor și riscurilor rezultate din tranzacție.

În funcție de capacitatea părților de a gestiona riscurile și costurile tranzacției, acestea au posibilitatea de a alege între termeni Incoterms mai stabili sau mai labili din punct de vedere fiscal. Folosirea incorectă a regulilor Incoterms și aplicarea tratamentului fiscal conform acestora, este susceptibilă a genera costuri împovărătoare pentru partea responsabilă.

Prin urmare, Incoterms, din punct de vedere al structurii și curenților, reprezintă doar un punct de plecare în realizarea tranzacțiilor internaționale, recomandat fiind ca vânzătorul și cumpărătorul să analizeze cu precădere specificitatea tranzacției și să întocmească propriile clauze contractuale, îmbunătățind astfel claritatea și eficacitatea termenilor Incoterms aleși.





CÂND (NU) EXISTĂ PLURALITATEA INTERMEDIARĂ DE  
INFRAȚIUNI? (II)  
REGIMUL SANȚIONATOR – PARTICULARITĂȚI

WHEN DOES (NOT) EXIST AN INTERMEDIATE  
PLURALITY OF CRIMINAL OFFENSES? (II)  
PARTICULARITIES OF THE SANCTIONING REGIME

MARIA-IOANA MĂRCULESCU-MICHINICI <sup>1</sup>

**Rezumat:** Prezentul articol constituie o continuare a subiectului de analiză privind pluralitatea intermediară de infracțiuni [a cărui tratare a debutat prin articolul „*Când (nu) există pluralitate intermediară de infracțiuni? (I) - Specificul reglementării prevăzute de art. 44 alin. (1) Cod penal*”, publicat în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Tomul LXI, Științe Juridice, nr. I / 2015]. În cadrul de față, analiza pe care o întreprindem cu privire la instituția pluralității intermediare de infracțiuni concentrează o serie de probleme relative la unele aspecte de ordin sancționator pe care le implică această formă a pluralității de infracțiuni (expres reglementată de legea penală română în vigoare).

**Cuvinte-cheie:** pluralitate de infracțiuni; pluralitate intermediară; regulile de sancționare aplicabile; excepții în sancționare; configurarea termenilor din structură.

**Abstract:** This article constitutes a continuation of the subject of analysis regarding the intermediate plurality of criminal offenses [whose presentation began with the article “When does (not) exist an intermediate plurality of criminal offenses? (I) Particularities of the regulation stipulated by article 44 par. (1) from the Romanian Criminal Code”, published in the Scientific Annals of “Alexandru Ioan Cuza” University of Iasi, Tom LXI, Juridical Sciences, no. I / 2015]. In the present context, our analysis of the institution of intermediate plurality of criminal offenses continues with a focus on the sanctioning aspects of this form of plurality of offenses (expressly regulated by the current Romanian Criminal Code).

---

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

**Key-words:** plurality of offences; intermediate plurality of criminal offenses; sanctioning rules; exceptions to the sanctioning rules; the configuration of the terms of the intermediate plurality of criminal offenses.

Tratamentul penal al pluralității intermediare de infracțiuni dezvoltă o problematică de interes (teoretic și practic) referitoare la aplicarea pedepsei principale și a pedepselor secundare, precum și la luarea măsurilor de siguranță în cazul acestei forme de pluralitate infracțională, vizând, deopotrivă, cazul persoanei fizice (majore), cât și al persoanei juridice.

În rândurile care urmează, vom îndrepta atenția noastră asupra unor probleme privitoare la stabilirea și aplicarea pedepsei principale în cazul pluralității intermediare<sup>2</sup>, fără a neglija prezentarea (succintă a) unor extrase de practică penală relevantă, din jurisprudența obligatorie a instanței supreme.

Înainte de a aborda analiza tratamentului penal al pluralității intermediare de infracțiuni în viziunea legiuitorului penal actual – în limitele anterior trasate, totodată fără falsa pretenție de a epuiza subiectul –, apreciem asupra utilității reproducerii textelor legale care reglementează această materie, inclusiv a textului legal care reflectă optica / concepția legiuitorului Codului penal anterior (ceea ce ne va servi, pentru început, unei prezentări comparative sintetice).

Art. 44 Cod penal în vigoare. Pluralitatea intermediară. „(...) (2) *În caz de pluralitate intermediară, pedeapsa pentru noua infracțiune și pedeapsa anterioară se contopesc potrivit dispozițiilor de la concursul de infracțiuni*”.

Art. 147 Cod penal în vigoare. Atenuarea și agravarea răspunderii penale a persoanei juridice. „(1) *În caz de concurs de infracțiuni, de pluralitate intermediară sau de cauze de atenuare ori agravare a răspunderii penale, persoanei juridice i se aplică regimul amenzii prevăzut de lege pentru persoana fizică*”.

---

<sup>2</sup> Regimul pedepselor complementare, al pedepselor accesorii, precum și cel al măsurilor de siguranță în cazul persoanei fizice este reglementat de art. 45 Cod penal. Regimul pedepselor complementare și al măsurilor de siguranță în cazul persoanei juridice este reglementat de art. 147 Cod penal.

Art. 40 Cod penal anterior<sup>3</sup>. Pedepsa în unele cazuri când nu există recidivă. „(1) Când după condamnarea definitivă cel condamnat săvârșește din nou o infracțiune, înainte de începerea executării pedepsei, în timpul executării acesteia sau în stare de evadare, și nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă, pedeapsa se aplică potrivit regulilor pentru concursul de infracțiuni. (2) În cazul persoanei juridice, dacă nu sunt întrunite condițiile prevăzute în art. 40<sup>2</sup> alin. (1) lit. a), pedeapsa se aplică potrivit regulilor pentru concursul de infracțiuni”.

1. Preferăm să acordăm întâietate acestei chestiuni – scurtă privire retrospectivă – deoarece cu primul pas parcurs în expunerea noastră, nu facem decât să reluăm o observație pe care am exprimat-o și cu un alt prilej, într-un comentariu punctual pe marginea art. 44 C. pen., sens în care reafirmăm următoarele: «În privința sancționării pluralității intermediare în cazul persoanei fizice, cu referire la aplicarea pedepsei principale, legea prevede – în art. 44 alin. (2) NCP – că „pedeapsa pentru noua infracțiune și pedeapsa anterioară se contopesc (*sic!*) potrivit dispozițiilor de la concursul de infracțiuni” (s.n.). Sub regimul Codului penal din 1969, în condițiile art. 40, pedeapsa în unele cazuri când nu exista recidivă (postcondamnatore) se aplica „potrivit regulilor pentru concursul de infracțiuni”. Deși regimul de sancționare aplicabil pluralității intermediare, în sensul configurării acestuia prin trimitere la concurs, nu a fost modificat, semnalăm următoarele: pe de o parte, modificările intervenite în reglementarea actuală a sancționării concursului de infracțiuni se răsfrâng corespunzător și asupra sancționării pluralității intermediare; pe de altă parte, este de observat că și în sancționarea pluralității intermediare contopirea poate fi exclusă, ca și în cazul concursului, atunci când intervin situații dintre cele reglementate la art. 39 alin. (1) lit. a) sau d) NCP. Ca atare, considerăm că indica un stadiu superior de exprimare formularea legală din Codul penal din 1969, care acoperea toate ipotezele posibile, dublând și în cazul pluralității intermediare integralitatea soluțiilor sancționatorii apte a se configura în situația concursului (exprimarea actuală părănd, în mod nefericit, a restrânge doar la

---

<sup>3</sup> Legea nr. 15/1968, ieșită din vigoare pe 1 februarie 2014.

cazul cumulului juridic ipotezele sancționatorii ale pluralității intermediare).»<sup>4</sup>

Astfel, reținem că sunt operante și în cazul pluralității intermediare de infracțiuni, sistemul legal al absorbției [art. 44 alin. (2) C. pen. raportat la art. 39 alin. (1) lit. a) C. pen. – detențiunea pe viață ca pedeapsă absorbantă rezultantă], cât și sistemul cumulului aritmetic [art. 44 alin. (2) C. pen. raportat la art. 39 alin. (1) lit. d) C. pen. – în ipoteza pedepselor din specii diferite / de natură diferită, respectiv pedeapsa rezultantă cumulată din închisoare și amendă penală], configurând ansamblul regulilor pentru concursul de infracțiuni. Totodată, având în vedere incidența regulilor de la concursul de infracțiuni, în acord și cu alți autori<sup>5</sup>, apreciem la rândul nostru că, și în cazul pluralității intermediare de infracțiuni se poate ajunge la aplicarea pedepsei detențiunii pe viață în condițiile prevăzute de art. 39 alin. (2) C. pen., anume: „*Atunci când s-au stabilit mai multe pedepse cu închisoarea, dacă prin adăugare la pedeapsa cea mai grea a sporului de o treime din totalul celorlalte pedepse cu închisoarea stabilite s-ar depăși cu 10 ani sau mai mult maximul general al pedepsei închisorii, iar pentru cel puțin una dintre infracțiunile concurente [dintre infracțiunile care intră în alcătuirea pluralității de infracțiuni - subl. ns.] pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 20 de ani sau mai mare, se poate aplica pedeapsa detențiunii pe viață*”. Soluția legislativă înscrisă de art. 39 alin. (2) C. pen. reprezintă o ipoteză facultativă de aplicare a pedepsei detențiunii pe viață, distinctă de aplicarea obligatorie a acestei pedepse în baza sistemului absorbției, și funcțională – în condițiile prevăzute de lege – ca alternativă la pedeapsa rezultantă a închisorii în limita dată de maximul său general de 30 de ani, în conformitate cu dispozițiile art. 2 alin. (3) Cod penal.

Având în vedere că modificările intervenite în reglementarea actuală a sancționării concursului de infracțiuni se răsfrâng corespunzător și asupra sancționării pluralității intermediare, dacă (este să) ne raportăm la sistemul

---

<sup>4</sup> M. I. Michinici, M. Dunea, în: T. Toader (coord.), M. I. Michinici, R. Răducanu, A. Crișu-Ciocântă, S. Rădulețu, M. Dunea: „*Noul Cod penal. Comentarii pe articole*”, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 116.

<sup>5</sup> G. Bodoroncea, în: G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L. V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.-M. Vasile: „*Codul penal. Comentariu pe articole*”, Editura C. H. Beck, București, 2014, p. 147; M. Udriou: „*Drept penal. Partea generală. Noul Cod penal*”, ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2015, p. 218.

cumulului juridic cu spor obligatoriu și fix, amintim că dispozițiile art. 39 alin. (1) lit. b) Cod penal au constituit obiect al unor excepții de neconstituționalitate.<sup>6</sup> În aceeași ordine de idei, amintim (și) despre aprecierile critice asupra dispozițiilor legale din art. 39 alin. (1) lit. b) și lit. c) Cod penal, care sunt frecvent întâlnite în doctrina de specialitate, remarcându-se numeroase și variate propuneri *de lege ferenda* în legătură cu articolul pre-indicat<sup>7</sup>, dar asupra cărora nu ne propunem să ne oprim. În egală măsură, unii autori susțin că, de asemenea, dispozițiile art. 39 alin. (2) Cod penal ridică serioase probleme de acuratețe juridică.<sup>8</sup>

Fără a mai insista asupra acestui subiect – sistemul contopirii juridice în optica legiuitorului penal actual, în caz de concurs de infracțiuni / pluralitate intermediară –, nu putem să trecem mai departe, fără a menționa, în contrapondere cu precedentul legislativ (prin consacrarea sistemului cumulului juridic cu spor facultativ și variabil), perspectiva legislativă a revenirii la sporul facultativ de pedeapsă<sup>9</sup> (ceea ce reclamă urmărirea procesului legislativ / demarat).

---

<sup>6</sup> A se vedea: Decizia (de respingere) nr. 711 din 27 octombrie 2015, publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 913 din 9 decembrie 2015; Decizia (de respingere) nr. 782 din 17 noiembrie 2015, publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 50 din 22 ianuarie 2016; Decizia (de respingere) nr. 210 din 12 aprilie 2016, publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 440 din 13 iunie 2016; Decizia (de respingere) nr. 545 din 12 iulie 2016, publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 838 din 21 octombrie 2015.

<sup>7</sup> A se vedea, spre exemplu - Adrian Stan: „Unitate sau pluralitate infracțională în noul Cod penal. Sporul obligatoriu de pedeapsă - un rău necesar sau o gravă eroare?”, în *Revista Universul Juridic*, nr. 12, decembrie 2016, pag. 55-64, consultare online la adresa: [http://revista.universuljuridic.ro/wp-content/uploads/2017/01/07\\_Revista\\_Universul\\_Juridic\\_nr\\_12-2016\\_PAGINAT\\_BT\\_A\\_Stan.pdf](http://revista.universuljuridic.ro/wp-content/uploads/2017/01/07_Revista_Universul_Juridic_nr_12-2016_PAGINAT_BT_A_Stan.pdf).

<sup>8</sup> A se vedea, spre exemplu – C. Niculeanu: „Opinie critică referitoare la aplicarea pedepsei principale în cazul concursului de infracțiuni în prevederile noului Cod penal”, consultare online la adresa: <http://uniuneabarourilor.ro/opinie-critica-referitoare-la-aplicarea-pedepsei-principale-in-cazul-concursului-de-infracțiuni-in-prevederile-noului-cod-penal/>.

<sup>9</sup> L127/2017 - Propunere legislativă pentru modificarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, pentru modificarea și completarea art. 587 din Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, precum și a Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, consultare online la adresa: <https://www.senat.ro/legis/PDF/2017/17L127FG.pdf> (înregistrat la Senat pentru dezbatere, cu nr. b86, în data de 08-03-2017). Se propune ca art. 39 alin. (1) lit. b) Cod

2. În întregirea unor idei pe care le-am expus într-un număr anterior al prezentei publicații științifice<sup>10</sup> (mare parte dintre acestea nepreluate în numărul curent), înțelegem, totuși, să insistăm asupra unei observații privitoare la regimul sancționator al pluralității intermediare în privința pedepsei principale în cazul persoanei juridice. Aceasta deoarece în ciuda formulării legale pentru care s-a optat, așa cum reiese din prevederile art. 147 alin. (1) C. pen. – sau poate tocmai din această cauză – în doctrină se înregistrează (și se perpetuează) exprimarea unei opinii (în flagrantă contradicție cu intenția legiuitorului).

Astfel, se susține că: «Textul analizat [art. 147 alin. (1) C. pen. - *subl. ns.*] trimite deci la prevederile art. 61 C. pen („Stabilirea amenzii”), potrivit cărora, în cazul persoanei fizice, amenda se stabilește, de asemenea, prin sistemul zilelor-amendă – însă, în limite mult mai reduse (suma corespunzătoare unei zile-amendă este cuprinsă între 10 și 500 de lei, iar numărul zilelor-amendă este cuprins între 30 și 400 de zile). Dar, dacă acest mod de stabilire a pedepsei amenzii poate fi socotit îndreptățit, în caz că instanța reține existența unor cauze de atenuare a pedepsei, în schimb, în caz că ea reține existența unor cauze de agravare a pedepsei [de pildă, „concurș de infracțiuni” sau „pluralitate intermediară” – la care art. 147 alin. (1) se referă în mod expres], acest mod de stabilire a pedepsei principale devine total inacceptabil. O asemenea prevedere [art. 147 alin. (1)] incită, în fond, la săvârșirea de cât mai multe infracțiuni, din moment ce, pentru persoana juridică, tratamentul penal este mai blând în caz de concurs de infracțiuni sau de intervenție a altor cauze de agravare a răspunderii. În orice caz, art. 147 alin. (1) omite că în obiectul său de reglementare intră, pe lângă cauzele de atenuare, și cauzele de agravare a pedepsei (altele decât recidiva), astfel că el impune, pentru toate aceste cauze, un unic regim sancționator, anume „regimul amenzii prevăzut de lege pentru persoana fizică”».<sup>11</sup>

---

penal să aibă următorul cuprins: „(...) b) când s-au stabilit numai pedepse cu închisoare, se aplică pedeapsa cea mai grea, care poate fi sporită până la maximum ei special, iar când acest maxim nu este îndeștător, se poate adăuga un spor care nu depășește jumătate din pedeapsa principală”.

<sup>10</sup> M. I. Michinici: „Când (nu) există pluralitate intermediară de infracțiuni? – Specificul reglementării prevăzute de art. 44 alin. (1) Cod penal – (I)”, în *Analele Științifice ale Universității „Al. I. Cuza” Iași, Tomul LXI, Științe Juridice*, 2015, nr. I, pag. 16 ș.u.

<sup>11</sup> M. K. Guiu, în: G. Antoniu, T. Toader (coordonatori), Al. Boroș, V. Brutaru, B. N. Bulai, C. Bulai, Șt. Daneș, C-tin Duvac, M.-K. Guiu, I. Ifrim, C-tin Mitrache, C. Mitrache, I.

... Pe cât de departe de a incita la săvârșirea de cât mai multe infracțiuni, pe atât de departe de a îndemna la reflecție, ni se prezintă textul legal pre-indicat! Aceasta din moment ce, prin simpla lectură a textului în discuție, reiese clar că pentru persoana juridică tratamentul penal / regimul sancționator în privința pedepsei principale se realizează în conformitate cu *regimul amenzii prevăzut de lege pentru persoana fizică*, fiind aplicabile dispozițiile art. 39 alin. (1) lit. c) Cod penal – cumul juridic cu spor obligatoriu și fix, *ținând cont de prevederile art. 137 Cod penal („Stabilirea amenzii pentru persoana juridică”)*. Cu alte cuvinte, art. 147 alin. (1) C. pen. nu trimite la prevederile art. 61 C. pen. – care vizează stabilirea amenzii în cazul persoanei fizice –, ci la regimul amenzii prevăzut de lege pentru persoana fizică, respectiv cel al contopirii juridice a pedepselor de ordin pecuniar, care se aplică în mod corespunzător și persoanei juridice, însă în considerarea dispozițiilor art. 137 C. pen.

3. După cum pe drept cuvânt se arată în doctrina noastră penală, „pentru sancționarea pluralității intermediare [*în cazul persoanei fizice (majore) - subl. ns.*] se aplică, de regulă, principiile de la aplicarea pedepsei în cazul concursului de infracțiuni, contopindu-se întreaga pedeapsă anterioară (chiar dacă a fost în parte executată) cu pedeapsa aplicată pentru noua infracțiune, iar la pedeapsa de bază se adaugă în mod obligatoriu și un spor de o treime din totalul celorlalte pedepse stabilite (în cazul în care sunt numai pedepse cu închisoarea sau cu amenda); din pedeapsa rezultantă se va deduce perioada deja executată din pedeapsa anterioară”.<sup>12</sup>

Regulile de sancționare a concursului de infracțiuni se vor avea în vedere și atunci când nașterea pluralității intermediare în cazul persoanei fizice are loc în condițiile prevăzute de art. 104 alin. (2) și (3) Cod penal – ipoteza legală a revocării liberării condiționate în cazul săvârșirii unei noi infracțiuni – sau în condițiile prevăzute de art. 96 alin. (4) și (6) Cod penal – ipoteze legale ale revocării suspendării executării pedepsei sub supraveghere –, tratamentul penal fiind cel consacrat de norma generală [art. 44 alin. (2) raportat la art. 39 Cod penal]. Menționăm faptul că și în caz de anulare a

---

Molnar, I. Ristea, C-tin Sima, V. Teodorescu, I. Vasii, A. Vlășceanu: „Explicații noului Cod penal, Vol. II, Articolele 53-187”, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 432.

<sup>12</sup> M. Udriou, *op.cit.*, p. 217.

liberării condiționate, ori a suspendării executării pedepsei sub supraveghere, la care se adaugă și cazurile de anulare a renunțării la aplicarea pedepsei, cât și a amânării aplicării pedepsei – în considerarea tuturor condițiilor prevăzute de lege –, regimul sancționator al pluralității intermediare (atunci când este reținută această formă a pluralității de infracțiuni) urmează regulile consacrate de norma generală în materie.

De la aplicabilitatea regulilor pentru concursul de infracțiuni, sunt operante și *exceptii* în sancționarea pluralității intermediare. Atunci când nașterea acestei forme distincte a pluralității de infracțiuni are loc prin săvârșirea de către cel condamnat definitiv a infracțiunii de evadare (art. 285 Cod penal) din starea legală de executare a pedepsei, operează cumularea aritmetică a pedepselor, tratament derogatoriu de la cel înscris prin norma generală [art. 44 alin. (2) raportat la art. 39 alin. (1) lit. b) Cod penal], consacrat prin norma specială pre-indicată, în conformitate cu prevederile din alin. (4), anume: „*pedeapsa aplicată pentru infracțiunea de evadare se adaugă la restul rămas neexecutat din pedeapsă la data evadării*”.<sup>13</sup> Bineînțeles că prin cumularea pedepselor nu se poate depăși maximul general al pedepsei închisorii. Dacă s-a evadat din executarea pedepsei detențiunii pe viață, cumulul este, în mod evident, exclus.

De asemenea, atunci când nașterea pluralității intermediare are loc prin comiterea din nou a unei infracțiuni pe durata termenului de încercare al unei grațieri condiționate, practica legislativă curentă într-o astfel de situație înscrie un tratament derogatoriu în caz de revocare a măsurii, urmând să se execute, pe lângă pedeapsa stabilită pentru noua infracțiune săvârșită, și pedeapsa sau restul de pedeapsă rămas neexecutat ca urmare a aplicării unui atare act de clemență.<sup>14</sup>

#### 4. Construită formal după structura recidivei postcondamnatorii, pluralitatea intermediară de infracțiuni presupune existența unei condamnări

---

<sup>13</sup> Transpunere legală a soluției obligatorii promovate de instanța supremă sub codificarea anterioară (Î.C.C.J., Secțiunile Unite, Decizia nr. 81/2007 – recurs în interesul legii – publicată în M. Of. nr. 780 din 21.11.2008).

<sup>14</sup> A se vedea, spre exemplu, art. 7 din proiectul de lege (14/2017) pentru grațierea unor pedepse și a unor măsuri educative privative de libertate - consultare online la adresa: <https://www.senat.ro/Legis/Lista.aspx?cod=20309>.



definitivă a persoanei inculpate în urma comiterii unui ansamblu faptic infracțional (primul termen – T1), cu reiterarea comportamentului infracțional, prin săvârșirea unei/unor noi infracțiuni, până la data la care pedeapsa anterioară este executată sau considerată ca executată (al doilea termen – T2), fără a fi întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă (postcondamnatorie). Chiar dacă se pliază pe structura unei recidive, grație existenței unei hotărâri definitive de condamnare (neexecutate sau executate doar parțial) în raport de care are loc reluarea / reiterarea unui comportament deviant de tip infracțional, lipsa (cel puțin) a unei condiții/cerințe legale specifice stării de recidivă (postcondamnatorie) „deplasează” pluralitatea de infracțiuni în zona acoperită de pluralitatea intermediară.

După cum ne-am pronunțat și în alte rânduri, «există pluralitate intermediară de infracțiuni, atât în cazul persoanei fizice – infractor major, cât și în cazul persoanei juridice. Totuși, sunt prezente diferențe semnificative în ceea ce privește gama amplă a cazurilor în care, neîntrunirea condițiilor prevăzute de lege pentru starea de recidivă postcondamnatorie, în cazul persoanei fizice, este acoperită de existența pluralității intermediare [privită de noi ca o instituție cu o fizionomie proprie (dublată de acel „joc de fizionomie”, sub „varii” chipuri sub care se poate înfățișa pe caz concret)] și limitarea existenței pluralității intermediare în cazul persoanei juridice, doar la ipoteza săvârșirii unei infracțiuni din culpă (pentru care este atrasă condamnarea definitivă, sau care se comite după condamnarea definitivă neexecutată sau executată doar parțial, ori atunci când ambii termeni privesc o atare infracțiune)».<sup>15</sup>

Am considerat necesară revenirea asupra acestor chestiuni întrucât dincolo de particularitățile care disting – sub aspectul condițiilor de existență – pluralitatea intermediară de alte forme ale pluralității de infracțiuni, impunându-se, mai ales, delimitări față de concursul de infracțiuni și starea de recidivă postcondamnatorie, totodată dincolo de asemănările, dar mai ales de deosebirile înregistrate din punct de vedere al numărului de situații / variante care ilustrează pluralitatea intermediară în cazul persoanei fizice (majore), respectiv al persoanei juridice, regimul de sancționare al acestei forme distincte a pluralității de infracțiuni, la rândul său, atrage o examinare

---

<sup>15</sup> M. I. Michinici, *op. cit.*, pag. 38.

atentă / serioasă. Atât la nivelul condițiilor de existență, cât și în legătură cu tratamentul penal aplicabil, se impun departajări clare / corecte între pluralitatea intermediară și alte forme de manifestare a pluralității de infracțiuni, mai ales în ipoteze de coexistență a acestora. Îndreptăm atenția noastră asupra unora dintre aceste situații.

Tratamentul penal în cazul pluralității intermediare – în privința pedepsei principale – determină operarea unor (importante) distincții după cum în alcătuirea /compunerea termenilor pe care este structurată, intră, după caz, unitatea infracțională sau pluralitatea infracțională (concurș). Astfel, T1 poate consta într-o condamnare definitivă privitoare la o singură infracțiune, sau la un concurs de infracțiuni, după cum, la rândul său, T2 poate consta în comiterea unei singure infracțiuni, ori în săvârșirea unui concurs de fapte penale, putând să-și găsească loc patru combinații posibile. Considerăm că în situațiile în care ambii termeni din structura pluralității intermediare rezidă în săvârșirea unei singure infracțiuni (anume: T1 = condamnare definitivă pentru o singură infracțiune, T2 = săvârșirea din nou a unei singure infracțiuni), în condițiile prevăzute de art. 44 alin. (1) C. pen., nu se ridică probleme în ceea ce privește tratamentul sancționator. Vor opera, în principiu, regulile de la concursul de infracțiuni, cu excepțiile care au fost deja semnalate (operante, cu precădere, în cazul persoanei fizice).

În situația în care T1 = condamnare definitivă pentru un concurs de infracțiuni, iar T2 = săvârșirea din nou a unei singure infracțiuni, în condițiile prevăzute de art. 44 alin. (1) C. pen., subscriem fără rezerve opiniei potrivit căreia „contopirea potrivit regulilor de la concursul de infracțiuni, se va face cu pedeapsa rezultantă în întregime, aceasta nefiind desfăcută în pedepsele componente”.<sup>16</sup> În aceeași ordine de idei, în mod întemeiat s-a putut remarca de către aceiași autori, „o deosebire față de contopirea pedepselor pentru infracțiunile concurente – art. 40 raportat la art. 39 C.p., caz în care contopirea are loc numai între pedepsele stabilite, iar aplicarea unei pedepse rezultante, doar pentru unele dintre infracțiunile concurente, ar conduce la descontopirea rezultantei și apoi contopirea tuturor pedepselor stabilite”.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> C-tin Mitrache, C. Mitrache: *Drept penal român. Partea generală*, Ediția a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 370.

<sup>17</sup> *Idem*, pag. 370.

Situația în care în T1 = condamnare definitivă pentru o infracțiune sau un concurs de infracțiuni, iar T2 = săvârșirea unui concurs de infracțiuni, este situația care reclamă o examinare nuanțată, distingându-se mai multe ipoteze, dintre care unele constituie surse de probleme, generatoare de opinii teoretice contradictorii / soluții practice divergente.

a) Atunci când după o condamnare definitivă (neexecutată sau executată doar parțial) se comit mai multe infracțiuni concurente, dintre care cel puțin una se află în stare de recidivă (postcondamnatorie), rezolvarea se realizează în conformitate cu prevederile art. 43 alin. (2) Cod penal potrivit căruia: *„Când înainte ca pedeapsa anterioară să fi fost executată sau considerată ca executată sunt săvârșite mai multe infracțiuni concurente, dintre care cel puțin una se află în stare de recidivă, pedepsele stabilite se contopesc potrivit dispozițiilor referitoare la concursul de infracțiuni, iar pedeapsa rezultată se adaugă la pedeapsa anterioară neexecutată ori la restul rămas neexecutat din aceasta”*. Rezultă că se va aplica, pentru toate infracțiunile, tratamentul prevăzut de lege pentru recidivă, chiar dacă una / unele dintre infracțiunile concurente se află în stare de pluralitate intermediară față de condamnarea definitivă. Soluția legislativă consacrată elimină orice controversă în materie, rezultând fără echivoc faptul că se face mai întâi aplicarea dispozițiilor referitoare la concursul de infracțiuni și apoi a dispozițiilor care guvernează recidiva (postcondamnatorie).<sup>18</sup> Aplicându-se tratamentul penal al recidivei pentru o infracțiune / mai multe infracțiuni aflate / aflate în stare de pluralitate intermediară, dată fiind consacrarea și în această materie a posibilității aplicării pedepsei detențiunii pe viață - în condițiile prevăzute de art. 43 alin. (3) Cod penal -, nu vedem exclusă incidența acestei dispoziții legale într-o atare situație.

b) Atunci când după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare pusă în executare, condamnare care nu întrunește condițiile

---

<sup>18</sup> „Acest tratament este aplicabil chiar dacă numai una dintre infracțiunile concurente se află în stare de recidivă, restul fiind în pluralitate intermediară, deoarece calitatea de recidivist trebuie să atragă tratamentul specific acestei forme de pluralitate. În același timp, tratamentul sancționator propus este mai puțin sever decât cel care ar rezulta din aplicarea mai întâi a dispozițiilor privind recidiva sau pluralitatea intermediară pentru fiecare infracțiune în parte și apoi regulile referitoare la concursul de infracțiuni”. A se vedea *Expunerea de motive la proiectul noului Cod penal*, pct. 2.11., consultare online la adresa: [http://www.avocatnet.ro/UserFiles/\\_deleted/Expunere%20motive%20-%20proiect%20-%20Codul%20penal%20-%202025%20februarie%202009\\_02271101.doc](http://www.avocatnet.ro/UserFiles/_deleted/Expunere%20motive%20-%20proiect%20-%20Codul%20penal%20-%202025%20februarie%202009_02271101.doc) .

cerute de lege pentru primul termen al recidivei, se comite infracțiunea de evadare (art. 285 Cod penal), iar ulterior se săvârșește o nouă infracțiune după evadare, mecanismul de aplicare a pedepsei pentru întreg ansamblul faptic ilustrat de pluralitatea intermediară de infracțiuni va conduce la contopirea potrivit regulilor de la concursul de infracțiuni, a pedepsei obținute prin cumul aritmetic [art. 285 alin. (4) Cod penal] și a pedepsei stabilite pentru infracțiunea comisă după evadare. Considerăm întemeiat acest mod de soluționare, din punct de vedere sancționator.<sup>19</sup> Dimpotrivă, atunci când după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare pusă în executare, condamnare care satisface condițiile cerute de lege pentru primul termen al recidivei, se comite infracțiunea de evadare, iar ulterior se săvârșește o nouă infracțiune după evadare, aflată în stare de pluralitate intermediară în raport de condamnarea anterioară definitivă, rezolvarea se face în conformitate cu prevederile art. 43 alin. (2) Cod penal.

c) Atunci când după o condamnare definitivă (neexecutată sau executată doar parțial) sunt săvârșite mai multe infracțiuni concurente, iar niciuna dintre acestea nu se află în stare de recidivă (nefiind întrunite condițiile termenului al doilea al recidivei postcondamnatorii), sau dacă primul termen al recidivei nu este verificat, rezultând, deci, că fiecare dintre infracțiunile ce intră în alcătuirea concursului, se află în stare de pluralitate intermediară, ne aflăm în situația care prilejuiește exprimarea unor moduri de rezolvare (teoretice și practice) distincte.

Reprezentând un subiect al preocupării noastre, am putut constata, pentru început, lipsa reproducerii în conținutul normativ al art. 44 Cod penal, a unei soluții explicite, corespunzătoare celei consacrate de art. 43 alin. (2) Cod penal, astfel încât, în tăcerea legii, am susținut că (și rămânem consecvenți opiniei exprimate) „primează soluționarea pluralității intermediare (pentru fiecare infracțiune în parte), iar abia apoi urmează a se rezolva din punct de vedere sancționator concursul de infracțiuni [utilizându-

---

<sup>19</sup> În acest sens, M. Udrioiu, *op.cit.*, p. 218; C-tin Mitrache, C. Mitrache, *op.cit.*, p. 369-370 (autorii se opresc și asupra modului de rezolvare a situației în care, în stare de evadare, condamnatul săvârșește mai multe infracțiuni, nefiind îndeplinite condițiile stării de recidivă postcondamnatorie).

se pedepsele concrete atinse ca urmare a aplicării anterioare a regulilor din art. 44 alin. (2) NCP]”.<sup>20</sup>

În concluzie, în opinia noastră, atunci când sunt săvârșite mai multe infracțiuni concurente, fiecare în parte, în stare de pluralitate intermediară, ordinea de valorificare a celor două forme de pluralitate de infracțiuni va însemna prioritate acordată soluționării pluralității intermediare, iar pe plan subsecvent, rezolvarea prin aplicarea regimului sancționator al concursului de infracțiuni. Considerăm că același mecanism de aplicare a pedepsei / mod de soluționare va rămâne funcțional și atunci când în termenul de supraveghere al unei condamnări cu suspendare a executării pedepsei aplicate, ori în termenul de supraveghere al liberării condiționate, cel condamnat săvârșește un concurs de infracțiuni în condițiile pluralității intermediare.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> M. I. Michinici, M. Dunea, în: T. Toader (coord.), *op.cit.*, p. 116. În același sens: V. Pașca, *Drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 353 ș.u.; M. Udroui, *op.cit.*, p. 218. Autorul în urmă indicat exprimă opinia potrivit căreia „dacă sunt săvârșite mai multe infracțiuni concurente în stare de pluralitate intermediară, pedeapsa se va aplica în următoarele etape: 1. se va aplica mai întâi regimul sancționator al pluralității intermediare pentru fiecare infracțiune: se contopește întreaga pedeapsă anterioară (chiar dacă a fost în parte executată) cu pedeapsa aplicată pentru fiecare dintre infracțiunile concurente, iar la pedeapsa de bază se adaugă în mod obligatoriu și un spor de o treime din cealaltă [...] pedeapsă [...] (în cazul în care sunt numai pedepse cu închisoarea sau numai pedepse cu amendă); astfel, sunt stabilite pedepsele rezultante parțiale; 2. apoi se va aplica regimul sancționator al concursului de infracțiuni și pentru rezultantele parțiale (se contopesc pedepsele rezultante parțiale, iar la pedeapsa de baza se adaugă în mod obligatoriu și un spor de o treime din cealaltă pedeapsă); această pedeapsă rezultantă finală va fi cea pe care inculpatul o va executa; din pedeapsa rezultantă finală se va deduce perioada deja executată din pedeapsa anterioară”. În sens contrar, a se vedea: C-tin Mitrache, C. Mitrache, *op. cit.*, p. 369. Autorii astfel indicați realizează o trecere în revistă a soluțiilor jurisprudențiale diferite pronunțate sub codificarea anterioară, după caz: de a da prioritate regulilor de la concursul de infracțiuni, sau dispozițiilor de la pluralitatea intermediară, promovându-se și soluția de a contopi nedistinct pedepsele pronunțate pentru infracțiunile ce realizează pluralitatea intermediară. Aceștia optează pentru soluția din urmă, considerând că „nu poate fi făcută nicio diferențiere în sancționarea pluralității intermediare după cum al doilea termen al pluralității este format dintr-o singură infracțiune sau dintr-un concurs de infracțiuni. (...) Așadar, în cazul pluralității intermediare, contopirea se va face, potrivit dispozițiilor de la concurs, între toate pedepsele, cea aplicată anterior și pedepsele stabilite pentru infracțiunile săvârșite din nou”.

<sup>21</sup> Au fost exprimate și opinii contrare (V. Pașca, *op. cit.*, p. 354). S-ar putea discuta cu privire la soluția corespunzătoare unei asemenea ipoteze, mai ales în cazurile în care

### 5. Practică penală relevantă. Dezlegarea unor chestiuni de drept.

a) Prin **Decizia nr. 3/2015** (M. Of. nr. 380 din 2 iunie 2015), Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, a admis sesizarea formulată de Tribunalul Iași – Secția penală, în dosarul nr. 8624/245/2014, prin care s-a solicitat pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea următoarei chestiuni de drept: „dacă, în aplicarea dispozițiilor art. 6 Cod penal, la stabilirea pedepsei aplicabile potrivit noii legi în cazul unei pluralități de infracțiuni care, potrivit Codului penal din 1969, presupunea reținerea stării de recidivă postcondamnatorie, iar, potrivit Noului Cod penal condițiile art. 41 nu mai sunt întrunite, se ia în considerare pedeapsa aplicabilă potrivit art. 43 alin. 1, fără aprecieri asupra stării de recidivă, sau cea aplicabilă potrivit art. 44 raportat la art. 39 Cod penal”, și a statuat: *„În aplicarea dispozițiilor art. 6 Cod penal, stabilirea pedepsei în baza legii noi, în cazul pluralității de infracțiuni care, potrivit Codului penal din 1969, presupunea reținerea stării de recidivă postcondamnatorie cu revocarea suspendării condiționate, iar, potrivit Codului penal, condițiile recidivei postcondamnatorii cu privire la primul termen nu mai sunt întrunite, se determină conform art. 44 raportat la art. 39 din Codul penal, referitoare la pluralitatea intermediară.”*

b) Prin **Decizia nr. 13/2015** (M. Of. nr. 410 din 10 iunie 2015), Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, a admis sesizarea formulată de Curtea de Apel București – Secția I penală în dosarul nr. 26687/3/2014, prin care s-a solicitat pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a problemei de drept: „dacă în aplicarea dispozițiilor art. 5 din Codul penal, conform Deciziei nr. 265/2014 a Curții Constituționale, în cazul pluralității de infracțiuni constând într-o infracțiune pentru care, potrivit Codului penal anterior, a fost aplicată, printr-o hotărâre definitivă, o pedeapsă, cu suspendarea condiționată a executării, care, conform art. 41 alin. (1) din Codul penal, nu îndeplinește condițiile pentru a constitui primul termen al

---

infracțiunile concurente săvârșite în cursul termenelor de supraveghere a instituțiilor menționate ar fi judecate separat (putându-se ridica problema modului de rezolvare a situației în care o instanță ar revoca suspendarea / liberarea, în raport de una dintre infracțiunile concurente nou săvârșite, iar o altă instanță ar menține suspendarea / liberarea în considerarea unei alte infracțiuni concurente din cele nou comise).

recidivei postcondamnatorii și, respectiv, o infracțiune săvârșită în termenul de încercare, pentru care legea penală mai favorabilă este legea nouă, stabilirea și executarea pedepsei, în urma revocării suspendării condiționate, se realizează potrivit dispozițiilor art. 15 alin. (2) din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal raportat la art. 83 alin. (1) din Codul penal anterior sau conform dispozițiilor art. 96 alin. (5) raportat la art. 44 alin. (2) din Codul penal, referitoare la pluralitatea intermediară”, și a stabilit: *„În aplicarea dispozițiilor art. 5 din Codul penal, conform Deciziei nr. 265/2014 a Curții Constituționale, în cazul pluralității de infracțiuni constând într-o infracțiune pentru care, potrivit Codului penal anterior, a fost aplicată, printr-o hotărâre definitivă, o pedeapsă, cu suspendarea condiționată a executării, care, conform art. 41 alin. (1) din Codul penal, nu îndeplinește condițiile pentru a constitui primul termen al recidivei postcondamnatorii și, respectiv, o infracțiune săvârșită în termenul de încercare, pentru care legea penală mai favorabilă este legea nouă, stabilirea și executarea pedepsei, în urma revocării suspendării condiționate, se realizează potrivit dispozițiilor art. 15 alin. (2) din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal raportat la art. 83 alin. (1) din Codul penal anterior”*.

c) Prin **Decizia nr. 11/2016** (M. Of. nr. 468 din 23 iunie 2016), Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, a admis sesizarea formulată de Curtea de Apel Craiova – Secția penală și pentru cauze cu minori, în dosarul nr. 4493/311/2015, prin care s-a solicitat pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a problemei de drept dacă „în aplicarea dispozițiilor art. 5 din Codul penal, conform Deciziei nr. 265/2014 a Curții Constituționale, în cazul pluralității de infracțiuni constând într-o infracțiune pentru care potrivit Codului penal anterior a fost aplicată printr-o hotărâre definitivă o pedeapsă cu suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei conform art. 86<sup>1</sup> din Codul penal anterior și respectiv, o infracțiune săvârșită în termenul de încercare, pentru care legea penală mai favorabilă este considerată legea nouă, stabilirea și executarea pedepsei rezultante în urma revocării suspendării sub supraveghere se realizează potrivit dispozițiilor art. 16 alin. 1 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal raportat la art. 86<sup>4</sup> alin. 1 din Codul penal anterior sau conform art. 96 alin. 4 și 5 din Codul penal actual”, și a stabilit: *„În aplicarea dispozițiilor art. 5 din Codul penal, conform deciziei Curții*

*Constituționale nr. 265/2014, în cazul pluralității de infracțiuni constând într-o infracțiune pentru care potrivit Codului penal anterior a fost aplicată printr-o hotărâre definitivă o pedeapsă cu suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei potrivit art. 86<sup>1</sup> din Codul penal anterior și o infracțiune săvârșită în termenul de încercare, pentru care legea penală mai favorabilă este considerată legea nouă, stabilirea și executarea pedepsei rezultante în urma revocării suspendării sub supraveghere se realizează conform art. 96 alin. 4 și 5 din Codul penal”.*

Sfârșitul acestei expuneri nu este decât pretextul adâncirii analizei și a altor implicații pe care le ridică pluralitatea intermediară în legătură cu tratamentul penal aplicabil acestei forme a pluralității de infracțiuni. Se face resimțită nevoia de a pune în discuție și problema pe care o generează stabilirea cu exactitate a naturii juridice pe care o prezintă pluralitatea intermediară. Chestiunea intră în sfera mai largă a preocupărilor noastre, urmând a fi analizată în contextul general al concursului cauzelor de agravare (și de atenuare) a răspunderii penale.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> În acest sens, a se vedea: M. I. Michinici, „Câteva observații privind atenuarea răspunderii penale (I)”, în revista *Săptămâna Juridică*, nr. 8/2017, p. 4-10; M.I. Michinici, „Câteva observații privind atenuarea răspunderii penale (II)”, material care urmează a fi publicat într-un număr ulterior al revistei *Săptămâna Juridică* (articolul va pune în discuție analiza conținutului normativ al art. 79 C. pen.).



PERSPECTIVELE DREPTULUI PENAL AL UNIUNII EUROPENE

THE PROSPECTS OF THE EUROPEAN UNION CRIMINAL LAW

VIOLETA MELNIC<sup>1</sup>

**Rezumat:** Scopul acestui studiu implică abordarea complexă la nivel doctrinar, normativ și jurisprudențial în vederea creării științei dreptului penal al Uniunii Europene. Asigurarea bunei funcționări a pieței interne și respectării drepturilor omului nu lasă lipsită de influența regulilor Uniunii Europene (UE) legislațiile penale ale statelor membre ale UE. Evoluția politicii penale în cadrul instituțional, normativ și jurisprudențial al UE a determinat abordarea a două concepte de reglementare penală a spațiului european: Dreptul european penal, ce reprezintă un drept penal elaborat la nivelul UE și Dreptul penal european, care constituie un drept penal unitar aplicabil pe baza principiului teritorialității europene. Astfel, Reglementările penale ale UE se pot aplica direct de instituțiile UE și legislația UE poate influența sistemele penale ale statelor membre ale UE.

**Cuvinte-cheie:** Uniunea Europeană, Drept penal european, sisteme penale naționale

**Abstract :** The aim of this research is a complex approach at the doctrinal and legislative level in order to create the science of EU criminal law. The guarantee of a good functioning of the internal market and of a good observance of human rights doesn't lack the national criminal legal frameworks of EU member states of the influence of European Union rules. The evolution of criminal policy in the EU institutional and legal frameworks established two concepts of criminal regulation of the European area: the European criminal law which is elaborated at the EU level, and the European criminal law which is applicable on the base of European territorial principle. Thus, the EU criminal regulations can be directly executed by the EU institutions and the EU legislation can influence the criminal systems of the EU member States.

**Key-words:** European Union, Criminal European Law, Criminal Law

---

<sup>1</sup> Conferențiar univ. dr., Institutul de Relații internaționale din Moldova, Facultatea de Drept, email: violeta.melnic.eu@gmail.com

## 1. Introducere

În domeniul penal competențele Uniunii Europene (UE) revin statelor membre potrivit principiului suveranității naționale, asigurarea bunei funcționări a pieței interne și asigurarea respectării drepturilor omului nu oferă posibilitatea de a lasă lipsite de influență regulilor UE legislațiile penale ale statelor membre. Totuși, există mai multe argumente în vederea edificării unui Drept Penal al UE și anume că infractorii pot profita de diferențele dintre sistemele de drept, în special în cazul când infractorii planifică infracțiuni într-un stat, le comit în alt stat și apoi se refugiază în alt stat. Un alt argument, în favoarea armonizării îl constituie consensul statelor membre de a apăra interesele financiare, lupta contra fraudei și corupției în UE, cu aceeași diligență cu care își apără propriile interese.<sup>2</sup>

## 2. Evoluția Dreptului penal al Uniunii Europene

Europa este mai întâi un spațiu geografic, acela care implică “o intervenție penală la nivel European și justifică includerea în materie penală în inima procesului de apropiere a sistemelor juridice”.

Acest Drept Penal European prezintă o anumită unitate și este mai întâi plasat sub semnul evidenței diversității.

În cazul apropierii legislațiilor penale la nivel european putem vorbi de o bipolaritate a Europei, căci este posibil de a distinge schematic două Europe: cea a Consiliului Europei și cea a Uniunii Europene.

Prima Europa este cea a drepturilor omului, noțiune care revine de altfel drepturilor omului, ce revine destul de puțin dreptului penal și presupune o integrare mai strânsă a Consiliului Europei.

Așadar, datorită conceptului de cooperare apare un dublu Spațiu European Judiciar: cel al Consiliului Europei (Marea Europă) și cel al Uniunii Europene la scară mai restrânsă (Mica Europă).

În interiorul Europei, există de asemenea o cooperare între anumite state vecine. Astfel după 1960, există un Comitet Nordic de Drept Penal, organ permanent care cuprinde un reprezentant din fiecare cinci state (Danemarca, Islanda, Norvegia, Finlanda și Suedia) și care are misiunea de a prepara cooperarea în materie penală.

---

<sup>2</sup> *Apropierea legislațiilor penale ale statelor din Uniunea Europeană*, Buletin de informare legislativă nr. 1/2009, București, 2009, p.3

Dreptul Penal al UE este relativ tânăr, în continuă evoluție și care a luat un asalt la finele anilor 90 cu adoptarea Programului Tampere. Acest Program a determinat elementele care trebuie să compună Dreptul Penal al UE, atât în planul de cooperare, cât și planul dezvoltării dispozițiilor penale. Dreptul Penal al UE rămâne pentru moment limitat la competențele atribuite de Tratatul privind Funcționarea UE.

În materie penală s-a pus întrebarea dacă UE va parveni să realizeze obiectivele programelor sale referitor la crearea spațiului justiției, libertății și securității.

Actualmente, statele membre ale UE rezistă la anumite tipuri de legislație penală care ar fi comunitară sau fondată pe al treilea pilon. Aplicarea mandatului de arestare și câștigurile care rezultă, nu sunt mascate de carențele celui de al treilea pilon, ce sunt din ce în ce mai vizibile, atât la nivelul elaborării, cât și cel al aplicării.

Legile penale ale statelor membre ale UE rămân intacte atât timp, cât nu se identifică o soluție juridică comună la o problemă comună.

Cercetarea unanimității adesea contribuie la blocaje, soluții mai puțin eficiente și adesea contribuie la scăderea considerabilă a ambiției.

O altă carență importantă este transpunerea defectuoasă a deciziilor-cadru, care nu aduc aceleași consecințe, ca și directiva comunitară.

Întrebarea referitor la viitorul Drept Penal al UE se raportează la baza juridică și cadrul instituțional al evoluției sale.

Dreptul Penal al UE se axează pe cooperarea interguvernamentală (al treilea pilon) și avansează datorită jurisprudenței Curții de Justiție a UE, care afirmă în marile sale decizii (Pupino, decizia-cadru) dreptul UE nu este de o competență comunitară, dar este în interesele integrării europene și poate avea un efect direct în privința dreptului penal național.

Apariția Dreptului Penal al UE, limitat la un ideal de armonizare corespunde la o imperioasă necesitate, care decurge din internaționalizarea criminalității și realizarea obiectivelor UE. Mai precis, această criminalitate este din ce în ce mai dăunătoare, agenții de diverse naționalități acționează în diverse state și se vorbește din ce în ce mai mult de criminalitatea organizată mai ales de traficul de droguri, terorismul, de pe urma cărora au de suferit și minorii. Crima devenind internațională, regională, europeană s-ar conveni ca și dreptul penal să devină european. Este la scara regională ca lupta contra crimei să fie eficace.

În materie penală legislația Uniunii Europene conține anumite prevederi atât în izvoarele primare, cât și cele derivate (*unele de aplicare directă, altele indirectă*).

Tratatul Uniunii Europene conține un titlu întreg, 6, care tratează cooperarea în materie penală.

La prima vedere putem degaja două sisteme ale Dreptului Penal European. În realitate, aceasta trece sub tăcere Cooperarea Polițienească și Judiciară care, este monopolul Consiliului Europei este luat în considerare și de către Uniunea Europeană.

Aceste dispoziții au fost completate de către dispozițiile Tratatului de la Maastricht, intitulat “Dispoziții privind cooperarea polițienească și judiciară în materie penală” (art. 29 și art. 42 din Tratatul Uniunii Europene de la Amsterdam).

Putem considera că drepturile omului sunt posibilitățile ce permit oricărei persoane de a apăra libertatea sa și demnitatea sa, datorită existenței garanțiilor instituționale.

Tratatul privind Comunitatea Europeană în titlu 6 prevedea Justiția și Afacerile Interne. Art. K. 1 (art. 29 TUE de la Amsterdam) dispunea: “În scopul realizării obiectivelor Uniunii, în special libera circulație a persoanelor și fără prejudiciul competenței Comunității Europene, statele membre consideră domeniile următoare ca chestiuni de interes comun: lupta contra toxicomaniei...5) Lupta contra fraudei de dimensiune internațională...7) Cooperarea judiciară în materie penală...9) Cooperarea polițienească în vederea prevenirii și lupta contra terorismului, traficul ilicit de droguri și alte forme grave de criminalitate internațională.”

Conform noului art. 29 al TUE, obiectivul Uniunii este de a oferi cetățenilor un nivel ridicat de protecție în spațiul libertății, securității și justiției. Acest obiectiv este atins prin prevenirea criminalității, organizate sau alta, și lupta contra acestui fenomen, în special terorismul, traficul ființelor umane și crimele împotriva copiilor, traficul de droguri, traficul de arme, corupția și fraudă” la o cooperare mai strânsă în special între poliție și autoritățile de justiție, grație apropierei regulilor de drept penal. Materia criminalității organizate *lato sensu* este o materie de interes comun.

În dreptul european nu este o ramură strictă de drept penal, întrucât statele sunt stăpâne de a determina pedepsele (natura și cuantumul) și procedurile. Am putea concluziona că nu există un Drept Comunitar Penal, dar numai o componentă a Dreptului Penal European. Totuși drepturile

penale naționale sunt influențate de către norme comunitare (și se găsesc armonizate între ele).

În primul rând dacă dreptul penal este de competența statelor, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) se asigură că pedepsele alese nu constituie obstacole indirecte la realizarea obiectivelor tratatelor, ceea ce exprimă efectul negativ al acestora. Astfel, s-a decis că orice sancțiune disproporționată naturii infracțiunii constituie o măsură de efect echivalent unei restricții cantitative interzise. CJUE reamintește că “sistemul de sancțiuni nu vor avea ca efect de a compromite libertățile prevăzute de tratat”, căci “dacă o sancțiunea disproporționată gravității infracțiunii... ea va deveni un obstacol al libertății garantate de către dreptul comunitar”.

Prin acest control al proporționalității, CJUE corijează excesele unui stat și permite o armonizare a drepturilor interne.

În al doilea rând, CJUE înțelege de asemenea că violările dreptului comunitar să fie sancționate în condiții analogice celor care vizează violările normelor de drept național de natură similară, căci trebuie în două cazuri ca sancțiunea să fie efectivă, disuasivă și proporțională.

În al treilea rând, incriminările dreptului intern se fondează pe un text comunitar, ceea ce exprimă efectul pozitiv al acestuia. Mai precis directivele comunitare, pe când sunt incluse în dreptul național și comportând sancțiuni penale, pot să servească la baza condamnărilor penale în cazul violării dispozițiilor. Influența dreptului comunitar este de altfel mai importantă decât în cazul contrarietății între directivă și textul intern, aceasta-i directiva (*sau regulamentul*) care se aplică.

În al patrulea rând, în materie procedurală, CJUE reamintește principiile care se aplică în dreptul intern. Primatul dreptului comunitar asupra legii naționale, chiar posteroare este în general consacrat. Totuși de puține ori în fața Curții s-au ridicat probleme care privesc aplicabilitatea dreptului național de către instituțiile Comunității.<sup>3</sup>

Două căi se identifică în domeniu penal: fie agravând art. 3 al Tratatului de la Roma (art. 3 TCE Amsterdam) care enumeră domeniile de acțiune a Comunității și care nu vizează dreptul penal pentru moment această

---

<sup>3</sup> M. Cărăușan, *Unele aspecte privind preeminența dreptului comunitar asupra dreptului național al statelor membre*, Revista de Drept Public Nr. 4/2003, Anul IX (29) Serie Nouă Octombrie-Decembrie, Ed. Publicație a Institutului de Științe Administrative al României «Paul Negulescu», p.24-25

cale apărând totuși ca insensibilă, fie jucând pe principiu subsidiarității rezultând din art. 3 B CE (5-2 CE), care decide ar putea fi împrumutate pentru a permite Comunității Europene de a legifera în domeniile afară de competența sa exclusivă, “Comunitatea nu intervine, conform principiului subsidiarității, decât în măsura unde obiectivele de acțiune nu pot să fie realizate în manieră suficientă de către statele membre și pot deci, în funcție de dimensiunile sau de efectele acțiunii vizate, să fie mai bine realizate la nivel comunitar”, această cale apărând mai puțin serioasă.

Dreptul Penal European este plasat sub un semn triplu:

Pluralism mai întâi, ținând cont de prezența legislațiilor naționale și dreptul comunitar, complexitatea în fine pentru că trebuie să fie combinate de logici diferite și să aplice ideea că “edictorul dreptului european trebuie să fie conștient că el trebuie cel puțin posibil să regleze de sus”.

În funcție de rațiunea imperioasă a suveranității, statele nu pot să construiască un drept care să le fie lor comun și pe care să fie de acord să-l facă.

Așadar, dreptul penal european are un caracter convențional, căruia trebuie să-i aducem o precizare și anumite limite.

Precizarea presupune distincția între tratate-contracte și tratate-legi.

Primele presupun realizarea unei operațiuni juridice între state (*tratate de comerț sau alianțe*), dar nu creează un drept nou. Cel de al doilea creează reguli de drept și au un conținut normativ. Este evident că tratatele și convențiile europene sunt tratate legi. Distincția nu este pur teoretică, căci exigența reciprocității nu se aplică în aceeași manieră. Dreptul Penal European este un drept convențional în sensul tratatelor-legi scapă regulii de reciprocitate pentru că el “se impune nu titlului de contraparte a drepturilor consimțite de către alte state semnatare, dar în funcție de angajamentele luate în privința persoanelor beneficiare”. Această excluziune a principiului reciprocității este confirmată, pentru că vizează drepturile omului, de către Convenția de la Viena din 23 mai 1969: art. 60 dispune că necunoașterea de către un stat contractant de “dispoziții privind protecția persoanei umane” nu autorizează alte Părți de a se degaja de obligațiile născute din tratat.

Potrivit profesorului George Antoniu pot fi delimitate 3 metode de influență pozitivă a regulilor de drept ale UE asupra legilor naționale.

Metoda națională ce presupune că UE nu incriminează fapte, nu impune și nu execută ele însele sancțiuni penale, acestea sunt lăsate la latitudinea statelor membre.

Fiecare stat membru al UE are obligația să ducă la îndeplinire obiectivele UE, folosind în acest scop legislația națională, fapt care rezultă din tratatele UE, regulamentele și directivele UE.

A doua metodă se caracterizează prin implicarea mai puternică a prevederilor dreptului UE în cel național. Aceasta se exprimă prin faptul, că Regulamentul sau Directiva descrie infracțiunea și stabilește sancțiunea penale, dar aceasta se aplică și execută pe plan național.

Cea de a treia metodă de influențare a legislațiilor penale a statelor membre UE constă în impunerea de sancțiuni, chiar și de instituțiile UE, în mod direct fără a face apel la legislațiile naționale (ex: concurența).<sup>4</sup>

### 3. Principiile dreptului penal al Uniunii Europene

Dreptul penal al Uniunii Europene are menirea de a apăra ordinea juridică a UE, facilitând colaborarea statelor în lupta criminalității ce afectează interesele Uniunii Europene și a cetățenilor acesteia.

Dreptul penal al Uniunii Europene este diferit de dreptul penal al statelor membre care este specific pentru fiecare stat în parte.

Totuși, influența dreptului european în privința drepturilor penale ale statelor membre se poate consimți în virtutea principiilor generale de drept comunitar.

Principiile ne penale (dar care au investit în câmpurile interne chiar penale), și care au condus, în numele libertăților și politicilor comunitare, în numele principiilor în special proporționalității și ne discriminării și neutralizarea incriminărilor și sancțiunilor interne.<sup>5</sup>

În manieră indirectă mai întâi, acest drept de a pedepsi statele, care a fost atins prin combinarea principiilor pentru majoritatea descoperirilor pentru CJUE (principiul imediat, principiul priorității, principiul efectului direct, interpretării în conformitate cu dreptul comunitar, principiul loialității).

Principiile speciale ale dreptului penal sunt următoarele:

---

<sup>4</sup> G. Antoniu, *Drept penal european, note de curs*, Ed. Academica, Târgu-Jiu, 2005, p.48-56

<sup>5</sup> Collection de l'UMR de droit comparé de Paris (Université de Paris 1 / CNRS - UMR 8103) volume 28, le Droit Pénal de l'Union Européenne au du Traité de Lisbonne, p.17, <http://f.hypotheses.org/wp-content/blogs.dir/1421/files/2013/07/Vol-28-bis.pdf>, accesat la 25.09.2016

Principiul materialității (*materiality principle*), afirmând că nimeni nu poate fi pedepsit dacă voința lui criminală nu apare printr-un comportament material, perceptibil din exterior

Principiul infracțiunii (*principle of the offence*) exprimat prin maxima latină *nullum nullum iniuria sine*, acest principiu prevede că, din moment ce dreptul penal a fost creat pentru a proteja interesele sociale relevante, astfel de comportament ar trebui pedepsit numai în cazul în care are ca rezultat un risc pentru binele juridic protejat.

Principiul culpabilității (*culpability principle*)

Principiul subsidiarității (*subsidiarity principle*)

Principiul pedepsei onorabile (*punishment worthiness principle*) potrivit căruia se aplică pedeapsă corespunzătoare gravității infracțiunii, subiectului infracțiunii și circumstanțelor cauzei.<sup>6</sup>

Principiul aplicabilității imediate, potrivit căruia dreptul comunitar originar și derivat este imediat aplicabil în ordinea juridică internă.

Principiul supremației dreptului comunitar, potrivit căruia normele de drept comunitar au prioritate în raport cu normele de drept național.

Principiul efectului direct în virtutea căruia dispozițiile tratatului și ale altor acte comunitare pot fi invocate de justițiabili în fața jurisdicțiilor naționale și sunt susceptibile de a crea, în mod direct, drepturi și obligații în privința persoanelor fizice și juridice.

Principiul legalității pedepselor se inspiră din tradițiile constituționale ale statelor membre, atunci când trebuie să se determine întinderea responsabilității penale, care rezultă dintr-o lege, în mod special adoptată în vederea implementării unei directive, nu trebuie să se aplice legea penală în manieră extensivă în dezavantajul persoanei urmărite penal. Astfel îi revine jurisdicției naționale să asigure respectarea acestui principiu, când interpretează, în lumina textului și a finalității directivei, dreptul național adoptat în vederea executării acesteia.

În materia penală pot fi invocate următoarele principii:

*Principiul proporționalității.* CJUE a remarcat faptul că „în principiu, legislația penală și regulile de procedură penală sunt probleme pentru care competența că aparține încă statelor membre”.

---

<sup>6</sup> N. Neagu (Ed.), C. Tracogna, T. Avrigeanu, F. Sántha Lamy-Diana Al-Kawadri E. Váradi-Csema, M. Gorunescu, A. Jánosi, R. Van Lijssel, *Foundations of European Criminal Law*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p.117-155



*Principiul aplicării retroactive a pedepsei mai ușoare*, care judecătorul național trebuie să îl respecte atunci când aplică dreptul național adoptat pentru a pune în operă dreptul UE.

*Principiul protecției private* care presupune respectarea dreptului la viața privată, care nu apare ca o prerogativă absolută, dar conține unele restricții, cu respectarea condiției să răspundă efectiv obiectivelor de interes general urmărite de Comunitate și să nu constituie, față de scopul urmărit, o intervenție nemăsurată și de netolerat care să aducă atingere înseși existenței dreptului astfel garantat.

*Principiul „non bis in idem”* în conformitate cu care „nici o pedeapsă nu poate fi urmărită într-un stat membru pentru aceleași fapte pentru care a fost în mod definitiv judecată într-un alt stat membru”.

*Principiul respectării dreptului la apărare* este garantat de art. 36 al. 1 al Tratatului CECA.

*Principiul prezumției nevinovăției* este garantat de art. 6 paragraful 2 Tratatul instituind UE, art. 47 din Carta drepturilor fundamentale, art. 6 din CEDO.

Principiul dreptului la un proces echitabil art. 6 paragraful 1 al CEDO, care vizează o completă egalitate a armelor, care cere procedura litigioasă, considerată în ansamblul său, să ofere acuzatului o ocazie adecvată și suficientă pentru a contesta bănuielile care planează asupra lui.

Principiul „*nulla poena sine culpa*”.<sup>7</sup>

Principiu este cel al priorității dreptului comunitar asupra dreptului intern, de fapt dreptul european este direct aplicabil în ordinea juridică a statelor membre. CJCE în hotărârea *Costa* din 15 iulie 1964 stipulează pentru prima dată principiu priorității: “Tratatul CE a instituit o ordine juridică proprie, integrată în sistemul juridic al statelor membre din momentul intrării în vigoare a tratatului și care se impune jurisdicțiilor lor. Această integrare a dreptului în fiecare stat membru de dispoziții, care provin din sursa comunitară și în general termenii și dispozițiile tratatului au ca un corolar imposibilitatea pentru state de a face să prevaleze contra unei ordini juridice acceptate de către ele...o măsură unilaterală ulterioară care nu va ști să îi fie opozabilă. Dreptul comunitar trebuie să se aplice imediat și direct căci fără aceasta, el va fi o scrisoare moartă dacă un stat îl va putea

---

<sup>7</sup> Ghe. V. Ivan, *Principiile de drept comunitar ca izvoare de drept penal*, RDP nr. 1/2009, București, 2009, p. 31-41.

neutraliza printr-o lege ulterioară. Acest drept este superior legii interne, deoarece regulamentele au valoare obligatorie și sunt direct aplicabile în orice stat membru”.

Hotărârea *Costa* adaugă în favoarea priorității dreptului comunitar un argument al unității acestui drept: “forța executorie a dreptului comunitar nu va ști să varieze de la un stat la altul în favoarea legislațiilor interne ulterioare, fără a pune în pericol realizarea scopurilor tratatului”.<sup>8</sup> Această prioritate a dreptului comunitar asupra dreptului național antrenează două efecte: afectarea normei naționale contrare și obligația pentru judecătorul național de a prefera norma comunitară față de orice dispoziție contrară dreptului național, chiar posteroară. Jurisdicțiile interne consacră de asemenea acest principiu. De aici, rezultă o apropiere a drepturilor penale naționale.

Totuși, obligația judecătorului național de a se raporta la conținutul directivei, atunci când interpretează regulile pertinente din dreptul său național este limitată la principiile generale de drept care fac parte din dreptul comunitar, și mai ales, de principiile securității juridice și al neretroactivității. De altfel, cum a menționat CJCE, o directivă nu poate prin ea însăși și în mod independent de o lege internă adoptată de un stat membru pentru aplicarea sa, să determine sau să agraveze responsabilitatea penală a persoanei, prin încălcarea dispozițiilor sale. *Per a contrario*, un asemenea act comunitar ar putea fi invocat numai în favoarea persoanei, așa cum se întâmplă în cazul împrejurărilor care fac ca fapta să nu constituie infracțiune sau care atenuează responsabilitatea penală. Așadar, un act comunitar derivat nu avea efect direct, în cazul în care prin aplicarea sa și în mod independent de o normă națională de transpunere, se poate ajunge la determinarea sau agravarea răspunderii penale a unei persoane.

### **3. Cadrul instituțional și normativ al UE în materie penală**

Dreptul Penal al Uniunii Europene include clivaje instituționale, un drept care derivă din primul pilon. Dreptul comunitar ar putea deveni un component foarte important al Dreptului Penal al UE a celui de al treilea pilon, în funcție de evoluția cadrului instituțional al pilonilor și jurisprudenței Curții de Justiție a UE.

---

<sup>8</sup> CJCE în hotărârea *Costa* din 15 iulie 1964

Evoluția jurisprudenței Curții de Justiție a UE provoacă o evoluție a dispozițiilor cu caracter penal în dreptul comunitar, în ce privește armonizarea sancțiunilor și de asemenea emiterea principiilor generale care influențează în tot sau în parte dreptul penal ce rezultă din al treilea pilon.

Instituțiile UE coordonatoare Eurojust și Rețeaua Judiciară Europeană, care ar putea deveni un actor major în spațiul penal european, nu ca o sursă primară de drept penal, dar ca organe de interpretare și de executare.

Nici Tratatul de la Roma din 1957 și nici Actul unic din 1986 nu conferă autorităților comunitare competența penală și Tratatul de Maastricht din 1992 nu aduce nici o schimbare acestui punct. Ar trebui să recunoaștem că soluția inversă ar fi adus o lovitură foarte dură principiului suveranității. Cum să se admită de fapt că sancțiunile penale pot să fie instituite de către un organ neales prin sufragiu popular (Consiliu) și că aceste sancțiuni să fie aplicate de către un organ nejurisdicțional (Comisia). Este adevărat că art. 29 și 42 al TUE Amsterdam prevede o posibilă comunitarizare (adoptarea unei reguli cu majoritatea) a justiției penale în domeniul terorismului, traficului de droguri și a criminalității organizate, noțiune foarte largă.

Instituind inițial Comunitățile Europene și ulterior UE, statele membre au înțeles să încredințeze o parte a suveranității lor unor organisme suprastatale, renunțând sau transferând o serie de atribute naționale specifice, care nu pot fi redobândite oricum, ci doar în condiții de excepție. În același mod, aceste atribute nu pot fi restituite autorităților statelor membre. Tratatul și reglementările UE constituie un set de reguli care impun în mod direct, adică fără interferențe sau intervenții, obligații asupra și creează drepturi pentru statele membre și pentru persoanele fizice și juridice din cadrul comunității. De aceea, nu de puține ori s-a afirmat că tratatele europene au stabilit o ordine juridică specifică, lucru confirmat de către CJUE de la Luxemburg.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> M. Cărăușan, *Unele aspecte privind preeminența dreptului comunitar asupra dreptului național al statelor membre*, Revista de Drept Public Nr. 4/2003, Anul IX (29) Serie Nouă Octombrie-Decembrie, Editura Publicație a Institutului de Științe Administrative al României «Paul Negulescu» p.11-12.

Prin semnarea la Maastricht la 7 februarie 1992 a Tratatului asupra Uniunii Europene a fost fondat al doilea și al treilea pilon al UE, politică externă și securitate a comunităților, justiție și afaceri interne.

Ulterior, Tratatul de la Nisa din 26 februarie 2001 modifică art. 31 al Tratatului de la Amsterdam referitor la cooperarea judiciară în materie penală (pct. 1) stipulând, că această materie va include:

Tratatul de la Lisabona acordă o competență în domeniul penal instituțiilor comunitare. Prin intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, Carta dobândește o valoare coercitivă și își găsește un loc în dreptul comunitar primar. Ca urmare, respectarea drepturilor garantate de Cartă vor putea fi invocate în fața Curții de Justiție, Tribunalului de Primă Instanță, precum și în fața instanțelor naționale ale statelor membre.

Aderarea UE la Convenția Europeană a Drepturilor Omului asigura un nivel dublu de protecție a individului, astfel încât dacă cetățenii Uniunii Europene nu vor fi mulțumiți de soluțiile pronunțate de CJUE în privința drepturilor fundamentale, se vor adresa la CEDO.

Înlesnirea și accelerarea cooperării între ministerele competente și autoritățile judiciare ale statelor membre (inclusiv prin intermediul EUROJUST) privind procedurile de executare a deciziilor.

Asigurarea compatibilității regulilor aplicabile între statele membre, în măsură necesară acestei cooperări, prevenirea conflictelor de jurisdicție între statele membre, adoptarea regulilor minimale privind elementele constitutive ale infracțiunilor și a sancțiunilor aplicabile în domeniile crimei organizate, a terorismului și a traficului ilicit de droguri.

Conform art. 31 pct. 2 în noua redactare, Consiliul va încuraja cooperarea între organele procuraturii, poliției, justiției prin intermediul *Eurojust* și:

permite ca *Eurojust* să contribuie la o mai bună coordonare între autoritățile naționale ale statelor membre, însărcinate cu urmările judiciare;

acordă sprijin *Eurojust* pentru investigarea infracțiunilor grave transfrontaliere, în cazul crimei organizate, ținând seama mai ales, de cele duse la bun sfârșit de Europol,

înlesnește strânsa cooperare între *Eurojust* și *Rețeaua Judiciară Europeană*, în special spre a înlesni executarea comisiilor și punerea în aplicare a cererilor de extrădare.

Tratatul de la Lisabona lărgeste competența instituțiilor comunitare în materie penală având o influență asupra legislațiilor penale naționale prin

faptul, că propune ocrotirea valorilor Uniunii Europene prin intermediul legilor penale naționale.

Armonizarea legislațiilor penale ale statelor își are originea în lucrările ONU, documentele Consiliului Europei, care au fost reflectate și în cadrul UE. Potrivit Tratatului de la Lisabona, instituțiile UE au obținut noi competențe în materie penală, fapt care va eficientiza prevenirea și lupta contra criminalității. Astfel, urmează ca prin legi europene sau legi-cadru să se introducă anumite reguli minime cu privire la definirea infracțiunilor împotriva minorilor și a sancțiunilor aplicabile acestora.<sup>10</sup>

După cum s-a afirmat pe bună dreptate în literatura de specialitate „Apropierea și armonizarea legislațiilor penale ale statelor membre au ca scop nu numai să creeze cadrul unui politici comune antiinfracționale, dar și acela de a evita ca unele state membre, prin particularitățile legislațiilor lor penale, să devină locuri de refugiu pentru elemente criminale”.<sup>11</sup>

Nu este nici o contradicție în faptul că statul și-a conservat competențele lor în materie penală și că el nu o poate exercita decât respectând dreptul comunitar.<sup>12</sup> O asemenea afirmare presupune că materia penală după natura sa își rezervă suveranitatea.

Așadar, în viziunea unor autori poate fi constituit un drept penal european format dintr-un ansamblu de norme penale folosite în lupta cu criminalitatea și în special împotriva crimei transnaționale. În acest context, a apărut întrebarea dacă dreptul penal corespunde unei necesități, invocându-se mai multe obstacole:

Un prim impediment ar fi că înfăptuirea justiției este un atribut indispensabil al suveranității statului și nu poate fi realizată decât la nivel național;

Un al doilea ține de specificul național în special al procedurilor penale.

În această ordine de idei, este important de menționat că în Europa există două sisteme de drept continental și *commun law*. Deși diferențele

---

<sup>10</sup> O. Predescu, *Convenția europeană a drepturilor omului și dreptul penal român*, Ed. Lumina Lex, București, 2006, p. 47.

<sup>11</sup> G. Antoniu, *Implicații penale ale Constituției Europene*, Revista de drept penal nr.3/2005, p. 18.

<sup>12</sup> CJCE, cazul 203/80, 11 noiembrie 1980, Casati, cazul 186/87, 2 februarie 1989, Cowan, cazul C-274/96, 24 noiembrie 1998, Bickel.

juridice între cele două sisteme se pot estompa, totuși diferențele juridice, sociologice, culturale se mai opun în acest sens.<sup>13</sup>

Un alt obstacol ar fi că Codurile penale din statele Uniunii Europene conțin reglementări diferite datorită particularităților naționale ale dreptului penal.<sup>14</sup>

Instituțiile Uniunii Europene nu ar trebui să intervină în activitatea internă a statelor membre, decât în măsura în care obiectivele UE nu ar putea fi realizate de aceste state într-o manieră satisfăcătoare și, chiar mai bine la nivel comunitar datorită dimensiunilor sau efectelor acțiunilor proiectate (principiul subsidiarității).

Statele membre ale UE dispun de reglementări proprii de drept penal și unificarea legislativă penală la nivel european nu poate fi realizată, deși aceasta este necesară din cerințele obiective ale luptei contra criminalității. De regulă, UE nu beneficiază de prerogativa elaborării de acte normative cu caracter penal, adică să incrimineze faptele care aduc atingere ordinii juridice a UE trebuie să se regăsească în Codurile penale ale statelor membre UE. În pofida acestora, există unele reglementări cu caracter penal ale instituțiilor UE, acestea stând la baza formării dreptului penal european.

Astfel, Tratatul UE a stabilit direcții de acțiune și forme de colaborare între state în combaterea crimei organizate transnaționale, elaborând regulamente, directive, decizii care au o influență în armonizarea legislațiilor naționale și în dezvoltarea între state pentru combaterea eficientă a unor infracțiuni grave care au efecte negative pentru întreaga comunitate: trafic de droguri, trafic de persoane, fapte de corupție, terorism, trafic de arme.

În cazul când, în care există contradicții între directivele UE și dreptul intern, urmează să se aplice directiva, care va influența astfel dreptul penal național, în procesul de armonizare.<sup>15</sup>

În situația în care apropierea actelor cu putere de lege și a normelor administrative ale statelor membre în materie penală se dovedește indispensabilă pentru a asigura aplicarea eficientă a unei politici într-un

---

<sup>13</sup> V. Păvăleanu, *Cooperarea judiciară în materie penală în cadrul Uniunii Europene*, în *Revista de Drept Penal*, Nr. 3 iulie-septembrie, București, 2009, p. 28

<sup>14</sup> M. Basarab, *Partea generală a Codului penal român într-o perspectivă europeană*, RDP, nr. 1/2004, p. 25.

<sup>15</sup> G. Paraschiv, *Considerații asupra Dreptului Penal al Uniunii Europene*, RDP, nr. 1/2009, București p. 48-49.

domeniul care a făcut obiectul unor măsuri de armonizare se pot stabili norme minime referitoare la definirea infracțiunilor și a sancțiunilor în domeniul drepturilor minorilor.

În fine, Parlamentul European și Consiliul, pot stabili măsuri pentru a încuraja și sprijini acțiunea statelor membre în domeniul prevenirii criminalității, excluzând orice armonizare a actelor cu putere de lege și a normelor administrative a statelor membre.<sup>16</sup>

1. Din moment ce statul membru a acceptat competența CJCE pentru a statua în privința validității și interpretării actelor vizate de art. 35 al TUE, aceasta este competentă de a răspunde chestiunii prejudiciale puse de către un judecător însărcinat cu anchete preliminare. Acționând în cadrul procedurii penale, acest judecător intervine de fapt în exercițiu unei funcții jurisdicționale, astfel că el este considerat ca o jurisdicție, în sensul acestui articol.

2. În virtutea art.46 lit. b) din TUE regimul prevăzut la art.234 CE are vocația de a se aplica și art. 35 TUE, sub rezerva condițiilor prevăzute la această din urmă dispoziție. Pornind de la art. 234 CE, art. 35 TUE subordonează sesizarea Curții cu titlu prejudicial cu condiția, că jurisdicția națională estimează că o decizie în privința aceasta este necesară pentru a emite o hotărâre, întrucât jurisprudența Curții privind acceptarea chestiunilor prejudiciale invocate, conform art. 234 CE este, în principiu, transpus cererilor referitoare la deciziile prejudiciale prezentate Curții în virtutea art. 35 al TUE.

3. Este dificil pentru UE de a îndeplini eficace misiunea sa dacă principiul cooperării loiale, care implică în special că statele membre iau toate măsurile generale sau particulare proprii de a asigura executarea obligațiilor conform Dreptului Uniunii Europene nu se impune în mod egal în cadru cooperării polițienești și judiciare în materie penală, figurând în titlu VI al Tratatului UE, care este de altfel întreg fondat pe cooperarea între statele membre și instituții.

4. Caracterul constrâns al Deciziei-cadru pe temeiul titlului VI al TUE, ce consacră cooperarea polițienească și judiciară în materie penală, este formulat în termeni identici celor din art. 249 al. III CE, în ce privește directivele. Se antrenează în funcție de autoritățile naționale, o obligație de

---

<sup>16</sup> V. Păvăleanu, *Cooperarea judiciară în materie penală în cadrul Uniunii Europene*, RDP, nr. 3/2009, București, 2009, p. 30.

interpretare în conformitate cu dreptul național. Astfel, aplicând dreptul intern, jurisdicția națională cheamă la interpretare acestuia este ținută de a face în toată măsura posibilă a textului și finalității deciziei-cadru cu scopul de a atinge rezultatul vizat de acesta și de a se conforma astfel art. 34, paragraful 2 lit. b) TUE. Obligația judecătorului național este de a se referi la conținutul deciziei-cadru în timp ce interpretează reguli pertinente în dreptul său național găsește, totodată, limitele sale în principiile generale de drept, și în particular, în cele ale securității juridice și non-retroactivității. Aceste principii se opun în special la ceea ce obligația poate să contribuie la determinarea sau agravarea pe baza deciziei-cadru și independent de o lege luată pentru punere în aplicare a acesteia, răspunderea penală a acestora care acționează în infracțiune conform acestor dispoziții. În același timp, principiul de interpretare conformă nu poate să servească ca fundament la o interpretare *contra legem* a dreptului național. Acest principiu cere, de altfel, ca jurisdicția națională să ia în considerație ansamblu dreptului național pentru a aprecia în care măsură acesta poate primi o aplicare astfel ca să nu ajungă la un rezultat contrar celui vizat de decizia-cadru.

CJCE a răspuns astfel :

Conform art. 34 paragraful 2, pct. b, UE și obligația de loialitate în privința UE, orice decizie-cadru obligă jurisdicțiile naționale chemate să interpreteze dreptul național se are în vedere dispozițiile anterioare sau posterioare deciziei-cadru, de a le face în toată măsura posibilului la lumina textului și finalității deciziei-cadru pentru a atinge rezultatul vizat de acestea.

Se convine de a interpreta art.2, paragraf 2, 3, și 8, paragraful 4 al deciziei –cadru 2001/220/JAI al Consiliului din 15 martie 2001, în sensul că se poate în funcție de circumstanțele particulare de speță, să întemeieze o obligație pentru jurisdicțiile naționale de a urma o procedură de administrare anticipată adaptate intereselor copilului, cu condiția că această procedură să fie conformă principiilor fundamentale a ordinii juridice în cauză, care cuprind drepturile fundamentale ale UE.<sup>17</sup>

### **Concluzii**

Crearea și consolidarea Dreptului Penal al UE este influențată de dreptul național al statelor membre atât în aspectele de drept material (traficul de droguri, crimele cibernetice, traficul de ființe umane, crimele

---

<sup>17</sup> Hotărârea C-105/03 procedura penală contra Maria Pupino.



organizate, pornografia infantilă) cât și prin elemente de drept procedural penal (stabilirea criteriilor minime pentru dreptul de interpretare și traducere, dreptul la informare și de a dispune de un apărător în procesele penale), precum și de cooperare judiciară în materie penală (mandatul de arest european, recunoașterea și punerea în executare a hotărârilor penale străine).

Dreptul penal al UE influențează drepturile penale naționale prin armonizarea în baza Tratatelor Uniunii Europene și Funcționării Uniunii Europene prin actele de drept derivat. Aceste acte facilitează cooperarea transnațională prin reducerea procedurilor, reducerea timpului pentru recunoașterea și punerea în executare a sentințelor penale.

În acest context, se impune delimitarea unei ramuri de distincte de drept penal al UE care să reglementeze principiile Dreptului penal al UE, metodele de aplicare al acestuia, cadrul normativ, instituțional și jurisdicțional atât la nivelul UE cât și al statelor membre.



UNELE PROPUNERI DE MODIFICARE  
A REGLEMENTĂRII ACTUALE ÎN MATERIE PENALĂ

SOME PROPOSALS TO AMEND  
THE CURRENT CRIMINAL ROMANIAN LEGISLATION

MIHAI DUNEA <sup>1</sup>

MARIA-IOANA MĂRCULESCU-MICHINICI <sup>2</sup>

**Rezumat:** Materialul de față reproduce, în linii generale, conținutul documentului elaborat și transmis (în luna mai a anului 2017) către Ministerul Justiției din România, de către cadrele didactice semnatare (în calitatea acestora de membre titulare ale Colectivului de Științe Penale din cadrul Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași), în cadrul procesului (întreprins de Ministerul Justiției) de evaluare *prima facie* și analiză a impactului de ansamblu produs în sistemul juridic național al României de noile reglementări (inclusiv de cele) în materie penală (intrate în vigoare la 1 februarie 2014). Prezenta versiune publicată a reformulat, pe alocuri, unele observații / propuneri și a înlăturat câteva erori materiale strecurate în redactarea inițială, lăsând neafectat fondul documentului și sistematizarea sa de ansamblu (aspect care explică absența aparatului critic).

**Cuvinte-cheie:** Codul penal român; Codul de procedură penală român; observații; propuneri *de lege ferenda*; necorelări / incongruențe legislative; optimizare normativă.

**Abstract:** This material reproduces the general content of the document elaborated and transmitted (in May 2017) to the Romanian Ministry of Justice, by the signatory teachers (in their capacity as members of the Criminal Sciences Chair of the Faculty of Law from the "Alexandru Ioan Cuza" University of Iași, Romania), in the process (carried out by the Ministry of Justice) of *prima facie* assessment and analysis of the overall impact produced in Romania's national legal system by the new regulations (including those) in criminal matters (in force since the 1st February 2014). This

---

<sup>1</sup> Lector univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, e-mail: mihai.dunea@uaic.ro.

<sup>2</sup> Conferențiar univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, e-mail: mimichinici@yahoo.com.

published version includes the reformulation of some observations / proposals and has removed some material errors from the initial drafting, maintaining unaffected the essence of the document and its overall systematization (aspect which explains the absence of the critical apparatus).

**Key words:** Romanian Criminal Code; Romanian Criminal Procedure Code; comments; *lex ferenda* proposals; legal inconsistencies; normative optimization.

### **Preliminarii**

Având în vedere Adresa Ministerului Justiției nr. 34108/2017, prin care se adresa invitația comunicării unor „eventuale observații în ceea ce privește soluțiile legislative cuprinse în cele patru coduri [anume: penal, de procedură penală, civil, de procedură civilă – n.n.], precum și propuneri de îmbunătățire a reglementării actuale”, ca parte componentă a procesului de analiză a impactului de ansamblu produs de noile reglementări (proces întreprins de către Ministerul Justiției), Colectivul de Științe Penale din cadrul Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași (prin intermediul unor cadre didactice membre), a formulat unele propuneri *de lege ferenda* care ar putea contribui la perfecționarea reglementării în domeniul dreptului penal.

Observațiile și propunerile enunțate au vizat, după caz:

- înlăturarea / asigurarea coerenței unor prevederi normative aflate, *de lege lata*, în contradicție sau care sunt incongruente (sub aspect substanțial sau/și formal);
- reformularea sau completarea unor dispoziții legale apte a genera interpretări neunitare sau necorespunzătoare, în vederea asigurării unei exprimări normative clare, coerente, logice și previzibile (premisă a unei practici judiciare unitare);
- regândirea unor soluții legislative discutabile / deficitare, implementate în dreptul penal pozitiv odată cu intrarea în vigoare a Codului penal actual și a Codului de procedură penală actual, sau aportate acestora prin modificările survenite ulterior intrării lor în vigoare (precum unele dispoziții *de lege lata* care nesocotesc imperative obiective, de ordin științific, existente în materia dreptului penal, reprezentând veritabile reguli ce se impun spre respectare inclusiv legiuitorul).

Pentru facilitarea parcurgerii observațiilor și propunerilor avansate, s-a urmat ordinea actuală a numerotării textelor din Codul penal, respectiv din Codul de procedură penală. Preponderente în cadrul materialului de față sunt observațiile și propunerile *de lege ferenda* care vizează dispoziții ale

Codului penal (și mai ales ale Părții generale a Codului penal); totodată, de principiu, nu s-a făcut aici referire la acele propuneri de modificare a legislației penale care au fost deja avute în vedere în proiectul de modificare a Codului penal și în expunerea de motive a acestui proiect, documente aflate în dezbatere publică și postate pe site-ul Ministerului Justiției<sup>3</sup> (aspecte vizând compatibilizarea unor soluții legislative cu decizii ale Curții Constituționale, sau aspecte de conformitate a reglementării interne față de standardul european de referință), accentul fiind așezat asupra altor chestiuni care, în opinia autorilor, sunt deficitare în actuala reglementare și reclamă (în egală măsură) atenția și revenirea legiuitorului asupra soluțiilor normative implementate în prezent.

1) Referitor la art. 2 C. pen. - Propunem ca dispoziția cuprinsă în alin. 3 (interdicția depășirii limitelor generale) să fie formal extinsă asupra tuturor categoriilor de sancțiuni de drept penal, în momentul de față exprimarea normativă referindu-se expres numai la *pedepse* (or, acest aspect s-ar putea interpreta în sensul în care interdicția depășirii limitelor generale nu se impune decât în privința *pedepselor* – a celor care, fiind relativ determinate, cunosc limite minime și maxime – iar nu și a celorlalte *sancțiuni de drept penal* – care, de asemenea, au prevăzute limite generale – ceea ce, obiectiv, nu se justifică). Astfel, nu doar (unele) pedepse cunosc limite (minim și maxim) generale, ci, de pildă, și *măsurile educative*. Or, rațiunile (naturale / obiective / firești / științifice) care impun în materia pedepselor respectarea cadrului general stabilit, sunt deopotrivă incidente și în raport de aceste alte sancțiuni de drept penal care, de asemenea, au stabilite limite generale. De altfel, denumirea marginală a art. 2 C. pen. vizează, în ansamblu, legalitatea *sancțiunilor de drept penal*, iar nu doar *legalitatea pedepselor*, iar dispozițiile alin. 1 și 2 din acest articol se referă la toate tipurile de sancțiuni de drept penal, nu doar la pedepse. În acest context, prevederea (aparent) limitativă din actualul alin. 3 al art. 2 C. pen. se situează într-o inexplicabilă lipsă de coerență, atât pe fond, cât și ca formă, în raport de dispozițiile de ansamblu ale textului normativ care recunoaște legalitatea sancțiunilor de

---

<sup>3</sup> Documentele în cauză pot fi accesate on-line, pe site-ul Ministerului Justiției, la adresa de internet (verificată pe 20 mai 2017): <http://www.just.ro/proiect-de-lege-pentru-modificarea-si-completarea-legii-nr-2862009-privind-codul-penal-a-legii-nr-1352010-privind-codului-de-procedura-penala-2/>.

drept penal ca principiu fundamental (general) al dreptului penal contemporan.

În plus, opinăm că norma din alin. 3 al art. 2 C. pen. ar putea fi îmbunătățită și prin adăugarea referirii la imposibilitatea *prevederii legale* a unor sancțiuni de drept penal în afara limitelor lor generale (în momentul actual, textul face trimitere doar la imposibilitatea *stabilirii*, respectiv a *aplicării* unor pedepse în afara limitelor lor legale generale). Completarea pe care o propunem ar clarifica faptul că dispoziția respectivă (expresie a principiului fundamental al legalității sancțiunilor de drept penal) se impune nu doar instanțelor (autorității judecătorești, în activitatea practică de aplicare a legii), ci și însuși legiuitorului viitor (autorității legislative, în activitatea normativă de elaborare și implementare a dreptului). Astfel, considerăm că legiuitorul penal are aptitudinea de a modifica limitele generale ale unei anumite categorii de sancțiuni de drept penal, dar nu poate ignora, el însuși, cadrul general astfel creat (nu poate stabili limite speciale ale aceluși tip de sancțiune de drept penal în afara limitelor generale fixate, după cum nu ar trebui să poată dispune nici o potențială depășire a limitelor generale în cauză ca efect al acțiunii unor cauze – generale sau speciale – de atenuare ori de agravare a răspunderii penale). În măsura în care, la un anumit moment dat, legiuitorul ar aprecia că limitele generale sunt necorespunzătoare, le poate modifica, în cadrul nou creat putând ulterior să stabilească limite speciale mai flexibile, ori efecte mai largi ale unor cauze de atenuare / agravare (dar, neapărat, cu respectarea noilor limite generale!). Cu alte cuvinte, fiind vorba despre un principiu fundamental al dreptului penal, regula potrivit căreia limitele generale ale unei anumite categorii de sancțiuni de drept penal nu pot fi depășite ar trebui să fie una față de care să nu poată exista excepții (să reprezinte o situație în care să nu fie incidentă regula de interpretare: *specialia generalibus derogant*). Pentru a contracara și pentru viitor o asemenea abordare (aparent justificată, dar în realitate – în această materie – incongruentă cu principiile de bază și legitățile obiective, științifice, după care funcționează dreptul penal), propunem inclusiv o completare a Constituției, pentru inserarea acestei reguli esențiale (și elementare) în însuși cuprinsul Legii fundamentale (garantând, astfel, o imperativă respectare a principiului, pentru viitor, chiar de către legiuitorul organic sau asimilat acestuia).

Pentru exemplificare, apreciem că o mai bună formulare a alin. 3 al art. 2 C. pen. ar putea fi exprimată astfel: „*Nicio sancțiune de drept penal nu poate fi prevăzută, stabilită și aplicată în afara limitelor generale ale acesteia*”.

Împrejurarea că *de lege lata* textul normativ analizat nu are o asemenea formă a condus la posibilitatea (dificil de calificat, din punct de vedere teoretic / științific), ca prin dispoziții ale O.U.G. nr. 18/2016 să se ajungă:

- a) la depășirea maximului general al pedepsei amenzii aplicabile persoanei juridice, prin instituirea unui maxim special superior acestui maxim general (a se vedea actuala formă a art. 345 alin. 6 C. pen. și a art. 356 alin. 3 C. pen.);
- b) la depășirea minimului general al măsurilor educative privative de libertate, prin (practic) instituirea unei excepții de la dispozițiile art. 128 C. pen. atunci când este incidentă o anumită cauză specială de atenuare (recunoașterea învinuirii, respectiv acordul de recunoaștere a vinovăției) – a se vedea forma actuală a art. 396 alin. 10 teza finală C. proc. pen., respectiv forma actuală a art. 480 alin. 4 C. proc. pen.

2) Referitor la art. 3, 5, 8-11 C. pen. - Propunem ca referirea expresă la *infracțiune* să fie formal extinsă asupra conceptului de *faptă prevăzută de legea penală* (*faptă incriminată*). Astfel, este cunoscut faptul că legea penală se poate aplica, uneori, chiar dacă fapta concret săvârșită nu constituie o *infracțiune* (în sensul strict al termenului, potrivit definiției infracțiunii – art. 15 C. pen.), ci doar o *faptă prevăzută de legea penală* (o *faptă incriminată*). De exemplu, conform art. 107 alin. 2 C. pen., se poate aplica o măsură de siguranță persoanei care a comis o *faptă prevăzută de legea penală*, nejustificată (chiar dacă aceasta nu poate fi calificată drept *infracțiune*, lipsind – de pildă – trăsătura esențială a imputabilității). De altfel, este de observat că în cuprinsul art. 2 alin. 1 C. pen., această diferență între conceptul de *infracțiune* și acela de *faptă prevăzută de legea penală* este corect surprinsă, aspect căruia ar trebui să i se asigure continuitate și în alte prevederi ale codului (actuala reglementare ridică posibilitatea invocării formale a lipsei de aplicabilitate a legii penale / a legii penale române, în raport de persoanele care au comis *fapte prevăzute de legea penală*, nejustificate, ce nu pot fi însă calificate juridic drept infracțiuni – ceea ce,

desigur, nu se poate considera, rezonabil, că a fost în intenția de reglementare a legiuitorului; cu toate acestea, inculpații ar putea invoca o aplicare analogică *in mala partem* a legii penale, procedeu – de principiu – interzis).

3) Referitor la art. 4 C. pen. – Propunem o luare în considerare a raportului dintre potențialul efect dezincriminator al unor decizii ale Curții Constituționale (ca efect al scoaterii din vigoare a unor norme de incriminare prin constatarea neconstituționalității acestora) – mai ales în condițiile în care actuala legislație penală admite dezincriminarea *in concreto* (așa-zisa *dezincriminare parțială*), iar nu doar pe aceea *in abstracto* (așa-zisa *dezincriminare totală*), spre deosebire de fosta legislație penală – și efectul neretroactiv al acestor hotărâri obligatorii *erga omnes* (conform Constituției). Astfel, este controversabilă interpretarea dispozițiilor art. 4 C. pen. într-un sens restrictiv (referire doar la efectul retroactiv al *legii de dezincriminare*), sau într-un sens extensiv (referire și la efectul retroactiv ce ar trebui recunoscut, în mod logic și echitabil, unei dezincriminări atrase de o decizie de neconstituționalitate, pronunțată de Curtea Constituțională). Susținem o modificare legislativă a art. 4 C. pen. care să includă expres referirea la retroactivitatea oricărui caz de dezincriminare (indiferent de modalitatea formală prin care a intervenit dezincriminarea) – în condițiile în care recunoaștem, totodată, limitele unui asemenea demers în raport de prevederile Legii fundamentale referitoare la caracterul exclusiv *ex tunc*, iar nu și *ex nunc* ale deciziilor C.C.R. În acest sens, propunem inclusiv o completare a textului art. 147 alin. 4 din Constituție, prin adăugarea unei excepții prin care să se admită efectul retroactiv al deciziilor C.C.R. prin care se abolește o normă de incriminare (al cărei conținut incriminator integral nu este preluat de o altă normă din legislația penală pozitivă – normă care să beneficieze de prezumția de constituționalitate), în acele cazuri în care legiuitorul nu intervine în termenul legal pentru a pune de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Legii fundamentale.

4) Referitor la art. 5 și 6 C. pen. – Propunem o luare în considerare (și o reglementare corespunzătoare, aparte) a specificului situațiilor de succesiune a reglementărilor în materie penală în raport de cazurile în care există o pluralitate de infracțiuni (mai ales în situațiile în care respectiva pluralitate



de infracțiuni are prevăzut un regim sancționator care implică două etape în vederea determinării sancțiunii penale rezultante).

Considerăm important a sublinia împrejurarea că, în contextul intrării în vigoare a Codului penal actual și al pronunțării unor hotărâri obligatorii privind reglementarea (de către acesta) a principiului *mitior lex* – prin decizii ale Î.C.C.J. (hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală), dar și prin decizia nr. 265/2014 a C.C.R. – o mare parte a doctrinei (incluzând și practicienii ai dreptului) a semnalat împrejurarea că prevederile legale cuprinse în art. 5 și 6 C. pen. vizează, cu predilecție, ipoteza aplicării legii penale mai favorabile în cazul săvârșirii unei infracțiuni unice, fără a surprinde corespunzător specificul presupus de ipotezele în care s-au comis mai multe infracțiuni, componente ale unor variate forme de pluralitate infracțională. Astfel, în anumite ipoteze concrete (precum, de exemplu, aceea în care s-au comis două infracțiuni concurente în timpul activității legii vechi, faptele fiind judecate de instanțe diferite, după intrarea în vigoare a legii noi, pentru una dintre ele identificându-se legea anterioară drept lege mai favorabilă, iar pentru cealaltă considerându-se legea nouă ca lege mai favorabilă, rămânând a se stabili, apoi, prevederile cărei legi sunt mai favorabile sub aspectul regimului sancționator aplicabil concursului de infracțiuni), trebuie acceptată ca evidentă realitatea obiectivă, potrivit căreia nu este efectiv posibilă o aplicare a unei singure legi, cu titlu de lege mai favorabilă, fără a se admite absolut nicio aplicare, combinată, a dispozițiilor cuprinse în cealaltă lege incidentă în cauză. Apreciem că acest tip de ipostaze ar trebui să își găsească reglementarea specifică proprie în cuprinsul art. 5 și 6 C. pen., pentru a nu se ajunge la blocaje și soluții discutabile, în urma încercării de adaptare la specificul unor cazuri (cele de aplicare a legii mai favorabile în caz de pluralitate de infracțiuni) a unei dispoziții normative în mod vizibil elaborată în considerarea unui alt tip de situație (de aplicare a legii mai favorabile în cazul comiterii unei singure infracțiuni – așa cum este art. 5 C. pen. actual).

Observăm că Proiectul actual de modificare a C. pen. (mai 2017) vizează completarea art. 5 C. pen., prin introducerea unui nou alineat (1<sup>1</sup>), în vederea compatibilizării prevederii normative cu decizia nr. 265/2014 a C.C.R. (care a impus o aplicare globală a legii penale mai favorabile, iar nu una pe instituții autonome), text care ar urma să aibă următorul cuprins: „*Pentru stabilirea și aplicarea legii penale mai favorabile nu este permisă*

*combinarea prevederilor din legi succesive*". De asemenea, observăm că formularea este generică (nu reiese o incidență limitată a acestei dispoziții, doar în cazul unor anumite tipuri de succesiuni normative, precum: de la un Cod penal, la un alt Cod penal, dar nu și în cazul altor tipuri de succesiuni normative, precum: de la un Cod penal, la același Cod penal, dar modificat / completat printr-un act normativ punctual), deși în Expunerea de motive a actualului Proiect al legii de modificare a Codului penal se insistă asupra faptului că această completare vizează punerea în conformitate a codului cu Decizia nr. 265/2014 a C.C.R., respectiv că prin această decizie s-a avut în vedere situația particulară a succesiunii în timp a două coduri penale, iar nu aceea a modificării unui cod printr-un act normativ care aduce modificări / completări punctuale. Pentru acest motiv, propunem ca soluția de completare normativă să reflecte în mod corespunzător acest aspect, ridicând altfel riscul de a fi interpretată extensiv (*in mala partem*), cu depășirea cadrului specificat în decizia C.C.R. nr. 265/2014 (care fundamentează, formal, modificarea legală, pentru asigurarea conformității).

De asemenea, este de observat că prin mai multe decizii obligatorii (pentru organele judiciare) ale Î.C.C.J. (hotărâri prealabile pronunțate de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală), referitoare la interpretarea art. 6 C. pen., în raport de conceptul de *maxim special al pedepsei prevăzute de legea nouă* (așadar, în raport de conceptul de *pedeapsă prevăzută de lege*, reglementat prin dispozițiile art. 187 C. pen.), s-a ajuns la implementarea unor soluții contradictorii, unele fiind corespunzătoare prevederii din art. 187 C. pen. (ex.: D. nr. 7/2014, D. nr. 8/2014, D. nr. 14/2014, ), în timp ce altele impun rezolvări care derogă, practic, de la acest text (ex.: D. nr. 6/2014, D. nr. 15/2015). De menționat că lipsa de corelare a acestor soluții (actualmente obligatorii pentru instanțe) nu este justificată de un criteriu unitar de apreciere, precum și că discrepanțele sunt determinate, în primul rând, de o insuficientă coerență legislativă (lipsa de corelare a prevederilor art. 6 C. pen. cu cele ale art. 187 C. pen., prin prisma unor instituții de drept penal – mai ales de drept penal general – care au natura juridică de cauze de atenuare / agravare: tentativa, circumstanțele atenuante / agravante, unele forme ale pluralității de infracțiuni, infracțiunea continuată, unele cauze speciale de atenuare / agravare etc.). În acest sens, s-ar impune o modificare a art. 6 C. pen., care, ținând cont de toate aceste aspecte, să asigure o coerență legislativă internă între acest principiu de

aplicare în timp a legii penale și alte instituții (prevederi) penale în vigoare (cu luarea în considerare a unor soluții echitabile și logice).

5) Referitor la art. 6 C. pen. – Propunem o completare a prevederilor legale care să ofere o soluție expresă și pentru cazurile (actualmente nereglementate expres) în care s-ar face trecerea de la pedeapsa detențiunii pe viață (aplicată potrivit legii vechi) la pedeapsa amenzii (prevăzută ca unică sancțiune de legea nouă). Împrejurarea că este extrem de puțin probabil să existe transformări atât de radicale nu constituie, în aprecierea noastră, un motiv temeinic pentru a nu se formula o soluție legală expresă în raport de situații teoretic posibile (și care și din punct de vedere practic nu sunt cu totul improbabile).

De asemenea, referitor la art. 6 alin. 6 C. pen., relevăm faptul că în doctrină s-au semnalat trei ipoteze concrete posibile legate de reglementarea legală în cauză, dintre care doar în două aceasta s-ar justifica, incidența sa în cea de-a treia fiind formal posibilă (în considerarea actualei redactări normative) dar contrară spiritului reglementării. Astfel, este posibil ca legea nouă să fie mai favorabilă decât cea veche *numai sub aspectul pedepselor complementare sau măsurilor de siguranță* și atunci când: a) legea nouă este mai favorabilă decât cea veche și sub alte aspecte, dar nu într-o măsură suficientă pentru a atrage incidența art. 6 alin. 1-5 C. pen.; b) legea nouă conține prevederi identice cu ale legii vechi sub toate aspectele, cu excepția celor privind pedepsele complementare / măsurile de siguranță (iar acestea sunt mai favorabile); c) legea nouă conține prevederi mai puțin favorabile decât legea veche sub aspectul altor sancțiuni decât pedepsele complementare / măsurile de siguranță, dar, în privința acestora din urmă, este totuși mai favorabilă decât legea veche (ex.: legea nouă prevede o pedeapsă principală mai drastică decât legea veche – care e mai favorabilă sub acest aspect decât legea nouă – dar legea nouă stipulează o durată mai scăzută de executare a pedepsei complementare). Susținem o modificare a art. 6 alin. 6 C. pen. care să excludă expres de la incidența acestei dispoziții ipotezele faptice care ar fi corespunzătoare ultimului tip de situații posibile astfel indicate.

6) Referitor la art. 9-11 C. pen. – Propunem o identificare normativă expresă a momentului în raport de care trebuie verificată acea calitate a infractorului

(după caz: de cetățean român / persoană juridică română, sau de cetățean străin / persoană fără cetățenie) necesară (alături de alte condiții) pentru a se atrage aplicarea în spațiu a legii penale române conform – după caz – principiului personalității, ori principiului realității sau principiului universalității. Astfel, în doctrină există discuții cu privire la acest aspect, putând fi formulate următoarele variante:

- a) calitatea să fie prezentă la ambele momente de referință (data săvârșirii infracțiunii, respectiv momentul judecării și al pronunțării hotărârii definitive);
- b) calitatea să fie prezentă cel puțin la unul din aceste momente – indiferent care;
- c) calitatea să fie prezentă cel puțin la unul dintre aceste momente – unul anume: c.1) fie data săvârșirii infracțiunii; c.2) fie data judecării și pronunțării hotărârii definitive.

În opinia noastră, prima soluție ar fi cea corespunzătoare (necesitatea verificării respectivei calități în ambele momente de referință), pentru rațiuni logice și pentru asigurarea unei simetrii firești (lipsind calitatea solicitată la oricare dintre momentele indicate, reiese că legea penală română nu mai poate fi aplicată persoanei în cauză în temeiul respectivului principiu, care presupune printre condițiile imperative de incidență, tocmai întrunirea calității în cauză a subiectului activ al infracțiunii). Menținerea dispozițiilor legale actuale, în absența unei precizări exprese referitoare la problema enunțată, ridică riscul unor viitoare interpretări și aplicări neunitare ale legii, cu privire la aplicarea acesteia în spațiu, pentru ipotezele de infracțiuni comise în afara teritoriului României.

7) Referitor la art. 9 alin. 2 C. pen. – Propunem o completare a textului legal, în sensul creării unei variante alternative suplimentare de aplicare a legii penale române indiferent de existența sau inexistența dublei incriminări, în cazul infracțiunilor de o gravitate medie sau scăzută (pentru care pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de până la 10 ani, ori amenda), dacă acestea au fost săvârșite în străinătate, de către un cetățean român sau de către o persoană juridică română, contra statului român, sau a unui alt cetățean român, ori împotriva unei persoane juridice române. În momentul de față, prin coroborarea dispozițiilor în materie de aplicare în spațiu a legii penale române, reiese că în situația în care un cetățean român sau o persoană

juridică română comite în străinătate o infracțiune îndreptată împotriva statului român, a unui cetățean român sau a unei persoane juridice române, dacă acea infracțiune este de gravitate medie sau scăzută (pedeapsa prevăzută de legea română este închisoarea de până la 10 ani, ori amenda) și s-a comis pe teritoriul unui stat care nu o incriminează, legea penală nu se poate aplica (în baza principiului personalității nu se poate aplica, deoarece lipsește întrunirea condiției dublei incriminări, solicitată de actualul art. 9 alin. 2 C. pen. pentru acest tip de infracțiuni, iar în baza principiului realității nu se poate aplica, deoarece infractorul este un cetățean român sau o persoană juridică română – aspect care apreciem că rămâne neschimbat chiar și în cazul în care infractorul ar avea dublă cetățenie: română și străină, deoarece pentru statul român, un cetățean propriu nu poate fi tratat drept străin, în calitate sa alternativă de cetățean al unui alt stat). Situația este profund inechitabilă, în condițiile în care, dacă aceeași infracțiune s-ar fi comis în străinătate, asupra unui cetățean român ori a unei persoane juridice române, de către un cetățean străin sau de către o persoană fără cetățenie, legea penală română ar fi avut incidență, în temeiul principiului realității. Prin urmare, reglementarea actuală prezintă aptitudinea de a conduce (în ipoteze de acest tip) la o mai facilă aplicare a legii penale române față de o categorie de persoane care nu sunt, ca regulă, destinate propriu-zise ale prevederilor legale emise de legiuitorul penal român, în materie penală (cetățenii străini ori apatrizii), decât categoriei de persoane care sunt destinate propriu-zise ale dispozițiilor penale românești (cetățenii români / persoanele juridice române). Apreciam că absurditatea și inechitatea profundă a situației relevate dispensează de argumentări suplimentare!

Considerăm că problema ar putea fi în mod corespunzător rezolvată prin adoptarea unei formulări a art. 9 alin. 2 C. pen. precum următoarea (exemplu): „În celelalte cazuri, legea penală română se aplică infracțiunilor [faptelor prevăzute de legea penală / faptelor incriminate ! – a se vedea propunerea de la punctul 2] care nu se consideră ca fiind săvârșite pe teritoriul României, dacă făptuitorul este cetățean român sau persoană juridică română și fapta este prevăzută ca infracțiune și de legea penală a statului pe al cărui teritoriu se consideră a fi fost săvârșită, ori dacă fapta a fost comisă într-un loc care nu este supus jurisdicției niciunui stat, sau dacă fapta a fost comisă împotriva statului român, ori a unui cetățean român sau a unei persoane juridice române”.

8) Referitor la art. 9 alin. 3 C. pen. – Propunem o modificare a textului legal cu privire la data de la care începe să fie calculat termenul în cuprinsul căruia se poate emite autorizarea prealabilă necesară pentru aplicarea legii penale române potrivit principiului personalității, anume: momentul declanșării urmării penale (în loc de *data solicitării autorizării*, astfel cum este reglementat acest moment *de lege lata*). Modificarea ar conduce la o limitare a posibilității de întrebuițare abuzivă / arbitrară a prevederii, prin identificarea unui moment precis de la care se face calculul termenului. Sub aspect procesual, susținem ideea identificării legale exprese a unor criterii care ar urma să fie întrebuițate pentru a se decide dacă autorizarea urmează a fi acordată sau nu, precum și a instituirii obligativității motivării deciziei procurorului competent a emite autorizarea (în special în cazul neacordării acesteia).

9) Referitor la art. 10 și 11 C. pen. – Propunem o completare a textelor legale astfel încât să fie vizate și persoanele juridice străine care comit în străinătate fapte prevăzute de legea română. Reglementarea actuală (care nu prevede această categorie de persoane printre făptuitorii față de care se poate aplica legea penală română în baza principiilor realității și universalității) creează, în opinia noastră, o criticabilă și inexplicabilă discriminare, apărând incongruențe între situația juridică a persoanelor juridice române care comit infracțiuni în străinătate, respectiv a persoanelor juridice străine care comit infracțiuni în străinătate (potențial îndreptate chiar împotriva statului român, ori a cetățenilor români sau persoanelor juridice române) – pe de o parte – precum și între situația juridică a persoanelor juridice străine care comit infracțiuni pe teritoriul României (și care, în aprecierea noastră, urmează a fi trase la răspundere penală conform art. 8 C. pen., indiferent de aspectul referitor la reglementarea, în propriul sistem de drept, a răspunderii penale a persoanei juridice), respectiv situația juridică a acestora atunci când săvârșesc infracțiuni în străinătate (potențial îndreptate chiar împotriva statului român, ori a cetățenilor români sau persoanelor juridice române) – pe de altă parte. Argumentul că nu toate sistemele naționale de drept reglementează răspunderea penală a persoanei juridice poate fi demontat, prin instituirea unor prevederi derogatorii punctuale (precum: excepția tragerii la răspundere penală a acelor persoane juridice care aparțin unor

state în care nu este reglementată instituția răspunderii penale a persoanei juridice; sau – exceptarea acestor persoane juridice de la aplicarea anumitor sancțiuni prevăzute de legea penală română, ca efect al angajării răspunderii lor penale: de pildă, dizolvarea; etc.). Argumentul potrivit căruia o asemenea prevedere ar fi lipsită de posibilități practice concrete de asigurare a executării sancțiunilor de drept penal care ar putea fi aplicate de către autoritățile române unor persoane juridice străine, poate fi, de asemenea, invalidat de multiple ipoteze posibile: persoana juridică pedepsită cu amenda ar putea să o execute voluntar; persoana juridică pedepsită (și) cu pedeapsa complementară a publicării hotărârii de condamnare ar putea să își vadă executată fără probleme deosebite această sancțiune penală; în anumite cazuri concrete, măsura de siguranță a confiscării anumitor bunuri ale persoanei juridice străine ar putea fi lesne adusă la îndeplinire de autoritățile române etc. De altfel, același din urmă argument ar putea fi invocat și cu privire la persoanele juridice străine care ar comite infracțiuni pe teritoriul României, caz în care, în raport de prevederile necondiționate ale principiului teritorialității, nu considerăm că ar fi de natură a împiedica aplicarea (chiar și formală) a legii penale române, potrivit art. 8 C. pen.

Totodată, propunem o completare a acestor texte normative, în sensul inserării unui termen similar celui reglementat la art. 9 alin. 3 C. pen. și în raport de prevederile art. 10 alin. 2 C. pen., respectiv a inserării unei dispoziții asemănătoare acestora și în structura art. 11 C. pen. Astfel, considerăm că este inexplicabilă, pe fond, soluția actuală, care supune unui termen autorizarea prealabilă necesară pentru aplicarea legii penale române în spațiu conform principiului personalității, dar nu impune o condiție asemănătoare și pentru aplicarea legii penale române în spațiu în temeiul principiului realității. De asemenea, este de neînțeles (și asimetric) ca o cerință asemănătoare să nu condiționeze aplicarea legii penale române în baza principiului universalității.

10) Referitor la art. 15 C. pen. – Propunem o revenire la definiția infracțiunii potrivit proiectului Codului penal (în varianta redactată de comisia de specialiști), potrivit căreia să fie menționate drept trăsături esențiale ale infracțiunii: *prevederea faptei în legea penală* (tipicitatea), *caracterul nejustificat* (antijuridicitatea) și *imputabilitatea*, fără o mențiune expresă a vinovăției. Astfel, după cum este bine-cunoscut în materie penală, prin

raportare la definiția infracțiunii și reglementarea de ansamblu din fostul Cod penal (Legea nr. 15/1968), funcția *vinovăției*, ca trăsătură esențială a infracțiunii, a fost preluată, în actuala reglementare, de trăsătura esențială a *imputabilității* (aptitudinea unei persoane de a comite cu vinovăție o faptă incriminată, de a i se reproșa săvârșirea acesteia de către stat), în timp ce funcția *vinovăției*, de element constitutiv al conținutului juridic al infracțiunii (menționat în cadrul definiției generale a infracțiunii) este mai mult decât aptă de încorporare în conceptul de *faptă prevăzută de legea penală (faptă tipică)*. Astfel, este evident că operațiunea de verificare a conformității unei fapte efectiv săvârșite (în realitatea obiectivă), cu modelul abstract descris (și interzis, prin aceasta) de legiuitor într-o normă de incriminare, se realizează atât sub aspectul întrunirii elementelor constitutive obiective (tipicitatea obiectivă), cât și a celor subiective (tipicitatea subiectivă).

Prin urmare, în formularea normativă actuală, care include expres și referirea la *vinovăție* în cadrul definiției infracțiunii, se realizează fie o descriere redundantă a conceptului de *infracțiune*, aptă a crea numeroase confuzii cu privire la numărul și identitatea trăsăturilor esențiale ale acesteia, fie o neîntemeiată scindare a trăsăturii esențiale a tipicității în două componente ale acesteia (tipicitatea obiectivă, exprimată prin referirea la *fapta prevăzută de legea penală*, respectiv tipicitatea subiectivă, exprimată prin referirea la *vinovăție*), ceea ce marchează o tehnică de reglementare neperformantă și contra-productivă (în condițiile în care referirea la această trăsătură esențială a infracțiunii – tipicitatea – sub ambele sale aspecte: obiectivă și subiectivă, s-ar putea realiza doar prin întrebuițarea conceptului de *faptă prevăzută de legea penală*). A se exprima doar a parte a unui concept de referință printr-o expresie care are aptitudinea de a indica întregul concept de referință, întrebuițând, suplimentar, un alt termen, pentru a completa referirea integrală la acel concept de referință, constituie, în mod evident (în opinia noastră) un procedeu legislativ criticabil, generator de neînțelegeri inutile, într-o materie care impune, prin însăși natura sa, o nevoie imperativă de maximă claritate. De altfel, actuala definiție a infracțiunii a fost constant, sistematic și intens criticată în literatura de specialitate apărută după intrarea în vigoare a Codului penal actual, aspecte de care considerăm că trebuie să se țină cont în perspectiva unor modificări ale codului.



11) Referitor la art. 16 alin. 6 C. pen. – Încurajăm și susținem identificarea unei soluții normative care să vizeze explicit și referirea la forma de vinovăție a intenției depășite (nu doar la intenție și culpă, așa cum rezultă din reglementarea *de lege lata*). Din moment ce legiuitorul penal actual a considerat oportun să reglementeze expres intenția depășită, ca formă de sine-stătătoare a vinovăției penale, este firesc a face referiri exprese care să o privească și pe aceasta, atunci când are în vedere crearea regulii generale privitoare la structura și conținutul laturii subiective a conținutului constitutiv al infracțiunilor. Menținerea actualei prevederi a art. 16 alin. 6 C. pen. poate conduce la dificultăți practice de fundamentare a unor hotărâri privind infracțiuni praeterintenționate, în condițiile în care infractorii condamnați ar putea reclama absența unei dispoziții legale exprese și precise (previzibile și pentru o persoană lipsită de pregătire juridică) din care să reiasă împrejurarea că latura subiectivă a unei anumite infracțiuni este praeterintenționată (sau și praeterintenționată) – cu atât mai mult cu cât există chiar în doctrină unele controverse referitoare la caracterul praeterintenționat (sau și praeterintenționat) al unor infracțiuni.

12) Referitor la art. 19 alin. 3 C. pen. – Propunem completarea dispoziției legale referitoare la prezumția de legitimă apărare cu precizarea că aceasta va fi incidentă și atunci când se respinge pătrunderea unei persoane (în condițiile prevăzute de lege) într-un *loc delimitat* ținând de o locuință (iar nu doar în ipoteza în care locul este *împrejmuit*, așa cum se dispune *de lege lata*). Soluția (reglementată și în art. 44 alin. 2<sup>1</sup> din fostul Cod penal) este logică și echitabilă, nefiind identificabile rațiuni rezonabile care să susțină diferențierea actuală care s-ar putea realiza între cele două categorii de locuri (în realitate, locația este aceeași, diferența constituind-o modul în care este ea separată de restul spațiului). Astfel, apreciem că nu se justifică, obiectiv, o mai eficientă protecție legală a persoanei care înțelege să-și separe proprietatea de spațiul exterior (public, sau privat al altei persoane) printr-o îngrăditură / împrejmuire (de pildă un gard), prin comparație cu persoana care înțelege să-și separe proprietatea într-o manieră simbolică (linie de demarcație vopsită pe pământ, plantarea unui gazon sau a altor piese de vegetație, montarea unei pancarte etc.).

13) Referitor la art. 30 alin. 5 C. pen. – Propunem modificarea (reformularea și completarea) dispoziției legale referitoare la cauza de neimputabilitate a erorii invincibile cu privire la caracterul ilicit al faptei. În momentul actual, plecând de la reglementarea *de lege lata*, în doctrină există discuții asupra problemei controversate referitoare la semnificația dispoziției legale indicate. În timp ce potrivit unui punct de vedere se susține că textul face referire la *eroarea asupra antijuridicității* (eroarea asupra unei cauze justificative – în condițiile în care se cunoaște caracterul de faptă prevăzută de legea penală a conduitei săvârșite, apreciindu-se doar, în mod incorect, că aceasta s-ar comite în prezența unei cauze justificative funcționale), potrivit unui alt punct de vedere, norma în cauză ar reglementa *eroarea de drept penal* (într-o accepție uzuală, necunoașterea caracterului ilicit al faptei semnifică o necunoaștere a împrejurării că respectiva conduită este penal tipizată – interzisă ca infracțiune / incriminată; interpretarea poate fi justificată și de succesiunea alineatelor în cuprinsul art. 30 C. pen., alineatul anterior – al patrulea – reglementând eroarea de drept extrapenal). Apreciind că legea penală se adresează tuturor destinatarilor săi (majoritatea, lipsiți de pregătire juridică elementară) – astfel încât termenii nedefiniți expres ar trebui să fie utilizați într-un limbaj comun – suntem de părere că dispoziția în cauză ar trebui să fie mai clară sub aspectul formulării. Totodată, considerând că există rațiuni solide și rezonabile pentru a recunoaște excepții de la regula *nemo censetur ignorare legem* (anume atunci când necunoașterea legii nu este imputabilă / reproșabilă subiectului de drept, fiind rezultatul unei situații obiective în care s-a aflat acesta), susținem recunoașterea legală drept cauză de neimputabilitate a erorii invincibile de drept (inclusiv) penal.

Prin urmare, în spirit eclectic, opinăm că art. 30 alin. 5 C. pen. ar trebui să cuprindă reglementarea erorii, cu titlu de cauză de neimputabilitate, atât atunci când este vorba despre o eroare invincibilă de drept penal (când făptuitorul nu cunoaște / cunoaște greșit existența incriminării faptei comise, din pricina unei împrejurări care nu putea fi în nici un fel evitată), cât și când este vorba despre o eroare inversă cu privire la o cauză justificativă (fie o eroare inversă de fapt, fie o eroare de drept în acest sens - atunci când făptuitorul crede, în mod greșit, dar sincer, că deși comite o faptă incriminată, o săvârșește în prezența unei cauze justificative care în realitate nu există / nu este incidentă). O reformulare explicită / mai clară a textului,

în acest sens, ar fi oportună, atât pentru asanarea doctrinei de o controversă existentă în prezent, cât, mai ales, pentru clarificarea prevederii normative pentru destinatarul obișnuit al legii penale.

O potențială formulare a normei care să asigure (din punctul nostru de vedere) dezideratul ante-indicat ar putea fi următoarea: „*Nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită ca urmare a necunoașterii sau cunoașterii greșite a caracterului infracțional al acesteia, din cauza unei erori de drept penal asupra prevederii / incriminării ori asupra unei cauze justificative, care nu putea fi în nici un fel evitată, ori din cauza unei erori de fapt asupra existenței unei cauze justificative*”.

14) Referitor la art. 31 C. pen. – Propunem completarea dispoziției legale referitoare la cauza de neimputabilitate a cazului fortuit, prin precizarea faptului că este vorba despre o împrejurare care nu putea fi în general prevăzută. Doctrina menționează constant caracterul general al imposibilității prevederii în ipoteza cazului fortuit (rațiune pentru care aceasta este singura cauză de neimputabilitate care produce efecte *in rem* – potrivit art. 23 alin. 2 C. pen.). Deși uneori se afirmă un caracter obiectiv / absolut al imposibilității de prevedere în situația cazului fortuit, apreciem că noțiunea *imposibilitate generală de prevedere* este mai potrivită, pentru a nu exclude efectele cazului fortuit pentru destinatarii obișnuiți ai legii penale (majoritari) în acele ipoteze atipice în care s-ar putea determina că o anumită persoană, mai prevăzătoare decât se poate în mod rezonabil solicita, ori deținând anumite cunoștințe la un nivel cu totul excepțional, a prevăzut totuși posibilitatea apariției împrejurării a cărei suprapunere peste activitatea desfășurată de o persoană a condus la apariția urmării incriminate.

Prin urmare, apreciem că o formulare legislativă de tipul următor ar fi mai adecvată decât cea actuală: „*Nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală al cărei rezultat e consecința unei împrejurări care nu putea fi, în general, prevăzută*”.

15) Referitor la art. 34 alin. 1 și art. 51 alin. 1 C. pen. – Propunem modificarea formulării legale a cauzei de nepedepsire a împiedicării producerii rezultatului / împiedicării săvârșirii faptei, pentru a înlătura unele neclarități stimulate de redactarea actuală (relevante de doctrină încă din perioada în care Codul penal actual se afla în etapa de *vacatio legis*). Astfel,

în forma actuală, ipoteza alternativă a *înștiințării autorităților* pare a atrage impunitatea chiar și în situația în care nu s-ar reuși, efectiv, a se acționa eficient pentru a opri consumarea infracțiunii (producerea rezultatului acesteia), inclusiv atunci când acest aspect nu ar fi imputabil celui care a comis fapta / care a participat la comiterea acesteia (de pildă, cazul unei reacții tardive a autorităților). Textul legal stipulează că: „Nu se pedepsește autorul care, înainte de descoperirea faptei, (...) a încunoștințat autoritățile de comiterea acesteia, astfel încât consumarea să poată fi împiedicată (...)” (s.n.) / „Participantul nu se pedepsește dacă, înainte de descoperirea faptei, denunță săvârșirea infracțiunii, astfel încât consumarea acesteia să poată fi împiedicată (...)” (s.n.). Desigur, o asemenea aparență este înșelătoare, deoarece instituțiile în cauză au natura juridică de cauză de nepedepsire *a tentativei*, respectiv aceea de cauză de nepedepsire *a tentativei* comise în participație penală (fiind, așadar, imperativă rămânerea infracțiunii la stadiul de tentativă, iar nu atingerea momentului consumării acesteia). Totuși, formularea fiind deficitară, mesajul recepționat de către un destinatar obișnuit (neinstruit juridic) al legii penale ar putea fi contrar voinței legiuitorului, motiv pentru care considerăm că o mai pronunțată claritate în formulare ar îmbunătăți reglementarea legală avută aici în vedere.

Considerăm că ar putea fi avută în vedere o formulare de acest gen: „Nu se sancționează penal autorul care, înainte de descoperirea faptei, s-a desistat ori a împiedicat consumarea infracțiunii, sau a încunoștințat autoritățile de comiterea acesteia, astfel încât consumarea a fost împiedicată”.

De menționat că înlocuirea expresiei *nu se pedepsește* cu formularea *nu se sancționează penal* (care reiese din propunerea avansată anterior) ar clarifica fără urmă de dubiu și faptul că o cauză de nepedepsire (de impunitate) constituie o instituție ale cărei efecte se produc în egală măsură și atunci când sancțiunea penală incidentă ar fi alta decât pedeapsa (anume, în cazul infractorilor minori, măsura educativă). În acest sens, propunem modificarea corespunzătoare și a altor dispoziții penale generale sau speciale care prezintă natura juridică de cauze de nepedepsire.

16) Referitor la art. 36 C. pen. – În ceea ce privește art. 36 alin. 1 C. pen., propunem modificarea formulării legale a procedurii de sancționare a infracțiunii comise în formă continuată, astfel încât să fie subliniat formal

caracterul de *spor* de pedeapsă, aplicabil într-un singur timp, al cuantumului de sancțiune care poate depăși, într-o anumită măsură determinată, maximul special al pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită în formă continuată. În formularea actuală, este posibilă interpretarea potrivit căreia sistemul de sancționare al infracțiunii continuate ar presupune o majorare a limitelor speciale de pedeapsă (mai precis, a uneia dintre aceste limite: maximul special), ceea ce apreciem a nu fi corect (putând ridica probleme inclusiv din perspectiva ordinii de valorificare a concursului de cauze de agravare, atunci când una dintre acestea este infracțiunea continuată). Considerăm că sistemul de sancționare proiectat de legiuitor pentru infracțiunea continuată este (pentru identitate de rațiune) similar celui existent în cazul în care s-au reținut circumstanțe agravante generale, or, exprimarea legiuitorului ar trebui să fie și ea similară celei întrebuintate în art. 78 alin. 1 C. pen. (*mutatis mutandis*, aceasta era și soluția la care se ajungea potrivit codificării penale anterioare, care făcea trimitere la sistemul de sancționare aplicabil concursului de infracțiuni – desigur, cu particularitatea că în cazul infracțiunii continuate pedeapsa se aplica într-un singur timp, nu în doi, precum la concursul de infracțiuni).

Astfel, în locul formulării *de lege lata*, propunem o exprimare legislativă de tipul: „În cazul comiterii unei infracțiuni în formă continuată, se poate stabili o pedeapsă până la maximul special al pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită. Dacă maximul special este apreciat ca neîndestulător, în cazul închisorii se poate adăuga peste acesta un spor de cel mult 3 ani, iar în cazul amenzii un spor de cel mult o treime (din respectivul maxim special)”.

Referitor la art. 36 alin. 3 C. pen., există discuții (controversă) în doctrină cu privire la natura juridică a instituției astfel elaborate [dată fiind și coroborarea acestui text cu unele dispoziții incongruente din Partea specială a Codului penal – de pildă: pe de o parte, art. 201 alin. 3 și 5, art. 205 alin. 4 și 5, art. 218 alin. 4 și 6, art. 219 alin. 3 și 6, art. 236 și art. 237 etc.; pe de altă parte, art. art. 218 alin. 3 lit. e) și alin. 6, art. 220 alin. 3 lit. c), alin. 4 lit. c), respectiv alin. 6, art. 221 alin. 2 lit. d) și alin. 6, art. 234 alin. 3 și art. 237, art. 235 alin. 3 și art. 237 etc.], conturându-se două opinii:

- a) aceea că prin dispozițiile acestui text normativ s-ar modifica însăși natura juridică a faptei comise, care ar fi ridicată de legiuitor de la stadiul de tentativă a unei infracțiuni, la acela de formă asimilată faptei

consumate (practic, se apreciază că norma generală în cauză ar transforma în infracțiuni de consumare anticipată infracțiunile complexe praeterintenționate pe conținutul lor calificat, atunci când s-ar produce rezultatul (mai grav) al acțiunii secundare (fără a se produce și rezultatul – mai puțin grav – al acțiunii principale);

b) aceea potrivit căreia natura juridică de faptă rămasă la stadiul de tentativă nu s-ar modifica în cazul tipurilor de infracțiuni indicate în art. 36 alin. 3 C. pen., ci doar că această normă ar reprezenta o dispoziție de derogare de la regimul sancționator ordinar al tentativei (sistemul diversificării prin reducerea sau înlocuirea limitelor de pedeapsă, în raport de limitele incidente în cazul infracțiunii respective, în formă consumată), implementând sistemul sancționator al parificării de pedeapsă pentru tentativele infracțiunilor complexe praeterintenționate pe conținutul lor agravat (atunci când s-ar produce doar rezultatul acțiunii secundare), în prezența cumulativă a unei derogări de la regula potrivit căreia relevanța juridică a tentativei unei anumite infracțiuni trebuie stipulată expres prin dispoziții speciale (excepție de la art. 33 alin. 1 și alin. 2 C. pen.).

Susținând soluția teoretică indicată în urmă (art. 36 alin. 3 C. pen. nu reprezintă o normă de modificare a momentului juridic la care se apreciază consumate unele infracțiuni, ci doar o dispoziție derogatorie de la regimul sancționator al tentativei în cazul anumitor infracțiuni), propunem fixarea expresă a acestei rezolvări în textul legal, printr-o formulare de tipul: *„Tentativa unei infracțiuni complexe săvârșite cu intenție depășită, dacă s-a produs numai rezultatul mai grav al activității secundare, se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru forma consumată a respectivei infracțiuni complexe (fără a mai fi necesară prevederea expresă a sancționării tentativei acelei infracțiuni)”*.

17) Referitor la art. 39 alin. 1 lit. b) și c) C. pen. – Propunem modificarea soluției normative adoptate *de lege lata* în ceea ce privește implementarea sistemului de sancționare al cumulului juridic cu spor obligatoriu și fix, în cazul concursului de infracțiuni sancționate cu pedepse principale individuale din aceeași categorie: închisoarea sau amenda (sistem care a dat naștere la numeroase critici venite din partea doctrinei și practicienilor, precum și la apariția unor cazuri ale căror soluții inechitabile –

disproporționate – au primit un *feed-back* negativ din partea mass-media). Susținem revenirea la sistemul cumulului juridic cu spor facultativ și variabil, sau cel puțin implementarea unui sistem de cumul juridic cu spor obligatoriu și variabil de pedeapsă (cu un minim al sporului mai redus decât cel actual, de 1/3 din cealaltă pedeapsă / suma celorlalte pedepse decât pedeapsa de bază).

18) Referitor la art. 43 alin. 2 C. pen. – Propunem modificarea soluției normative adoptate *de lege lata* în ceea ce privește soluționarea cu prioritate (sub aspect sancționator) a concursului de infracțiuni, urmată apoi de aplicarea regimului sancționator al recidivei postcondamnatorii, în ipoteza unui condamnat care comite, în stare de recidivă, un concurs de infracțiuni. Există o multitudine de argumente care pot susține această propunere (a căror dezvoltare ar depăși cadrul prezentului material), precum (în linii esențiale):

- a) Cronologic, prima formă de pluralitate de infracțiuni apărută, într-o asemenea situație, este recidiva, iar nu concursul de infracțiuni (care poate să apară chiar și cu o zi înainte de pronunțarea hotărârii definitive vizând a doua infracțiune comisă, cea din termenul secund al recidivei). Este firesc a acorda prioritate în sancționare formei de pluralitate de infracțiuni care, sub acest aspect (cronologic) a apărut prima.
- b) De altfel, ordinea cronologică de soluționare este aceea care, în mod firesc (și în lipsa unei prevederi exprese asemănătoare celei de la art. 43 alin. 2 C. pen.) se impune în cazul în care se comite un concurs de infracțiuni în stare de recidivă postexecutorie. Apare, prin urmare, ca asimetrică modalitatea de soluționare (în privința regimului de sancționare), a concursului de infracțiuni, sau a stării de recidivă – în cazul suprapunerii celor două în sensul comiterii unui concurs de infracțiuni în stare de recidivă – după împrejurarea (neesențială, din acest punct de vedere, în opinia noastră) că recidiva este una postcondamnatorie, ori una postexecutorie. (De altfel, și în cazul pluralității intermediare considerăm că prioritară este soluționarea stării de pluralitate intermediară, iar abia apoi a concursului de infracțiuni, de unde ar rezulta că recidiva postcondamnatorie reprezintă singura excepție – dificil de justificat – de la ordinea de soluționare a ipotezelor

în care după o condamnare definitivă, se comite un concurs de infracțiuni).

c) Soluționarea prioritară a concursului de infracțiuni comis în recidivă postcondamnatorie conduce la soluția profund discutabilă a potențialei valorificări, în cadrul sancționării potrivit regimului sancționator al recidivei postcondamnatorii, a unor pedepse dispuse pentru unele infracțiuni inapte a genera starea de recidivă (infracțiuni comise din culpă, ori de o gravitate abstractă redusă), dacă cel puțin una dintre infracțiunile concurente se află în stare de recidivă. De pildă, dacă (fiind întrunite condițiile primului termen al recidivei postcondamnatorii), condamnatul comite un concurs format din 4 infracțiuni, dintre care 3 din culpă și una intenționată / praeterintenționată (cu pedeapsa prevăzută de lege mai mare de un an), chiar dacă aceasta din urmă este cea mai puțin gravă dintre infracțiunile concurente (pedeapsa principală aplicată individual nu este pedeapsa de bază a concursului – eventual, este chiar o pedeapsă concretă cu amenda), totuși, pedeapsa rezultantă a concursului va fi adunată la restul care a mai rămas de executat din pedeapsa definitiv aplicată anterior, în soluționarea stării de recidivă postcondamnatorie (ceea ce apreciem a reprezenta un procedeu criticabil, care valorifică disproporționat, în detrimentul condamnatului, starea reală de pericolozitate manifestată de acesta). Adoptarea sistemului firesc (al soluționării cu prioritate a recidivei, iar abia apoi a concursului), ar evita integrarea în stare de recidivă a unor infracțiuni pe care legiuitorul nu înțelege să le aprecieze apte a genera o asemenea stare.

d) Dispoziția din art. 43 alin. 2 C. pen. determină, practic, o apreciere a termenului secund al recidivei ca fiind formată dintr-un concurs de infracțiuni, în condițiile în care definiția recidivei (art. 41 alin. 1 C. pen.) transmite mesajul potrivit căruia termenul secund al recidivei constă în comiterea unei noi *infracțiuni*, iar nu în *pedeapsa* aplicată pentru aceasta. Practic, astfel, se scindează (în mod criticabil) regimul raportării la termenul secund al recidivei: în vederea aprecierii existenței stării de recidivă, termenul secund rămâne reprezentat de *infracțiunea* săvârșită din nou și de pedeapsa abstractă prevăzută pentru aceasta, în timp ce, sub aspect sancționator, termenul secund al aceleiași



recidive tinde să devină *pedeapsa* concret aplicată (pedeapsa rezultantă) pentru concursul de infracțiuni.

19) Referitor la art. 52 C. pen. – Propunem completarea soluției normative adoptate *de lege lata* în ceea ce privește participația improprie cu prevederea expresă a formelor *intenție – intenție depășită, intenție depășită – culpă*, respectiv *intenție depășită – lipsă de vinovăție*. După cum am precizat și la un moment anterior, împrejurarea că în cuprinsul art. 16 C. pen. legiuitorul a înțeles să definească expres intenția depășită, ca formă de sine-stătătoare a vinovăției penale, obligă la luarea expresă în considerare a acesteia, în privința unor instituții în cazul cărora *praeterintenția* este în mod logic (și tradițional) asimilată (sub aspectul efectelor) cu intenția (situație admisibilă în lipsa unei mențiuni normative exprese, potrivit legislației penale anterioare, deoarece nu se definea legal expres intenția depășită, dar soluție criticabilă *de lege lata* – riscând să ridice excepția unei aplicări analogice a legii penale *in mala partem*).

20) Referitor la art. 62 alin. 3 C. pen. – Propunem completarea textului legal, pentru a se clarifica împrejurarea dacă respectivul criteriu de individualizare a pedepsei amenzii care însoțește pedeapsa închisorii (sub aspectul determinării cuantumului sumei corespunzătoare unei zile-amendă) este un criteriu special unic / singular, care înlocuiește, în acest caz, criteriile prevăzute în art. 61 alin. 3 C. pen., sau – dimpotrivă – dacă este un criteriu special suplimentar, care se adaugă prevederii în urmă indicate. Aceste discuții, apte a fi determinate de actuala formulare, pot conduce la o aplicare neunitară a legii. Susținem ca echitabilă și rezonabilă varianta potrivit căreia criteriul special este suplimentar, sens în care propunem o reconfigurare a textului legal în următoarea formă (sau una asemănătoare): „*La stabilirea cuantumului sumei corespunzătoare unei zile-amendă se va ține seama și de valoarea folosului patrimonial obținut sau urmărit*”.

21) Referitor la art. 64 alin. 1 și alin. 5 lit. a) C. pen. – Propunem modificarea textelor legale, în sensul clarificării situației persoanei condamnate la plata amenzii penale, care, din motive neimputabile, nu poate achita amenda și care își manifestă acordul de a presta o muncă neremunerată în folosul comunității, dar care, din pricina stării de sănătate,

nu poate, totuși, presta efectiv activitatea în cauză. În literatura de specialitate s-au conturat două direcții de interpretare și soluționare în materie:

- a) după un punct de vedere, în acest caz, instanța ar urma să înlocuiască amenda cu închisoarea;
- b) potrivit celeilalte opinii, în acest caz, instanța nu ar putea să înlocuiască amenda cu închisoarea, nefiind imputabilă condamnatului nici neplata amenzii, nici imposibilitatea prestării muncii neremunerate în folosul comunității.

Susținem ultimul punct de vedere indicat, deoarece adoptarea celeilalte opinii ar implica un act de discriminare nejustificată de temeieri obiective și ar fi și contra-productivă pentru stat (în loc să încaseze o sumă de bani, sau să beneficieze de un serviciu prestat în mod neremunerat, statul ar trebui să investească sumele de bani implicate de supunerea unei persoane la executarea unei pedepse privative de libertate). Propunem, prin urmare, o reformulare a textului art. 64 C. pen. din care să reiasă în mod clar această soluție.

22) Referitor la art. 65 C. pen. – Propunem revizuirea soluției legale care nu impune drept obligatorie pedeapsa accesorie a interzicerii dreptului de a fi ales în autoritățile publice ori în funcții electivă publice, precum și a dreptului de a exercita o funcție care implică autoritatea de stat, în condițiile condamnării la o pedeapsă principală privativă de libertate. Este de observat că, potrivit art. 65 alin. 1 C. pen., atunci când pedeapsa principală este închisoarea (aspect dedus din coroborare cu prevederile art. 65 alin. 2 și ale art. 54 C. pen.), formularea normativă poate fi interpretată în sensul în care interzicerea exercițiului drepturilor prevăzute la art. 66 alin. 1 lit. a) și b) C. pen. nu este obligatorie (că interzicerea exercițiului nici unui drept din cele indicate la art. 66 alin. 1 C. pen. nu este obligatorie), depinzând de dispunerea sau lipsa dispunerii interdicției respective cu titlu de pedeapsă complementară a interzicerii exercițiului unor drepturi. Este cunoscut faptul că pedeapsa complementară în cauză cunoaște atât un regim facultativ de aplicare (regula), cât și unul obligatoriu (excepția) - și că, inclusiv atunci când se reține comiterea unei infracțiuni în cazul căreia este incident regimul obligatoriu, de obicei, legiuitorul nu indică expres și imperativ un anumit drept / anumite drepturi al căror exercițiu trebuie să fie interzis. Prin urmare,

reiese că legea permite existența unor cazuri în care persoane condamnate la pedeapsa închisorii (inclusiv cu executare efectivă) pot să nu aibă formal interzis, pe parcursul executării pedepsei, exercițiul niciunui drept din cele indicate de art. 66 (nici măcar al celor două expres evidențiate anterior). Aceasta, corelată cu lipsa de prevedere în legislația electorală a unui impediment la dobândirea statutului de *candidat*, conduce la împrejurarea că – teoretic – pot exista condamnați la executarea efectivă a unei pedepse cu închisoarea care să poată revendica dreptul de a se înscrie drept candidați în diverse proceduri electorale (pentru a dobândi din drepturile specifice ale unui candidat, nicidecum pentru a putea miza în mod real pe câștigarea alegerilor, deoarece chiar în cazul improbabil al unui asemenea eveniment, mandatul odată confirmat ar înceta, automat, de drept, dat fiind statutul alesului – condamnat cu executare la o pedeapsă privativă de libertate). Bineînțeles, absurditatea unei asemenea ipoteze și prejudiciul profund de imagine pentru instituțiile democratice ale statului de drept, pe care îl poate genera, sunt (în opinia noastră) argumente suficiente pentru a reveni la stadiul reglementării unei minime pedepse accesorii obligatorii. Argumentul utilizat de legiuitor (referitor la jurisprudența C.E.D.O. care se situează pe o poziție de cenzură față de conceptul de *pedeapsă care operează de drept*) nu credem că poate fi întrebuițat în raport de exercițiul acestor două categorii de drepturi, fiind ilogic a se putea pretinde că este rezonabil ca un condamnat la pedeapsa închisorii cu executare să poată menține (chiar și formal) dreptul de a fi ales, ori de a exercita funcții implicând exercițiul autorității de stat!

În ceea ce privește art. 65 alin. 2 C. pen. (vizând pedeapsa accesorie atunci când pedeapsa principală ar fi detențiunea pe viață), se poate discuta despre o pedeapsă accesorie obligatorie, fără a se stabili expres, însă, numărul minim de drepturi al căror exercițiu urmează a fi interzis, nici componența exactă a acestora. Considerăm, de asemenea, că s-ar impune o intervenție legislativă care să stipuleze explicit că numărul minim este de două, anume aceleași (pre-indicate) care ar trebui interzise obligatoriu (în argumentarea noastră) și în cazul pedepsei închisorii. În plus, apreciem criticabilă discrepanța dintre alin. 1 și alin. 2 al art. 65 C. pen., în sensul că exercițiul dreptului străinului de a se afla pe teritoriul României nu poate fi interzis cu titlu de pedeapsă accesorie în cazul pedepsei principale a închisorii (soluție perfect firească), dar poate fi interzis cu acest titlu

(pedeapsă accesorie) în cazul pedepsei principale a detențiunii pe viață. Este de observat că, potrivit alin. 4 al art. 65 C. pen., imposibilitatea concretă / obiectivă a executării efective a acestei sancțiuni, potrivit titlului cu care a fost aplicată (pedeapsa accesorie executându-se, potrivit art. 54 C. pen., între momentul rămânerii definitive a hotărârii de condamnare și data executării sau considerării ca executată a pedepsei) l-a determinat pe legiuitor să dispună, practic, executarea sa într-o formă identică celei în care se execută pedeapsa complementară având același conținut (excepție face ipoteza executării de la data liberării condiționate, care este, de asemenea, criticabilă). Motivul pentru aceasta îl reprezintă faptul că, în mod nejustificat, legiuitorul actual nu concepe ca fiind compatibile pedeapsa principală a detențiunii pe viață și pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi (ceea ce vom propune, în continuare, a se modifica, de asemenea), motiv pentru care dispune executarea acestei interdicții cu titlu de pedeapsă accesorie, dar stipulează apoi executarea sa efectivă similar cu modul de executare a unei pedepse complementare.

Apreciind criticabile toată această situație normativă actuală, propunem modificarea art. 65 C. pen., în așa fel încât:

- a) pedeapsa accesorie constând în interzicerea dreptului de a fi ales în autorități publice sau în funcții electivă publice, precum și a dreptului de a ocupa o funcție implicând exercițiul autorității de stat, să fie obligatorie atât în cazurile în care pedeapsa principală dispusă este închisoarea, cât și detențiunea pe viață (exercițiul celorlalte drepturi indicate de art. 66 C. pen. urmând a putea fi interzis, după caz, cu titlu de pedeapsă accesorie, condiționat de interzicerea lor cu titlu de pedeapsă complementară a interzicerii exercitării unor drepturi);
- b) interzicerea dreptului străinului de a se afla pe teritoriul României să nu poată fi dispusă cu titlu de pedeapsă accesorie nici atunci când pedeapsa principală dispusă este închisoarea, nici atunci când este detențiunea pe viață (decât, eventual, în acest din urmă caz, de la momentul acordării liberării condiționate), ea urmând a putea fi dispusă (în ambele situații) doar cu titlu de pedeapsă complementară a interzicerii exercițiului unor drepturi.

23) Referitor la art. 67 C. pen. – În primul rând, propunem completarea formulării legale, pentru a preîntâmpina orice posibilă interpretare

tendențioasă (care, formal, ar putea invoca interdicția unei aplicări a legii prin interpretare analogică *in mala partem*). În momentul de față, dispoziția legală prevede regimul sancționator facultativ al pedepsei complementare a interzicerii exercițiului unor drepturi, atunci când pedeapsa principală stabilită este închisoarea *sau* amenda. Dat fiind faptul că legiuitorul penal reglementează ipoteze în care pedeapsa principală stabilită poate fi una cumulativă (închisoarea *și* amenda), formularea art. 67 alin. 1 C. pen. ar trebui să cuprindă expres și această alternativă. De exemplu, s-ar putea dispune: „*Pedeapsa complementară a interzicerii exercitării unor drepturi poate fi aplicată dacă pedeapsa principală stabilită este închisoarea, amenda ori închisoarea însoțită de amendă (...)*”.

În al doilea rând, după am precizat deja, considerăm criticabilă soluția legislativă actuală care nu permite dispunerea pedepsei complementare a interzicerii exercițiului unor drepturi atunci când pedeapsa principală aplicată ar fi detențiunea pe viață. Această rezolvare ar fi una logică în cazul în care, potrivit reglementării, detențiunea pe viață ar constitui o pedeapsă propriu-zis perpetuă (din punct de vedere abstract), care nu ar permite în nicio situație existența unei perioade postexecutorii în care să se poată executa pedeapsa complementară indicată. Însă, din moment ce legiuitorul reglementează detențiunea pe viață doar ca pedeapsă principală privativă de libertate *pe durată nedeterminată* (art. 56 C. pen.) - iar nu neapărat perpetuă - și din moment ce același legiuitor prevede instituții juridice care pot asigura o perioadă postexecutorie față de o pedeapsă cu detențiunea pe viață (înlocuirea acestei pedepse, acordarea liberării condiționate și considerarea ei ca executată ulterior acestui moment, grațierea), incompatibilitatea de principiu dintre detențiunea pe viață și pedeapsa complementară a interzicerii exercițiului unor drepturi nu își mai găsește justificare științifică, devenind – din contra – un impediment în calea unor mecanisme juridice cu aplicare coerentă (se ajunge, de pildă, la necesitatea de a se prevedea posibilitatea interzicerii cu titlu de pedeapsă accesorie – dar cu executare similară pedepsei complementare – a dreptului străinului de a se afla pe teritoriul României). În aceste condiții, milităm pentru lărgirea sferei de dispunere a pedepsei complementare asupra cazurilor în care pedeapsa principală dispusă este detențiunea pe viață, apreciind chiar că regimul acesteia ar trebui să fie obligatoriu în aceste situații.

24) Referitor la art. 69 alin. 3 C. pen. – Propunem completarea dispoziției legale cu referirea expresă la ipoteza infracțiunilor comise cu intenție depășită. Astfel, prevederea a fost preluată din fosta reglementare penală (art. 67 alin. 3 C. pen. 1968), în perioada activității căreia doctrina aprecia că indicarea expresă a formei de vinovăție a intenției implica și raportarea la forma de vinovăție a intenției depășite (cu argumentul logic că *primum delictum* constituia o infracțiune intenționată, așadar producerea unui rezultat mai grav – din culpă – nu putea conduce la o situație juridică mai favorabilă decât aceea în care s-ar fi găsit infractorul dacă acest rezultat nu se producea și fapta rămânea doar la stadiul unei infracțiuni intenționate). Însă, o asemenea argumentare, *de lege lata*, ar fi potențial viciată de împrejurarea că legiuitorul actual a inserat reglementări exprese cu privire la definirea intenției depășite, în art. 16 C. pen. Prin urmare, încercarea de a reține dispoziții legale referitoare la intenție și în cazul unor persoane care au comis infracțiuni cu intenție depășită, dacă acele dispoziții nu le sunt favorabile, s-ar putea lovi de invocarea interdicției interpretării analogice *in mala partem*.

25) Referitor la art. 75 alin. 2 C. pen. – Propunem o completare care să pună capăt discuțiilor și potențialei controverse referitoare la caracterul exclusiv *obiectiv* sau potențial mixt – *obiectiv* și *subiectiv* – al circumstanței atenuante judiciare prevăzute la lit. b) a textului. Referirea legală explicită fiind făcută la „împrejurări legate de *fapta* comisă, care diminuează gravitatea infracțiunii sau pericolozitatea infractorului” (s.n.), se poate formula aprecierea că s-au avut în vedere doar ipotezele de tip *obiectiv*, privind strict *fapta*, nu și cele de natură *subiectivă*, legate de *persoana* care a comis fapta. Pe de altă parte, trimiterea nu doar către diminuarea gravității infracțiunii, ci și către scăderea *pericolozității infractorului* ar putea justifica o interpretare a acestei potențiale circumstanțe atenuante drept una care vizează inclusiv aspecte de ordin personal / *subiectiv* (ceea ce ar reprezenta, în opinia noastră, o poziție echitabilă și justificată a legiuitorului penal). Propunem, ca atare, completarea expresă a textului în cauză, pentru a se referi la „(...) *împrejurări legate de faptă sau de persoană, care diminuează gravitatea infracțiunii sau pericolozitatea infractorului*”.

26) Referitor la art. 77 lit. a) C. pen. – Propunem adoptarea unei formulări explicite din care să reiasă dacă circumstanța agravantă avută în vedere urmează a se reține indiferent de tipul participației penale manifestate (indiferent de tipul formei de participație de pe pozițiile căreia s-a contribuit la comiterea faptei incriminate), ori dacă este incidentă numai în raport de cazurile de participație penală concomitentă (autor / coautori – complici concomitenți). Controversa doctrinară în această materie este îndelungată și poate fi identificată încă din perioada de activitate a fostului Cod penal. Cu toate acestea, legiuitorul codului actual nu a modificat cu nimic formularea (*săvârșirea faptei de trei sau mai multe persoane împreună*) ceea ce a determinat perpetuarea controverselor. Implicațiile pot fi urmărite și față de unele elemente circumstanțiale agravante, determinate, similare (*săvârșirea de către două sau mai multe persoane împreună*), care agravează răspunderea penală a unor infracțiuni anume (ex.: cazul violului – art. 218 alin. 3 lit. f C. pen.).

Dincolo de argumentul (relativ) de interpretare gramaticală care subliniază prezența termenului *împreună*, accentuând semnificația restrictivă a acestuia, referitoare doar la participația concomitentă, cu excluderea celei anterioare, apreciem că soluția astfel creionată decurge (mai ales) din rațiunile care au justificat opțiunea legiuitorului, de a prevedea această împrejurare drept circumstanță agravantă. Astfel, capacitatea sporită de înfrângere a rezistenței victimei sau a altor persoane, atitudinea de natură psihologică derivat din siguranța conferită de un număr sporit al făptuitorilor, augmentarea posibilităților de ștergere a urmelor infracțiunii și de asigurare a scăpării etc., constituie, toate, motive de reglementare a acestei agravante care subzistă numai în varianta restrictivă referitoare la participația concomitentă, nicidecum însă și în varianta de interpretare extensivă, vizând atât participația concomitentă cât și cea anterioară. În plus (fără a fi acesta un motiv de prim rang) trebuie observat că soluția pe care o susținem este și una *in bona partem* (în interesul făptuitorului).

Prin urmare, propunem o reformulare a art. 77 lit. a) C. pen. (și a unor dispoziții penale speciale similare), în sensul unei exprimări de tipul: „*săvârșirea faptei de trei sau mai multe persoane care acționează concomitent*”.

27) Referitor la art. 78 C. pen. – Propunem, în primul rând, modificarea referirii la *aplicarea* unei pedepse, cu referirea la *dispunerea* sau *stabilirea* unei pedepse. Astfel, operațiunea aplicării unei pedepse are o accepție strictă (de pildă, exclude ipoteza pronunțării unei hotărâri de amânare a aplicării pedepsei). Derivă că formularea expresă din art. 78 alin. 1 C. pen. este mai restrânsă decât poate fi rezonabil identificată voința legiuitorului (în cazul amânării aplicării pedepsei, instanța determină o pedeapsă concretă, pe care o stabilește, utilizând în vederea individualizării legale a acesteia inclusiv împrejurarea existenței unor circumstanțe agravante), textul trebuind, așadar, să fie interpretat extensiv (cu același pericol precizat și în raport de alte dispoziții legale exprese: posibilitatea invocării interdicției interpretării analogice *in mala partem*).

În al doilea rând, este de sesizat o incongruență cuprinsă în alin. 2 al art. 78, prin raportare la mecanismul de producere a efectelor unor circumstanțe agravante. Astfel, conform alin. 1, efectul reținerii unei circumstanțe agravante este posibilitatea instanței de a aplica un spor de pedeapsă care să depășească, într-o anumită limită, maximumul special al pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea comisă. În lumina acestei prevederi, apare deficitară dispoziția din alin. 2 care se referă la majorarea *limitelor* speciale. În realitate, doar maximumul poate fi depășit, sens în care legiuitorul ar trebui să revină, în mod corespunzător, asupra formulării.

28) Referitor la art. 83 alin. 3 și art. 91 alin. 2 C. pen. – Propunem extinderea raportării legale în cauză față de toate situațiile în care se poate ajunge la o pedeapsă principală cumulativă (închisoarea și amenda). Este de observat că, în timp ce textele invocate vizează doar împrejurarea în care amenda însoțește închisoarea, ca urmare a reținerii incidenței art. 62 C. pen., mai există și alte prevederi legale în baza cărora se poate ajunge la o pedeapsă principală cumulativă de acest fel [anume, dispoziții sancționatorii din materia pluralității de infracțiuni: art. 39 alin. 1 lit. d) și e) C. pen.; art. 43 alin. 1 C. pen.; art. 44 alin. 2 C. pen.]. Nu credem că legiuitorul urmărit, prin art. 83 alin. 3 și art. 91 alin. 2 C. pen., să limiteze cazurile de incidență a amânării aplicării pedepsei sau a suspendării sub supraveghere a executării pedepsei (cu soluțiile corespunzătoare punctual reglementate) doar la ipoteza pedepselor principale cumulate (închisoare și amenda) atinse prin recurgere la prevederile art. 62 C. pen., căci nu există rațiune logică pentru ca aceași



soluție să nu fie atinsă și în celelalte ipoteze în care amenda penală poate ajunge să fie cumulată închisorii.

29) Referitor la art. 86 alin. 3 C. pen. – Propunem radierea referirii legale la o hotărâre de *condamnare* (ca reprezentând o incongruență strecurată în exprimarea normativă), și înlocuirea acesteia cu raportarea la o hotărâre de *amânare a aplicării pedepsei* (la care reiese, cu evidență – din contextul de reglementare – că se face, de fapt, referire). Din moment ce amânarea aplicării pedepsei reprezintă, *de lege lata*, o soluție de sine-stătătoare din punct de vedere procesual penal (iar nu o opțiune alternativă subsecventă pronunțării unei hotărâri de condamnare – cum s-ar putea propune, ca alternativă mai potrivită, să se modifice reglementarea), reiese că supravegherea reglementată în art. 86 C. pen. vizează hotărârea de amânare a aplicării pedepsei (prin care s-a dispus respectiva supraveghere, pe durata unui anumit termen), iar nicidecum o hotărâre de condamnare (care, de altfel, nici nu există, într-o asemenea cauză).

30) Referitor la art. 88 alin. și 96 C. pen. – Propunem completarea prevederilor legale referitoare la revocarea amânării aplicării pedepsei / suspendării sub supraveghere a executării pedepsei, cu dispoziții exprese referitoare la modul de soluționare a ansamblului faptic comis în ipoteza nerevocării acestor instituții, ca urmare a deciziei instanței, în cazul în care revocarea ar fi facultativă (determinată de comiterea unei noi infracțiuni din culpă în termenul de supraveghere, plus alte condiții legale). Astfel, este de sesizat că, în timp ce legea dispune expres cum se va proceda în ipoteza optării pentru revocare, în caz de revocare facultativă a acestor instituții (art. 88 alin. 4 teza finală și art. 96 alin. 6 teza finală din C. pen.), nu același lucru se poate spune și despre situația în care instanța optează să nu revoce, ci să mențină amânarea aplicării pedepsei / suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei. Apreciem că se impune dispunerea expresă a soluției legale potrivit căreia, în acest caz, instanța trebuie să dispună o pedeapsă rezultantă pentru pluralitatea de infracțiuni comisă, a cărei aplicare să o amâne / a cărei executare să o suspende sub supraveghere. Considerăm că s-ar impune, de asemenea, în aceste cazuri, prevederi asemănătoare celor din art. 89 alin. 2 sau art. 97 alin. 2 C. pen. (în sensul că termenul de supraveghere al amânării aplicării pedepsei rezultante / suspendării

executării pedepsei rezultante rămâne a fi calculat încă de la data la care a început anterior să fie calculat termenul de supraveghere al primei amânări a aplicării pedepsei / suspendării sub supraveghere a executării pedepsei).

31) Referitor la art. 89 alin. 2 C. pen. – Propunem identificarea unei soluții normative care să asigure coerența între dispozițiile penale substanțiale și cele procesual penale în materia opțiunilor legale aflate la dispoziția instanței, ulterior unei anulări a amânării aplicării pedepsei. Doctrina a semnalat în mai multe rânduri incongruența flagrantă dintre prevederile art. 89 alin. 2 C. pen. și cele ale art. 582 alin. 3 C. proc. pen. Astfel, în timp ce din dispozițiile art. 89 alin. 2 C. pen. decurge explicit că instanța, ulterior anulării amânării aplicării pedepsei, poate dispune (din nou) amânarea aplicării pedepsei rezultante (în caz de concurs de infracțiuni, desigur, dacă sunt întrunite toate condițiile necesare pentru amânarea aplicării pedepsei, în raport de sancțiunea rezultantă) – decurgând, de asemenea, implicit (în baza argumentului *a fortiori*), că instanța ar putea dispune condamnarea cu suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei (dacă ar fi întrunite condițiile legale), ori condamnarea cu executare efectivă a pedepsei rezultante – art. 582 alin. 3 C. proc. pen. stabilește imperativ (în detrimentul infractorului) că instanța nu poate dispune decât o condamnare cu executare efectivă a pedepsei rezultante. Suntem de părere că în acest caz (de incongruență dintre o dispoziție substanțială și una formală / procesual penală, cu privire la o instituție de drept prezentând o natură juridică mixtă: de drept penal material și de drept procesual penal), prevalență ar trebui să i se acorde prevederii penale substanțiale, cu atât mai mult cu cât aceasta statuează o soluție mai flexibilă pentru instanță și (potențial) mai favorabilă pentru infractor. Drept urmare, milităm pentru modificarea corespunzătoare a art. 582 alin. 3 C. proc. pen., astfel încât dispoziția de formă să fie pusă de acord cu cea de fond privind problema sesizată aici.

32) Referitor la art. 91 alin. 3 C. pen. – Propunem completarea expresă a dispoziției legale cu referirea la imposibilitatea dispunerii suspendării sub supraveghere a executării pedepsei atunci când este vorba despre o înlocuire a pedepsei amenzii cu pedeapsa închisorii (cel puțin pentru ipoteza unei înlocuiri obligatorii, determinate de o neplată cu rea-credință – art. 63 C. pen.). Soluția a fost impusă în mod obligatoriu pentru instanțe printr-o

decizie pronunțată în rezolvarea unui recurs în interesul legii (decizia nr. 50/2007) de către Secțiunile Unite ale instanței supreme, în perioada de activitate a fostului Cod penal și este apreciată a își fi păstrat valabilitatea / obligativitatea și în prezent. O reglementare explicită, în textul normei, ar fi însă de preferat, pentru asigurarea previzibilității acesteia în raport de destinatarul obișnuit al legii penale.

33) Referitor la art. 105 C. pen. – Propunem inserarea unei dispoziții similare celor existente în cazul amânării aplicării pedepsei, sau suspendării sub supraveghere a executării pedepsei, referitor la o procedură de revocare facultativă a liberării condiționate, atunci când noua infracțiune (săvârșită în perioada liberării condiționate) ar fi una comisă din culpă (eventual, cu formularea unei condiții suplimentare, anume, ca în raport de pedeapsa rezultantă stabilită în sancționarea pluralității infracționale astfel configurate – pluralitate intermediară – să se mențină întrunite condițiile de acordare a liberării condiționate, referitoare la fracțiile minime de pedeapsă efectiv executată necesare pentru a se putea solicita liberarea condiționată). *Ubi eadem ratio, ibi idem jus!*

34) Referitor la art. 121 alin. 1 lit. d) C. pen. – Propunem înlocuirea referirii la *participanți* cu raportarea la *alte persoane alături de care a comis infracțiunea* (sau o formulare similară care să includă referirea la *autor* și *participanți*). O asemenea modificare a exprimării legale ar asigura o formală compatibilizare a dispoziției în raport de actuala viziune de reglementare a pluralității ocazionale de făptuitori, potrivit căreia autorul nu mai poate fi apreciat ca (simplu) *participant*, ci doar ca titular al calității de *autor*. Așadar, formal, actuala reglementare a art. 121 alin. 1 lit. d) C. pen. pare a avea în vedere această obligație ca fiind aplicabilă doar autorului (căruia să i se interzică a se apropia de participanții la săvârșirea infracțiunea, ori a comunica cu aceștia). Desigur, e rezonabil să apreciem că nu a fost în intenția legiuitorului să excludă de la dispunerea acestei obligații pe infractorul minor care a avut calitatea de participant (instigator / complice) la comiterea unei infracțiuni, căruia să-i interzică a se apropia de autorul al cărui participant a fost (sau să comunice cu acesta). De altfel, o dispoziție corectă sub acest aspect (vizând o interdicție similară care poate fi dispusă față de un infractor major) este înscrisă cu titlu de pedeapsă

complementară a interzicerii exercițiului unor drepturi / pedeapsă accesorie [art. 66 alin. 1 lit. n) C. pen. face referire la *persoanele cu care (sic!) a comis infracțiunea*].

35) Referitor la art. 137 alin. 3 C. pen. – Propunem precizarea expresă a momentului în raport de care urmează a se determina cifra de afaceri a persoanei juridice infractoare, pentru ca în raport de acest aspect să fie individualizat cuantumul sumei corespunzătoare unei zile-amendă. Există, desigur, opțiunea de a ne raporta la data săvârșirii infracțiunii, precum și aceea de a lua ca punct de referință momentul pronunțării hotărârii. În materia corespunzătoare referitoare la situația persoanei fizice, formularea legală este mai clară, făcând referire la *situația materială a condamnatului* (art. 61 alin. 3 C. pen.) – prin urmare, este vizat momentul pronunțării hotărârii. Pentru identitate de rațiune (și deoarece această soluție este logică și echitabilă, conformă cu rațiunile de politică penală care au determinat legiuitorul să instituie aceste duble coordonate în operațiunea de individualizare judiciară a pedepsei pecuniare), considerăm că aceeași interpretare / raportare trebuie să fie realizată și în cazul persoanei juridice (art. 137 alin. 3 C. pen.), împrejurare care ar putea fi mai clar consfințită printr-o precizare normativă explicită. Considerăm, totuși, că nici în acest caz, nici în acela al art. 61 alin. 3 C. pen. această precizare expresă nu ar trebui să includă referirea la persoana *condamnata*, deoarece acest lucru ar presupune, formal, excluderea individualizării judiciare a pedepsei amenzii în acele cauze în care instanța ar pronunța o hotărâre de amânare a aplicării pedepsei - aspect infirmat de dispozițiile art. 83 alin. 1 lit. a) C. pen., care permite amânarea aplicării pedepsei și atunci când pedeapsa ar consta doar în amendă.

36) Referitor la art. 153 alin. 2 lit. b) și art. 161 alin. 2 lit. b) C. pen. – Propunem modificarea prevederii legale, astfel încât să se stipuleze expres soluția imprescriptibilității (logică, dar formal neprevăzută *de lege lata*) și pentru toate infracțiunile care absorb în conținutul constitutiv tip sau derivat infracțiunea de omor, în măsura acestei absorbții (ex.: violența în familie, ultrajul, ultrajul judiciar etc.). Totodată, având în vedere definirea expresă a intenției depășite, ca formă de sine-stătătoare de vinovăție, potrivit art. 16 C. pen., propunem renunțarea la formularea vizând *infracțiuni intenționate*

*urmate de moartea victimei* (prin care potrivit legislației anterioare se făcea referire, într-adevăr, la faptele praeterintenționate având acest rezultat), și utilizarea expresiei *infracțiuni comise cu intenție depășită care au avut ca rezultat moartea victimei*.

37) Referitor la art. 154 alin. 2 C. pen. – Propunem elaborarea unei soluții normative exprese cu privire la împrejurarea existenței unor situații de excepție, în cazul cărora momentul la care se consideră săvârșite anumite categorii de infracțiuni, cu durată de desfășurare în timp, nu ar trebui a fi apreciat ca reprezentat de data epuizării, ci de aceea a consumării (eventual, deoarece în cuprinsul art. 154 aceasta este o problemă conexă, s-ar putea insera un articol aparte în cadrul Titlului X din Partea generală a C. pen., referitor la explicarea deplină a sensului noțiunii de *moment / dată la care se consideră săvârșită o infracțiune*, în funcție de diverse tipuri de infracțiuni). O parte a doctrinei a semnalat, încă din perioada activității fostului C. pen., că, deși – ca regulă – infracțiunile continue, continuate și de obicei trebuie apreciate ca săvârșite la momentul epuizării, iar nu la data consumării, această soluție ar urma să fie incidentă doar în raport de anumite instituții ale dreptului penal (ex.: data curgerii termenului de prescripție a răspunderii penale, data în raport de care se poate face aplicarea în timp a legii penale mai favorabile, data în raport de care se apreciază calitatea de infractor major sau minor a unei persoane fizice etc.). În schimb, se argumentează pertinent necesitatea ca, în raport de alte instituții de drept penal (unele care produc efecte în beneficiul infractorilor și care implică curgerea unor termene) aceleași categorii de infracțiuni să fie considerate ca săvârșite (din contra) încă de la data consumării, iar nu de la momentul epuizării (de pildă, așa s-ar impune în considerarea unor instituții precum: termenele de supraveghere ale amânării aplicării pedepsei, suspendării sub supraveghere a executării pedepsei, liberării condiționate; termenul de reabilitare). Într-adevăr, în raport de asemenea instituții, a aprecia că o infracțiune continuă, continuată sau de obicei este săvârșită tot la data epuizării, iar nu la cea a consumării, ar presupune (uneori) a crea o situație juridică mai bună unei persoane care comite o activitate infracțională mai gravă (dată fiind prelungirea sa în timp), prin comparație cu situația unei persoane care ar comite o infracțiune mai puțin gravă (fără durată atât de îndelungată de consumare). Practic, s-ar putea considera că, în anumite ipoteze, infractorii ajung să fie încurajați să

prelungescă în timp săvârșirea unei infracțiuni, numai pentru a beneficia de o situație juridică mai profitabilă, ceea ce nu poate fi în mod rezonabil admis. Pe de altă parte, a aplica acest raționament și a pronunța o hotărâre prin care unei persoane să i se aprecieze o infracțiune continuă, continuată sau de obicei (consumată în termenul unei instituții penale care produce efecte în favoarea sa, dar epuizată după împlinirea / trecerea aceluși termen) ca fiind săvârșită la data consumării, iar nu la cea a epuizării, se izbește de argumentul formal al încălcării prevederilor exprese din art. 154 alin. 2 C. pen., în lipsa oricărei dispoziții legale propriu-zise care să acrediteze o asemenea soluție. Prin urmare, rezolvarea propusă, deși logică și justificată, este formal vulnerabilă și ar necesita o intervenție expresă a legiuitorului, care să prevadă clar excepțiile de la momentul considerării momentului epuizării ca dată de săvârșire a unei infracțiuni continue, continuate sau de obicei. (În măsura în care s-ar da curs acestei propuneri, opinăm că ar trebui identificată o soluție corespunzătoare pentru instituția reabilitării, urmând a se decide dacă este mai oportună aprecierea ca viciată, în mod absolut, a unei condiții necesare pentru a opera reabilitarea – prin începerea comiterii unei asemenea infracțiuni în cursul termenului de reabilitare – sau dacă nu ar fi mai oportună dispunerea unei proceduri alternative, precum: întreruperea termenului de reabilitare odată cu momentul debutului comiterii unei infracțiuni continue, continuate sau de obicei, în respectul termen și reînceperea calculării acestuia, de la zero, odată epuizată acea infracțiune).

38) Referitor la art. 187 C. pen. – Propunem luarea în considerare a necesității de circumstanțiere și nuanțare a soluției normative impuse prin prevederile acestui text legal, deoarece semnificația legislativă actuală impusă conceptului de *pedeapsă prevăzută de lege* (corespunzătoare raportării la anumite instituții și prevederi legale penale) ocazională probleme de aplicare prin raportare la alte instituții și prevederi normative în domeniu. Legiuitorul penal ar trebui să flexibilizeze soluția aprecierii pedepsei prevăzute de lege (de care numeroase instituții penale își leagă aplicarea / incidența / efectele) ca fiind reprezentată exclusiv de pedeapsa indicată în abstract pentru fapta consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei. Soluția ar trebui menținută numai prin raportare la cazurile în care e justificată și rezonabilă (funcțională), iar nu în raport de orice instituție, pentru a nu conduce la

blocaje sau rezolvări absurde / contraproductive. Spre exemplu, se justifică întru-totul ca, în privința identificării existenței stării de recidivă, prin raportare la cerința de gravitate abstractă a infracțiunii ce reprezintă al doilea termen al acestei forme a pluralității de infracțiuni, legiuitorul să aibă în vedere acele infracțiuni pentru care a dispus pedeapsa închisorii de un an sau mai mare (pentru forma tipică – fapt consumat), indiferent dacă, pe caz concret, fapta respectivă a fost efectiv consumată, ori a rămas la stadiul de tentativă, ori dacă s-a comis sau nu în prezența unor circumstanțe atenuante. În schimb, atunci când se face, de pildă, aprecierea incidenței art. 6 C. pen., considerăm că în mod corect instanța supremă a statuat, printr-o decizie (H.P.) pronunțată de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, că urmează a se avea în vedere maximul special al pedepsei corespunzător faptei tentate, iar nu celei consumate (Decizia nr. 6/2014). Totuși, formal, soluția este criticabilă, prin aceea că nesocotește prevederea expresă din art. 187 C. pen. După cum am mai menționat și anterior, există o multitudine de asemenea decizii ale Î.C.C.J., care, în raportul dintre art. 6 C. pen. și art. 187 C. pen. (surprins prin prisma unor variate instituții penale), impun soluții contradictorii (incongruente), determinate tocmai de caracterul rigid și neperformant al reglementării actuale în materie, ce se impune, obiectiv, a fi adaptată unor ipoteze cu un specific pregnant.

Astfel, din ansamblul reglementării penale, se observă poziția legiuitorului de scindare a conceptului de *pedeapsă prevăzută de lege* în două categorii distincte (în pofida prevederii exprese din art. 187 C. pen.). Pe de o parte, într-o accepție, corespunzătoare (de pildă) determinării incidenței sau lipsei de incidență a unor instituții penale (precum recidiva), unele texte legale fac referire la noțiunea de pedeapsă prevăzută de lege într-un sens strict corespunzător normei actuale din art. 187 C. pen. În schimb, separat de acest aspect, în urma stabilirii incidenței sau lipsei de incidență a acelei instituții / prevederi, instanța se raportează la *pedeapsa prevăzută de lege* (anume aceea între ale cărei limite abstracte urmează a avea posibilitatea de stabilire a unei pedepse concrete, în considerarea unei anumite spețe determinate) ca fiind cea afectată (redușă sau majorată) ca efect al reținerii acțiunii cauzelor de atenuare sau de sporire a pedepsei (sens contrar prevederii din art. 187 C. pen.).

Deși doctrina nu a identificat încă un criteriu teoretic stabil (și cu privire la care să existe consens) în funcție de care sensul conceptului

analizat ar trebui stabilit fie astfel cum se regăsește astăzi indicat în art. 187 C. pen., fie într-un alt sens (diametral opus acestuia), legiuitorul ar trebui să încerce o soluție mai flexibilă și funcțională decât cea prezentă, în formularea din art. 187 C. pen., actuala reglementarea conducând deja la o serie de soluții criticabile (însăși jurisprudența obligatorie, menită să preîntâmpine aplicarea neunitară a legii, este neunitară cu privire la cazurile în care se admite incidența acestui text legal).

39) Referitor la art. 198 alin. 4 C. pen. – Propunem modificarea formulării *nu se pedepsește*, cu aceea: *nu constituie infracțiune*, în vederea atribuirii corecteii naturi juridice împrejurării constând în prinderea involuntară într-o încăierare a unei persoane, sau în prinderea în încăierare a persoanei care a încercat să îi despartă pe cei anterior angrenați în încăierare. Aceste ipoteze indică ipostaze speciale de înlăturare a caracterului penal al faptei, nu doar de simple cauze de nepedepsire (impunitate), și ar impune o consacrare legislativă pe măsură, în așa fel încât statutul unei asemenea persoane să nu poată fi - oficial - acela de infractor beneficiar al unei cauze de nepedepsire, ci acela de persoană care nu a comis o infracțiune!

40) Referitor la art. 345 alin. 6 și art. 356 alin. 3 C. pen., respectiv art. 396 alin. 10 teza finală și art. 480 alin. 4 teza finală din C. proc. pen. (a se vedea și propunerea de la pct. 1 a prezentului document) – Propunem revenirea de urgență în cadrul limitelor generale de pedeapsă / măsuri educative, actualmente încălcate prin dispozițiile acestor articole (situație cu totul inadmisibilă sub aspect obiectiv, științific, mai ales prin prisma prevederii inserate în art. 2 alin. 3 C. pen. – principiu fundamental al domeniului). Dispozițiile invocate conduc la instituirea nelegală a unor limite maxime speciale ale pedepsei amenzii pentru persoana juridică (pentru două infracțiuni: *nerespectarea regimului materialelor nucleare sau al altor materii radioactive*, respectiv *infectarea apei*) care sunt superioare maximului general al acestei categorii de pedeapsă, respectiv la coborârea sub minimul general al măsurilor educative privative de libertate (în situațiile în care devin incidente cauzele de atenuare constând în *procedura recunoașterii învinuirii*, respectiv *încheierea unui acord de recunoaștere a vinovăției*).

\*



Desigur, acestea sunt doar parte dintre propunerile care pot fi formulate în legătură cu acele aspecte ale actualei legislații penale care (în opinia autorilor) sunt perfectibile. Lor li se pot adăuga și alte observații de îmbunătățire a dispozițiilor din Partea generală a Codului penal, precum și numeroase propuneri *de lege ferenda* referitoare la prevederi cuprinse (la data elaborării prezentului material) în Partea specială a Codului penal, în Codul de procedură penală și în legi penale complinitoare / legi penale speciale / legi extrapenale care cuprind și dispoziții penale.

Spre exemplu, putem (re)indica<sup>4</sup> drept imperativă necesitatea de a se clarifica exacta (și corecta) natură juridică a unor dispoziții de incriminare

---

<sup>4</sup> Pentru amănunte referitoare la problematica în cauză, a se vedea și: M. Dunea, „*Unele probleme privind semnificația normativă a expresiei pedeapsă prevăzută de lege*”, articol publicat în volumul conferinței cu tema: „Intrarea în vigoare a noilor coduri. O primă evaluare” (15 aprilie 2016, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române) - articolul poate fi consultat on-line, în format electronic, la adresa de internet: <http://www.universuljuridic.ro/unele-probleme-privind-semnificatia-normativa-expresiei-pedeapsa-prevazuta-de-lege/>; 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*”, în volumul conferinței „160 de ani de învățământ juridic ieșean” (Facultatea de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, 23-25 octombrie 2015), 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*”, în *Revista de Științe Juridice* (Editura Universul Juridic, București), vol. 30 (2015), supliment (număr suplimentar) / 2015, p. 127-157 - articolul poate fi consultat on-line, în format electronic, la adresa de internet: <http://www.universuljuridic.ro/despre-claritate-si-obscuritate-normativa-in-materia-continutului-infracțiunii-atunci-cand-se-reglementează-tendințe-atenuante-sau-agravante-ale-legiuitorului-penal/>; M. Dunea, „*Observații privind raportul dintre opțiunile în determinarea naturii juridice a anumitor norme de incriminare și semnificația expresiei pedeapsă prevăzută de lege*”, 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 publică” (Facultatea de Drept a Universității „Titu Maiorescu” din București, 21-23 aprilie 2015), p. 750-758; Mihai 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*”, în *Journal of Public Administration, Finance and Law (JOPAFI)*, Nr. special (Special issue) 1 (2014), p. 112-126 - consultare on-line posibilă la adresa de internet: <http://www.jopafi.com/uploads/special-issue-1->

(precum: violența în familie – art. 199 C. pen., uciderea ori vătămarea nou-născutului săvârșită de către mamă – art. 200 C. pen.; furtul în scop de folosință – art. 230 C. pen.; ultrajul – art. 257 C. pen.; ultrajul judiciar – art. 279 C. pen. ș.a.) prin raportare atât la alte norme de incriminare corelative (infracțiuni contra vieții, integrității corporale și sănătății, infracțiunea de furt etc.), cât și (mai ales) în considerarea unor instituții generale de drept penal (precum: determinarea conceptului de *pedeapsă prevăzută de lege* în sensul art. 187 C. pen.; determinarea sferei infracțiunilor imprescriptibile, precum și determinarea duratei termenelor de prescripție a răspunderii penale în cazul infracțiunilor prescriptibile; existența stării de recidivă și a altor forme ale pluralității de infracțiuni – dar și a unor forme de unitate infracțională; aplicarea legii penale în timp și spațiu; regimul sancționator al infractorilor minori sau al persoanei juridice; ordinea priorităților de valorificare în caz de concurs de cauze de atenuare și/sau agravare a răspunderii penale; posibilitatea beneficiii de incidența unor instituții de individualizare – renunțarea la / amânarea aplicării pedepsei; participația penală; incidența actelor de clemență; determinarea competenței organelor judiciare etc.).

Astfel, unele dispoziții de incriminare (precum cele la care am făcut referire, exemplificativ), ridică problema (controversată ori controversabilă) a precisei lor calificări juridice, putându-se contura mai multe opțiuni posibile. După caz, este vorba despre: forme derivate (prin atenuare sau agravare) a unor incriminări autonome; incriminări de sine-stătătoare, construite normativ prin derivare autonomă de la o bază de reglementare reprezentată de alte norme de incriminare (distincte); cauze speciale de atenuare sau agravare a răspunderii penale! Bineînțeles, opțiunea pentru una dintre aceste naturi juridice posibile ale unor prevederi incriminatoare va determina efecte substanțiale, corespunzătoare, în interacțiunea acelei norme cu alte norme penale speciale, precum și cu instituții generale de tipul celor deja indicate (de unde derivă și importanța deosebită a chestiunii pe care o semnalăm astfel).

---

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*”, în volumul Conferinței Internaționale „Uniformizarea dreptului: efecte juridice și implicații sociale, politice și administrative” (Facultatea de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, 23-25 octombrie 2014), p. 696-704.



**LA GLORIFICATION DU TERRORISME PAR  
L'INCRIMINATION AU STADE DES ACTES  
PREPARATOIRES. L'EQUITE DANS L'APPROCHE DE  
L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE DE TERRORISME**

Deuxième partie<sup>1</sup>

**MONICA-MARCELA DINU-BAKOS<sup>2</sup>**

**Résumé:** La menace terroriste demeure de plus en plus présente. La glorification de ce phénomène par le législateur pénal est donc inévitable. Les actes terroristes sont commises également par des individus isolés qui ne s'appuient sur aucune structure organisée et donc agissent seuls par une préparation individuelle de leur faits. L'article 421-2-6 du Code pénal français prévoit un acte de terrorisme qui consiste en la préparation d'une infraction en lien avec cette entreprise individuelle. Cette disposition légale pénale permet de démarrer la répression en amont du commencement proprement dit de l'exécution, c'est à dire au stade de la simple préparation, sous certaines conditions, et des lors qu'elle est, de façon intentionnée, en relation avec une entreprise individuelle ayant comme but de troubler gravement l'ordre public par voie d'intimidation, ou terreur. L'aspect sensible du côté de l'équité en ce qui concerne cette réglementation pénale est le fait que l'entreprise individuelle permet de sanctionner le comportement qui est seulement susceptible de produire un résultat dangereux, indépendamment de la réalisation d'un résultat effectif. Par exemple, le principe de légalité des délits et des peines qui demeure une manifestation de l'équité en droit pénal soulève quelques problèmes dans ce contexte, du point de vue des certains pénalistes, due au caractère équivoque de cette définition légale. Comment prouver l'élément intentionnel en dehors du commencement de l'exécution de l'infraction? En se fondant sur les actes

---

<sup>1</sup> Cette publication représente la deuxième partie de notre analyse sur l'incrimination au stade des actes préparatoires et sur l'équité dans l'approche de l'entreprise individuelle de terrorisme. La première partie a été publiée en France dans le volume dédié aux interventions du Colloque des jeunes pénalistes francophones – Troisième édition „La prévention et le combat du terrorisme par des moyens du droit pénal”, qui a eu lieu le 14-17 décembre 2016, à Iași, Roumanie.

<sup>2</sup> Docteur en droit à l'Université de Nantes, Faculté de Droit et des Sciences politiques, Université de l'Ouest Timișoara, Faculté de Droit.

préparatoires? Qu'est-ce qu'il se passe avec le droit de l'accusé d'être présumé innocent? L'analyse de la nature et l'intensité du lien entre l'incrimination prévue par l'article 421-2-6 du Code pénal et les infractions terroristes s'avère très importante de ce point de vue.

**Mot-clés** : actes préparatoires, actes terroristes, principe de légalité des délits et des peines, la présomption d'innocence, entreprise individuelle du terrorisme.

### **3. La nature et l'intensité du lien entre l'incrimination prévue par l'article 421-2-6 du Code pénal et les infractions terroristes (continuation)**

La préparation prévue par l'article 421-2-6 du Code pénal français contient des éléments qui la caractérisent comme: le fait de détenir, de rechercher, se procurer, fabriquer des objets ou des substances de nature à créer le danger pour autrui, mais on peut facilement observer le texte de la loi n'est pas assez claire et encore plus, nous pouvons nous poser des questions comme: « quelle est l'intensité du danger susceptible d'être créé ? En plus le danger ne doit pas être *sure*, mais il doit être *probable*, c'est le sens suggère par le mot *susceptible*. Qu'est-ce qu'il signifie l'expression: *des objets de nature à créer le danger pour autrui* ? Mieux dire : est-ce que ça implique une définition extensive ou restrictive? En final l'analyse va dépendre beaucoup des autorités compétents et de leur façon d'analyser la situation *in concreto* et non pas de la description de la loi pénale.

La peine applicable au délit prévu par l'art. 421-2-6 du Code pénal français par rapport aux peines prévues pour certains délits consommés comme: le vol qui est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende s'il est simple, ou de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende « lorsqu'il est commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice, sans qu'elles constituent une bande organisée »<sup>3</sup>, peut soulever une problème de disproportion qui demeure évidente à notre avis.<sup>4</sup> L'équité par voie de la proportionnalité des peines susceptibles d'être appliquées est écarte en ce contexte. Il ne faut pas mettre en ombre l'aspect que l'incrimination vise des actes préparatoires en permettant de mettre en

---

<sup>3</sup> Alors que le vol demeure un fait plus grave qu'une simple consultation de contenus terroristes par l'individu, sans qu'ils soient accompagnés même d'une tentative de commission.

<sup>4</sup> Article 311-4 Code pénal français, voir les autres hypothèses.

prison l'individu pour la seule consultation de contenus terroristes sans qu'ils soient accompagnés de tentative de commission de ces actes.

La préparation se caractérise également par des autres faits matériels comme: «recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux, ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou personnes.» Dans une telle hypothèse qu'est-ce qu'il va se passer avec les journalistes de bonne foi qui mènent des investigations ? La loi devrait peut-être prévoir des clauses d'exception comme l'hypothèse des journalistes de bonne foi soit des chercheurs de bonne foi, ou doctorants, implicitement, la loi devrait être un plus claire dans cette délimitation. En ce qui concerne l'activité de consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie on considère qu'il peut viser également l'hypothèse des journalistes et chercheurs de bonne foi également dans la situation d'avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes.

Il existe un renvoi récent au Conseil constitutionnel sur la consultation habituelle d'un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie. Il concerne la nécessité et la proportionnalité de cette atteinte au principe de la liberté de communication et soulève une question prioritaire de constitutionnalité<sup>5</sup> fondée sur l'observation que «cette incrimination est contraire aux articles 1er, 5, 6, 8, 9, 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 34 de la Constitution et aux principes de légalité des délits et des peines, de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique, d'accès à l'information, de liberté de communication et d'opinion, de nécessité des peines, d'égalité des citoyens devant la Loi et de la présomption d'innocence.

---

<sup>5</sup> Par l'Arrêt n° 5797 du 29 novembre 2016 (16-90.024) - Cour de cassation - Chambre criminelle, disponible sur

[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/qpc\\_3396/5797\\_29\\_35631.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/qpc_3396/5797_29_35631.html).

L'article visé incrimine et punit la consultation habituelle sans définir les critères permettant de qualifier une consultation d'habituelle, ne prévoit une exception de bonne foi sans en définir les contours et n'apporte aucune définition de la notion de terrorisme, en ce qu'il atteint à la liberté de communication et d'opinion de tout citoyen en punissant d'une peine privative de liberté la seule consultation de messages incitant au terrorisme, alors même que la personne concernée n'aurait commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder, l'article crée une rupture d'égalité entre les personnes ayant accès à des tels messages, images ou représentations par un service de communication en ligne et celles y ayant accès par d'autres moyens et supports qu'un service de communication en ligne, et il crée une rupture d'égalité entre les citoyens souhaitant bénéficier d'un accès à de tels services et ceux dits "de bonne foi" ou autorisés expressément par la Loi, il punit de deux années d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la seule consultation, même habituelle, d'un service de communication en ligne, il institue une présomption de mauvaise foi déduite de la seule consultation de ces services de communication en ligne.»

Ce sont en effet des droits et libertés fondamentaux qui sont visées dans leur existence et donc il existe un manquement d'équité de l'incrimination, aspect qui demeure prouvé par le fait que le Conseil constitutionnel a été saisi pour se prononcer sur la nécessité et la proportionnalité de cette atteinte au principe de la liberté de communication. Dans ce cas, le caractère sérieux de l'envoie était fondé sur deux arguments : « la disposition contestée incrimine la seule consultation habituelle de contenus, provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie, qui montrent la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie », et également : « si trois des exemptions prévues par le texte, à savoir que la consultation est faite dans le cadre de l'exercice d'une profession ayant pour objet d'informer le public, qu'elle intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou qu'elle est réalisée afin de servir de preuve en justice, sont précisément définies, il pourrait n'en

être pas de même de la première exemption prévue, relative à la consultation habituelle de bonne foi »<sup>6</sup>

Le Conseil constitutionnel avait motivé que « les pouvoirs publics peuvent déjà « contrôler » les sites, « surveiller » leurs visiteurs et les « sanctionner » lorsqu'ils risquent de passer à l'action, et ce « avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution ». <sup>7</sup> Donc, « l'atteinte à la liberté de communication portée par ce délit n'est ni adaptée, ni proportionnée, puisqu'il « n'impose pas que l'auteur ait la volonté de commettre des actes terroristes », pas plus qu'il adhère « à l'idéologie exprimée » sur ces sites.

En retournant au notre sujet qui ne se retrouve pas loin de l'hypothèse visée par le QPC pour l'article 421-2-5-2 du Code pénal, nous pouvons constater que l'approche du droit pénal français demeure parfaitement justifiée du côté du devoir de prévention parce que la perversité des actes terroristes prenne divers formes pour frapper au final l'ordre et la sécurité publique. Cet argument impose effectivement ce type d'incrimination extensive, en amont des faits terroristes.<sup>8</sup> Cependant, l'incrimination peut soulever des questions sensibles comme: le

---

<sup>6</sup> L'Arrêt n° 5797 du 29 novembre 2016 (16-90.024) - Cour de cassation - Chambre criminelle, disponible sur [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/qpc\\_3396/5797\\_29\\_35631.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/qpc_3396/5797_29_35631.html).

<sup>7</sup> Voir [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2016611qpc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2016611qpc.htm), Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017.

<sup>8</sup> L'incrimination s'applique à la préparation de la commission des infractions suivantes : « 1° les actes de terrorisme comme les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définis par le livre II du Code pénal français, 2° des actes de terrorisme comme: les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique définis par le livre III du Code pénal français, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ; 3° des actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2 du Code pénal français selon lequel constitue également un acte de terrorisme, lorsqu'il est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel, lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes. ».



manquement de l'équilibre entre cette forme de prévention pénale (bien justifiée par rapport à l'évolution et par l'imprévisibilité des démarches terroristes) et l'activité de combattre et de réprimer les terroristes qui sont des personnes qui bénéficient des droits et des libertés propres, même en ces situations particulières? En effet, le contexte général reste celui de l'Etat de droit, celui de l'équité dans le traitement pénal des individus et il faut toujours équilibrer la force des mesures répressives envisagées par l'Etat.

Ils existent donc des effets négatifs sur le principe de légalité des délits et des peines, mais aussi sur le principe de la présomption d'innocence suite à l'équivoque des textes des lois. Ces principes sont des éléments essentiels par l'intermédiaire desquelles l'équité fait sentir sa présence dans le droit pénal et processuel pénal. C'est une sorte de *glorification du terrorisme* qui mène à l'incrimination des actes préparatoires, où on peut affirmer que l'exception terroriste permet de justifier, dans une certaine manière, une telle approche préventive de la loi pénale matérielle parce que le champ d'application vise la préparation des actes terroristes les plus graves et les plus violentes.

Certains pénalistes<sup>9</sup> soulignent « l'équivoque de cette incrimination qui porte pratiquement atteinte au principe de légalité des délits et des peines et au principe de la présomption d'innocence: il se pose la question comment prouver l'élément intentionnel en dehors d'un commencement d'exécution sinon en se fondant sur les actes préparatoires eux-mêmes? A défaut de pouvoir prouver l'intention de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation, ou la terreur, par d'autres moyens, on sera tentés d'établir à partir du fait de détenir des objets de nature à créer un danger pour autrui et de se rendre en Syrie ou de consulter des sites internet sur le Djihad : journalistes et chercheurs pourraient alors être les premiers suspects !»<sup>10</sup>

C'est la raison pour laquelle la loi pénale doit délimiter certaines expressions et mieux les préciser et offrir un contenu plus concret à ses notions.

Encore un évènement qui soutient nos observations est intervenu le 30 janvier 2017. Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC<sup>11</sup> par la

---

<sup>9</sup> C.Mauro dans « Semaine juridique. Édition générale - JCP G n.48 », 24 nov., 2014, 1203.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> 2017-625 QPC - Conseil constitutionnel le 30 janvier 2017 sur la question transmise le 4 novembre 2016.

Cour de Cassation, qui vise la question essentielle qui met en lumière l'équité de cette incrimination. L'équité doit se manifester par le respect du principe de légalité et de nécessité des délits et des peines, mais aussi par la précision et la clarté de la loi. La question qui a été soulevé était la compatibilité des articles 421-2-6 et 421-5 du Code pénal français avec le principe de légalité et de nécessité des délits et des peines consacrés par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Les arguments invoquées étaient le fait que « certains faits matériels énumérés par la loi, et partiellement formulés en termes très généraux ou qui ne sont pas punissables en eux même, tel le recueil des renseignements sur des lieux ou personnes permettant de mener une action en ces lieux, ou sur ces personnes, sont susceptibles de ne pas caractériser avec une précision et une clarté suffisantes, sans équivoque, des actes de préparation d'un passage à l'acte terroriste. D'autre part, en faisant dépendre l'incrimination des comportements non directement attentatoires à l'intégrité des personnes et ni en relation immédiate avec la commission d'un acte de terrorisme, d'une intention supposée de l'individu isolé de commettre un tel acte, l'article 421-2-6 du Code pénal pourrait ne pas satisfaire à l'exigence constitutionnelle de clarté de prévisibilité, de nécessité et de proportionnalité de la loi pénale ». Ce sont donc les éléments d'équité qui ont été invoqués au détriment de cette incrimination.

Alors, bien vu que ce qui soulève des problèmes est le manquement de la clarté et de la précision de la loi pénale. Quel est le fondement équitable de l'action répressive de l'État qui se déroule en amont du commencement de l'exécution des faits terroristes tandis que « l'entreprise individuelle permet en effet de sanctionner un comportement susceptible de produire un résultat dangereux et ceci indépendamment de la réalisation d'un résultat? »<sup>12</sup> Cependant, il est possible de valider et accepter le raisonnement du législateur par l'idée d'une politique exceptionnelle de prévention qui demeure en effet absolument nécessaire quand nous avons comme sujet principal le terrorisme et les modalités des actions terroristes qui progressent, mais il faut mettre en balance les valeurs directement affectées. En plus, il existe déjà des garanties, par exemple le fait que la détermination de l'individu agissant tout seul doit être bien démontrée, il doit être démontré

---

<sup>12</sup> C. Mauro dans « Semaine juridique. Édition générale - JCP G n.48 », 24 nov., 2014, 1203.

que l'individu dispose déjà des éléments nécessaires à la commission de l'infraction et cherche à les obtenir, à les fabriquer.

Les éléments matériels doivent permettre de traduire la cohérence des agissements d'un individu isolé, avec tout ça à la base c'est la résolution de l'individu qui va être caractérisée par le juge au final...et donc la question demeure sensible encore lorsqu'il se pose le problème de l'existence de l'équité dans le fondement de l'incrimination des actes préparatoires. Même plus si on essaye d'y aller plus loin, dans la procédure pénale c'est là où ils vont être démarrés des mesures attentatoires à la vie privée. Peut-être la « Cyber-infiltration » qui, selon le professeur Rousseau, « peut illustrer le rôle moteur du terrorisme en matière de régime procédural d'exception. »<sup>13</sup>

### Conclusion

Pour conclure, suite aux conclusions et aux analyses qui existent dans la première partie de l'article et de ce deuxième partie il est très important que le texte d'incrimination préventive des actes préparatoires ne reçoit pas une application *in extenso*. L'incrimination doit se limiter à une application concrète et bien délimitée afin de ne pas porter atteinte aux droits

---

<sup>13</sup> F. Rousseau, *L'exception terroriste dans la procédure pénale française*, « Journal of Eastern European Criminal Law » no.1/2016, Editeur Universul Juridic, 2016, p.143, « La « cyber-infiltration » ou l'enquête sous pseudonyme, autorise les enquêteurs à agir sous couverture sur les réseaux de communication en ligne ou sur des sites internet. Cette « cyber-infiltration » fut introduite par la loi du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance en matière de traite des êtres humains et de proxénétisme. Elle a ensuite été étendue aux infractions commises à l'occasion de jeu en ligne en 2010, avant d'être également étendue aux délits de provocation au terrorisme et d'apologie du terrorisme par la loi du 14 mars 2011, dite « LOPPSI 2 ». Cette extension législative de la « cyber-infiltration » s'est achevée avec la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme qui en autorise le recours à l'ensemble de la criminalité organisée. Il est vrai que cette fois-ci le terrorisme n'a pas été à l'initiative de ce nouveau procédé d'enquête intrusif. Mais, il aura été à tout le moins le « véhicule » principal de son extension à l'ensemble de la criminalité organisée, qui résulte d'une loi dont l'objet et l'exposé des motifs est bien de « renforcer les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ».

-La récente loi du 3 juin 2016 offre aux enquêteurs de nouveaux procédés informatiques intrusifs en matière de criminalité organisée où cette fois-ci le rôle moteur de la lutte anti-terroriste est évident parce qu'il s'agit de l'interception de données informatiques archivées (art. 706-95-1 et 706-95-2 Code de Procédure Pénal) et de données informatiques de connexion (art. 706-95-4 Code de Procédure Pénal). » .

---

et aux libertés et respecter l'équité qui demeure essentielle dans l'essence elle-même d'une incrimination.



PROTECȚIA DREPTULUI LA VIAȚĂ ÎN REGLEMENTAREA  
CODULUI PENAL

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO LIVE IN THE  
REGULATIONS OF THE CRIMINAL CODE

ANDA CRIȘU-CIOCÎNTĂ<sup>1</sup>

**Rezumat:** În concepția Codului penal de la 1969, momentul de la care îi era recunoscut ființei umane dreptul la viață coincidea cu momentul nașterii, acesta fiind și momentul de la care dreptul fundamental la viață beneficia de protecție din partea legii penale. Codul penal actual are o abordare diferită în privința protecției dreptului la viață, recunoscând un drept la viață și fătului aflat în timpul sarcinii și respectiv în timpul nașterii. Problema de drept pe care prezentul material își propune să o aducă în atenție este aceea dacă în concepția legiuitorului penal actual se poate vorbi de un drept la viață mai înaintea momentului nașterii. Semnificativă din perspectiva protecției penale a dreptului la viață mai înaintea nașterii este infracțiunea de „vătămarea fătului”, prevăzută la art. 202 Cod penal, incriminare ce are caracter de noutate, fiind introdusă în legislația penală națională la intrarea în vigoare a Codului penal actual. Încercarea de a găsi un răspuns la întrebarea „Legiuitorul penal recunoaște un drept la viață mai înainte de naștere?” implică și analiza conținutului incriminării denumită marginal „vătămarea fătului”.

**Cuvinte cheie:** dreptul la viață, protecție penală, făt, timpul sarcinii, timpul nașterii.

**Abstract:** In accordance with the Criminal Code of 1969, the moment when the human being was acknowledged the right to live corresponded with the birth itself, and it was also the moment when the fundamental right to live started to be protected by the criminal law. The current criminal code has a different approach to the protection of the right to live by acknowledging the right to live for the foetus during the pregnancy or during the birth labour. The very issue proposed for debates in the current material is whether, in the conception of the current criminal legislator, it is possible to talk about the right to live even before the birth. The offence called "the bodily prejudice of the foetus" is significant from the perspective of the criminal protection of the right to live even before the birth. This offence is

---

<sup>1</sup> Asistent univ. drd., Universitatea "Alexandru Ioan Cuza" din Iași, Facultatea de Drept, email: anda\_ciocinta@yahoo.com.

stipulated by Article 202, Criminal Code, an incrimination that has a novelty character as it was introduced into the national criminal legislation when the current Criminal Code entered into force. The attempt at finding an answer to the question "Does the criminal legislator acknowledge the right to live before the birth?" also involves the analysis of the contents of the incrimination called marginally "the bodily prejudice of the foetus".

**Key-words:** the right to live, criminal protection, foetus, pregnancy, birth labour.

## 1. Introducere

În mod incontestabil, dreptul la viață reprezintă valoarea supremă a ființei umane întrucât, în absența sa, celelalte drepturi și libertăți fundamentale nu pot fi exercitate. Datorită însemnătății sale deosebite, dreptul la viață se bucura de o atenție și o protecție aparte din partea legii.

Problema protecției juridice a dreptului la viață aduce în atenție o chestiune care a suscitat și continuă să suscite dezbateri intense, și anume momentul la care apare și momentul la care se sfârșește viața și implicit dreptul la viață. Având în vedere ca cele doua momente – de început și de sfârșit – ale vieții implică analize și discuții ample, preocuparea noastră a fost limitată la prima frontieră a dreptului la viață.

De-a lungul timpului, datorită faptului că normele juridice care asigura protecție dreptului la viață nu indică în termeni clari limitele temporale ale atributului vieții, în spațiul juridic - național și internațional - au fost exprimate puncte de vedere diferite cu privire la momentul la care ia naștere dreptul la viață. Astfel, potrivit unei prime opinii, dreptul la viață ia naștere din momentul concepției, în timp ce o altă opinie susține că acest drept fundamental apare în momentul nașterii când copilul este expulzat din corpul mamei și își începe viața extrauterină. A fost exprimată și o a treia opinie conform cu care debutul dreptului la viață coincide cu momentul începerii procesului nașterii. Susținătorii acestei din urmă opinii au arătat că momentul de la care o ființă este considerată persoană este reprezentat de începerea durerilor nașterii indiferent dacă acest proces este declanșat natural sau medicamentos, iar în cazul unei cezariene, momentul este acela în care medicul începe să taie cu bisturiul corpul mamei în vederea scoaterii copilului<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> S. Bogdan, *Drept penal. Partea specială*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 15.

În fine, a fost exprimată și opinia potrivit căreia debutul dreptului la viață are loc în timpul sarcinii, mai exact în momentul în care fătul îndeplinește condiția de viabilitate.

În sprijinul fiecăreia dintre opiniile exprimate în problematica momentului la care ia naștere dreptul la viață au fost aduse argumente de ordin legal și medical însă, în același timp, fiecare dintre ele a fost supusă criticilor.

Diferențe de opinie în ceea ce privește prima frontieră a dreptului la viață semnalăm inclusiv în legislația națională. Astfel, în concepția legiuitorului civil român, dreptul la viață poate lua naștere la momentul concepției, sub condiția nașterii vii a copilului. Elocvente în acest sens sunt dispozițiile art. 36 Cod civil care prevăd că „*Drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu*”.

În materie penală, sesizăm o anumită prudență a legiuitorului român care a evitat să reglementeze în termen neechivoci momentul de început al dreptului la viață.

## **2. Debutul dreptului la viață în jurisprudența CEDO**

În structura Convenției europene a drepturilor omului, dreptul la viață este poziționat cu întâietate, fiind reglementat în cel de-al doilea articol al Convenției care la primul paragraf prevede că „*Dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege*.” În continuare, în art. 2 al Convenției sunt prevăzute câteva excepții când cauzarea în mod intenționat a morții nu constituie o încălcare a dreptului la viață.

După cum a statuat adeseori Curtea Europeană, printre dispozițiile Convenției pe care ea le consideră primordiale, preeminente se găsește și dreptul la viață, deoarece, fără protejarea acestui drept, exercitarea oricăruia dintre celelalte drepturi și libertăți garantate de Convenție ar fi iluzorie<sup>3</sup>.

Deși plasează dreptul la viață pe un loc fruntaș în categoria drepturilor materiale protejate, recunoscându-i astfel ”statul” de drept primordial, Convenția europeană a drepturilor omului nu cuprinde dispoziții care să permită determinarea frontierelor acestui drept. Semnalăm astfel o deosebire față de Convenția americană a drepturilor omului care la art. 4

---

<sup>3</sup> C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*. Vol. I. *Drepturi și libertăți*, Editura ALL Beck, București, 2005, p. 156.



stipulează că dreptul la viață este protejat, „în general începând cu concepția”.

În tăcerea convenției, rămâne în sarcina Curții de la Strasbourg ca prin jurisprudența sa, să lămurească și să determine limitele temporale ale dreptului la viață. Însă, până în prezent, organele Convenției au dat dovadă de prudență, evitând să dea un răspuns clar la problema dacă dreptul la viață este recunoscut copilului conceput dar încă nenăscut și astfel acesta intra sub protecția oferită de art. 2 din Convenție.

Având în vedere legislația diferită a statelor contractante în materia protecției juridice a copilului nenăscut, organele Convenției au lăsat loc unei largi puteri discreționare statelor în domeniu.

Într-o etapă mai de început, fosta Comisie Europeană a Drepturilor Omului a exprimat un punct de vedere asupra noțiunii de „persoană” utilizată de textul art. 2 din Convenție, susținând că noțiunea în discuție nu poate privi decât o persoană născută.

Elocvența în acest sens este *cauza X contra Regatului Unit, Hotărârea din 13 mai 1980*, unde reclamatul a susținut că legislația engleză care autorizează întreruperea de sarcină este contrară art. 2 din Convenție, deoarece, se neagă, astfel, dreptul la viață al copilului conceput dar încă nenăscut. În concret, plângerea reclamantului a vizat faptul că instanțele engleze, în conformitate cu legislația națională, au autorizat-o pe soția sa să efectueze un avort terapeutic, fără a-i cere și lui consimțământul. Reclamantul a mai arătat că a solicitat instanțelor naționale să dispună interzicerea efectuării avortului de către soția sa însă, acțiunea i-a fost respinsă cu argumentul că legea engleză nu acorda un asemenea drept soțului femeii însărcinate.

Examinând plângerea reclamantului, fosta Comisie a ajuns la concluzia că utilizarea noțiunii de ”oricare persoană” în textul art. 2 din Convenție tinde a acredita teza potrivit căreia articolul menționat nu se aplică în privința copilului care urmează a se naște. Printre argumentele care au stat la baza deciziei fostei Comisii se regăsesc divergențele existente în materia determinării momentului la care începe dreptul la viață și legislația diferită a statelor contractante în domeniul avortului.

În aceeași cauză, fosta Comisie a examinat în ce măsură noțiunea de ”viață” utilizată de art. 2 din Convenție poate fi interpretată și în sensul că se va aplica și în cazul copilului conceput dar nenăscut.

Pornind de la realitatea ca fătul nu are o existență de sine stătătoare, viața sa fiind intim legată de viața celei care îl poartă, având în vedere și limitările dreptului la viață recunoscute de art. 2 paragraful 2 din Convenție, fosta Comisie a ajuns la concluzia că dreptul la viață al femeii însărcinate primează în raport cu viața fătului, reținând în consecință că autorizarea întreruperii de sarcina dată de legislația și instanțele engleze este compatibilă cu art. 2 parag.1 din Convenție, deoarece, fiind dată în faza inițială a sarcinii, ea a avut drept scop protejarea vieții mamei.

Într-o cauză ulterioară asemănătoare sub aspectul obiectului plângerii reclamatului<sup>4</sup>, fosta Comisie și-a nuanțat punctul de vedere în sensul că, deși a reținut că un avort făcut în timpul unei sarcini de 14 săptămâni motivat de faptul că sarcina, nașterea sau îngrijirea copilului pot plasa pe mama acestuia într-o situație dificilă de viață – temeii legal în legislația norvegiana – nu încalcă art. 2 din Convenție, nu a exclus ca, în anumite circumstanțe, protecția vieții fătului să poată fi recunoscută. A conchis, fosta Comisie ca, într-un domeniu atât de delicat, statele contractante trebuie să se bucure de o putere discreționară.

Într-o jurisprudență constantă, fiind chemata să se pronunțe asupra compatibilității legislațiilor naționale care legitimează întreruperea de sarcină cu dispozițiile Convenției și efectuând o analiză comparativă a drepturilor persoanei născute, femeia însărcinată, cu drepturile persoanei nenăscute, fătul, Curtea de la Strasbourg a recunoscut dreptul la viață al mamei în defavoarea fătului. Astfel, în *cauza Baso contra Italiei, Hotărârea din 5 septembrie 2003*, referitoare la un avort neimpus de cauze medicale, realizat în contra voinței tatălui, instanța europeană a reținut că și în ipoteza în care s-ar admite că, în anumite circumstanțe, fătul poate fi considerat ca fiind titularul dreptului la viață apărut de art. 2 din Convenție, în cauza dedusă examinării, întreruperea de sarcina s-a făcut în conformitate cu dispozițiile legii italiene în materie, care țin seama de necesitatea asigurării unui just echilibru între interesele femeii care solicită practicarea acestui act medical și necesitatea asigurării protecției fătului. În această cauză, Curtea a exprimat clar principiul că fătul beneficiază de un drept la viață, dar subordonat dreptului la avort al femeii<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cauza H contra Norvegiei, Hotărârea din 19 mai 1992.

<sup>5</sup> N.M. Vlădoiu, *Protecția constituțională a vieții, integrității fizice și a integrității psihice*, Editura Hamangiu, 2007, p. 115-116.

O altă cauză în care instanța europeană s-a confruntat cu problema de a stabili care drept are întâietate, dreptul femeii de a avorta ori dreptul la viață al fătului, este *cauza Tysiack contra Poloniei, Hotărârea din 20 martie 2007* prin care s-a reținut încălcarea dreptului la viață privata a femeii însărcinate ca urmare a refuzului statului polonez de a aproba un avort terapeutic. În cauză, reclamanta s-a plâns că în urma refuzului medicului ginecolog de a i se efectua un avort, în condițiile în care trei medici oftalmologi au avertizat-o că încă o naștere i-ar pune în pericol vederea, a fost nevoită să dea naștere celui de-al treilea copil cu consecința agravării problemelor cu vederea. Reținând încălcarea dreptului la viața privata al femeii însărcinate, Curtea Europeană a poziționat pe un nivel superior dreptul femeii însărcinate de a dispune de propriul corp în raport cu dreptul la viață al fătului.

Relevantă din perspectiva momentului la care începe viața este *cauza Vo contra Franței, Hotărârea din 8 iulie 2004* unde instanța europeană a constatat că problema ridicată este aceea de a ști dacă în absența voinței mamei de a i se face o întrerupere de sarcină – în speță întreruperea a fost efectuată din neglijența medicului – afectarea fătului (pronosticat viabil) este sancționabilă penal prin raportare la textul art. 2 din Convenție. În cauză, reclamanta, d-na Vo, care era însărcinată, ca urmare a neglijenței medicului, fiind confundată cu a o altă femeie ce avea același nume de familie, a suferit o intervenție medicală la nivelul abdomenului, soldată cu întreruperea cursului sarcinii. Medicul care a efectuat întreruperea de sarcină a fost acuzat de omor prin imprudență însă, instanțele franceze nu au reținut existența acestei infracțiuni.

În fața instanței europene, argumentul reclamantei în susținerea acuzației adusă medicului a fost acela că fătul exista din momentul concepției și că, indiferent de stadiul său de dezvoltare, acesta nu este o ”masă celulară” sau un „lucru”, ci este o persoană.

Guvernul francez a susținut că dreptul la viață este garantat oricărei persoane din momentul nașterii și nu din cel al concepției.

Instanța europeană a concluzionat că în speță nu a fost încălcat art. 2 din Convenție, arătând în argumentarea soluției că toate drepturile recunoscute de Convenție au ca titulari persoane născute, așa încât ar fi neobișnuit ca unul dintre aceste drepturi, respectiv dreptul la viață, să fie recunoscut embrionilor.

Prin soluția dată, instanța europeană a concluzionat că distrugerea embrionului uman în condițiile absenței consimțământul femeii însărcinate, nu constituie o faptă penală îndreptată împotriva vieții deoarece nu există un drept la viață în cazul embrionului uman. Implicit, prin soluția pronunțată în cauza Vo contra Franței, instanța europeană a acreditat ideea că dreptul la viață protejat de art. 2 din Convenție nu exista din momentul concepției.

Prin jurisprudența sa de până în prezent relevanta în materia dreptului la viață protejat de art. 2 din Convenție, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a evitat să determine momentul la care se naște dreptul la viață, apreciind că determinarea punctul de plecare al dreptului la viață trebuie să rămână în sarcina statelor contractante.

### **3. Debutul dreptului la viața în concepția legiuitorului penal național**

Statutul de drept primordial recunoscut dreptului la viață de legislația internațională este confirmat și în plan național unde acest drept se bucură de protecție juridică deplină asigurată la cel mai înalt nivel în ierarhia actelor juridice ale statului. Astfel, Constituția României garantează, la art. 22 alin.(1), dreptul la viață, la integritate fizică și psihică ale persoanei.

În literatura juridică s-a arătat că art. 22 din Constituție are în vedere dreptul la viață în accepțiunea sa restrânsă, aceea de drept care privește viața persoanei numai în sensul ei fizic, însă, în accepțiunea largă, aceea a unui univers de fenomene, fapte, cerințe și dorințe ce se adaugă, permit și îmbogățesc existența fizică, dreptul la viață este asigurat prin întregul sistem constituțional<sup>6</sup>.

Fiind recunoscut ca drept suprem al omului, dreptul la viață beneficiază de protecție plenară și din partea normelor de drept penal care incriminează faptele prin care se aduce atingere acestui atribut fundamental.

Partea specială a Codului penal debutează cu infracțiunile contra persoanei, iar în cadrul acestei mari categorii, infracțiunile contra vieții ocupa prima poziție, aspect ce confirmă importanța valorii sociale protejate. Conservarea vieții persoanei, apărarea ei prin toate mijloacele, inclusiv cele

---

<sup>6</sup> M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Constituția României revizuită. Comentarii și explicații*, Editura All Beck, București, p. 36.

penale, constituie o obligație pentru toți cetățenii și o îndatorire specială pentru organele statului<sup>7</sup>.

Deși acorda o importanță crescută dreptului fundamental la viață, incriminând faptele prin care i se aduce atingere, legea penală generală nu prevede în termeni expresi care anume este momentul de început și cel de sfârșit al vieții.

Sub Codul penal anterior, opinia majoritară exprimată în literatura de specialitate împărtășită și de practica judiciară, era aceea potrivit căreia dreptul la viață exista din momentul în care procesul fiziologic al nașterii luând sfârșit, copilul este expulzat și își începe viața sa extrauterină<sup>8</sup>.

Spre deosebire de Codul penal anterior care nu conținea norme menite să protejeze viața în devenire, actualul Cod penal are o altă abordare în această privință, incriminând faptele de violență comise asupra fătului în timpul sarcinii și în timpul nașterii. Această nouă incriminare, într-o oarecare măsură, vine și ajută teoria și practica judiciară în a stabili care este momentul de la care se poate vorbi că există viață și, implicit, dreptul la viață.

În contextul actualei reglementări penale, în absența unor dispoziții exprese, concepția legiuitorului penal asupra momentului de debut al dreptului la viață urmează a fi extrasă din interpretarea coroborată a normelor juridice relevante cuprinse în partea specială a Codului penal.

În capitolul alocat infracțiunilor contra vieții sunt incluse infracțiunile de omor (art. 188 și 189) – omor simplu și omor calificat –, uciderea la cererea victimei (art. 190), determinarea sau înlesnirea sinuciderii (art. 191) și uciderea din culpă (art. 192).

Cu o singură excepție, în cazul infracțiunii de ucidere la cererea victimei unde termenul utilizat în norma de incriminare este cel de "victimă", în situația celorlalte infracțiuni contra vieții, pentru desemnarea subiectul pasiv al infracțiunii, legiuitorul folosește noțiunea de "persoană". Terminologia utilizată în normele de incriminare a faptelor contra vieții reprezintă un element de natură să contribuie la identificarea viziunii legiuitorului penal asupra chestiunii debutului dreptului la viață. Problema

---

<sup>7</sup> P. Dungan, T. Medeanu, V. Pașca, *Drept penal. Partea specială*, Vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 14.

<sup>8</sup> C. Bulai, *Curs de drept penal, partea specială*, Vol. I, București, 1975, p. 116; M. Basarab, L. Moldovan, V. Suian, *Drept penal, partea specială*, Vol. I, Cluj-Napoca, 1985, p. 49.

ridicată este aceea de a ști dacă noțiunile de ”victimă” și respectiv ”persoană” utilizate de legiuitorul penal desemnează doar persoana născută sau și persoana nenăscută, adică copilul conceput dar încă nenăscut. În cazul infracțiunii de ucidere la cererea victimei, din explicațiile pe care legiuitorul penal le dă referitor la condițiile pe care trebuie să le îndeplinească subiectul pasiv al infracțiunii, respectiv să sufere de o boală incurabilă sau de o infirmitate grava atestată medical, cauzatoare de suferințe permanente și greu de suportat, pe baza unui raționament deductiv, singura concluzie care poate fi extrasă este aceea că subiect pasiv nu poate fi decât persoana în viață, adică o persoană născută. În plus, subiectul pasiv al infracțiunii, adresându-se făptuitorului, trebuie să ceară repetat, explicit, conștient și serios să i se suprimă viața. Or, o atare conduită nu poate fi manifestată decât de o persoană în viață.

Referitor la celelalte infracțiuni contra vieții, în condițiile în care printr-o incriminare separată, cea prevăzută la art. 202 Cod penal, legiuitorul a înțeles să protejeze fătul împotriva faptelor violente comise fie în timpul sarcinii fie în timpul nașterii, concluzia care se desprinde este aceea că fătul nu poate fi subiect pasiv în cazul infracțiunilor contra vieții, iar noțiunea de ”persoană” utilizată pentru desemnarea subiectului pasiv al acestor infracțiuni privește exclusiv persoana născută.

Pe baza argumentului de ordin terminologic explicitat, se poate susține că legiuitorului penal actual protejează dreptul la viață doar în raport cu persoana născută și, implicit, că recunoaște acest drept esențial doar persoanelor născute, nu și celor concepute dar nenăscute încă. Însă, persoanele nenăscute nu sunt lipsite de protecție din partea legii penale, doar că ocrotirea oferită lor nu este plasată sub cupola dreptului la viață.

Reținând că reglementarea penală din sfera dreptului la viață privește doar persoana născută, adică persoana în viață, în continuare se impune a fi stabilit momentul la care începe viața și astfel ia naștere acest atribut fundamental al persoanei. Pentru lămurirea problematicei menționate, considerăm că relevante sunt normele de incriminare prevăzute la art. 200 Cod penal denumit ”uciderea ori vătămarea nou-născutului săvârșită de către mama” și art. 202 Cod penal intitulat „vătămarea fătului”. Astfel, examenul asupra celor două texte de incriminare permite a se constata că pe tot parcursul procesului nașterii, indiferent că este vorba de o naștere naturală sau de o naștere prin cezariană, protecția fătului împotriva faptelor violente

care au ca urmare împiedicarea instalării vieții extrauterine este asigurată de norma înscrisă la art. 202 Cod penal, iar imediat după naștere, copilul este apărut împotriva faptelor care au ca rezultat decesul său de textul de incriminare prevăzut la art. 200 alin.(1) Cod penal.

Infracțiunea de ”uciderea ori vătămarea nou-născutului săvârșită de către mama”, prevăzută la art. 200 din Codul penal, deși nu este încorporată în categoria infracțiunilor contra vieții, fiind plasată în capitolul destinat infracțiunilor săvârșite asupra unui membru de familie, în esență, în varianta sa tip, reprezintă o forma de omucidere deoarece presupune uciderea copilului nou-născut imediat după naștere, dar nu mai târziu de 24 de ore. Sancționând fapta mamei de a-și ucide copilul imediat după naștere, adică după ce pruncul este expulzat din corpul femeii, dar nu mai târziu de 24 de ore de la acest moment, legiuitorul penal recunoaște că din momentul imediat următor celui în care procesul nașterii a luat sfârșit începe dreptul la viață. Bineînțeles, pentru a putea vorbi de dreptul la viață, condiția esențială este aceea ca pruncul să se nască viu.

Conchizând, putem susține că din analiza coroborată a normelor de incriminare prevăzute la art. 200 și art. 202 din Codul penal reiese concepția legiuitorului penal în sensul că dreptul la viață începe din momentul imediat următor celui în care nașterea a luat sfârșit, moment în care copilul viu își începe propria existență.

Consecința acestei determinări a debutului dreptului la viață este aceea că acțiunile de ucidere comise asupra persoanei născute pot fi încadrate ca fapte de omucidere, în timp ce acțiunile violente îndreptate asupra fătului de la momentul concepției și până ce nașterea ia sfârșit pot constitui infracțiunile de ”întreruperea cursului sarcinii” (art. 201 Cod penal) ori de ”vătămarea fătului”, funcție de intenția făptuitorului și de momentul la care se desfășoară activitatea infracțională.

#### **4. Protecția fătului în actuala reglementare penală**

Alături de incriminarea denumită „întreruperea cursului sarcinii”, infracțiunea de „vătămarea fătului” alcătuiește conținutul capitolului IV, Titlul I al părții speciale a Codului penal, intitulat ”Agresiuni împotriva fătului”.

De remarcat că infracțiunea de ”vătămarea fătului” nu a fost inclusă în categoria infracțiunilor contra vieții, ci legiuitorul penal a preferat să o poziționeze într-un capitol distinct menit să protejeze, în principal, viața în

devenire. Tindem să credem că prin această poziționare, legiuitorul penal sugerează ideea că din momentul concepției și până la naștere nu se poate vorbi de un drept la viață în plenitudinea sa.

În spațiul juridic s-a susținut că infracțiunile din capitolul "Agresiuni contra fătului" oferă o protecție complexă ce vizează, după caz: viața, integritatea corporală și sănătatea femeii însărcinate, integritatea produsului de concepție, precum și a fătului ca viață în devenire<sup>9</sup>.

Existența infracțiunii de "vătămarea fătului" este una relativ recentă întrucât ea a fost introdusă în peisajul legislativ național odată cu intrarea în vigoare a Codului penal actual.

Rațiunea care a stat la baza acestei incriminări a constituit-o nevoia de a asigura protecție vieții în devenire, pe durata unei perioade care sub Codul penal anterior era neacoperită, respectiv intervalul cuprins între momentul declanșării procesului nașterii, moment din care nu se mai poate discuta despre o infracțiune de avort, și momentul încheierii acestui proces. În același timp, au fost incriminate faptele de violență comise asupra mamei pe durata sarcinii, care nu au fost săvârșite cu intenția de a provoca avortul și nici nu au avut acest rezultat, dar au condus la lezarea fătului și în final la vătămarea corporală sau chiar moartea copilului după naștere.<sup>10</sup>

Infracțiunea de vătămarea fătului este prevăzută în mai multe variante normative – o varianta tip și șase variante atenuante – deosebirile dintre acestea fiind date de momentul comiterii faptei, în timpul nașterii sau în timpul sarcinii, urmările produse, împiedicarea instalării vieții extrauterine, vătămarea corporală sau moartea copilului, forma de vinovăție cu care acționează făptuitorul, intenția sau culpa, iar una dintre variante [art. 202 alin.(4)] presupune pentru subiectul activo calitate specială, aceea de "mamă".

Obiectul juridic special al infracțiunii prevăzute la art. 202 Cod penal îl constituie relațiile sociale referitoare la viața, integritatea corporală și sănătatea fătului în timpul sarcinii și pe parcursul derulării procesului nașterii. Incriminând faptele prin care se aduce atingere fătului, legea penală asigură protecție și vieții, integrității corporale și sănătății copilului, în variantele de incriminare prevăzute la art. 202 alin.(2) și (3) Cod penal.

---

<sup>9</sup> V. Cioclei, *Infracțiunile contra persoanei în Noul Cod penal – principalele modificări față de reglementarea actuală*, Revista Curierul judiciar nr. 11/2012.

<sup>10</sup> Expunerea de motive la Proiectul noului Cod penal.



În situația în care fapta este comisă în timpul sarcinii, având în vedere că existența fătului este dependentă de existența femeii însărcinate, activitatea materială se poate răsfrânge și asupra femeii însărcinate, putând avea ca rezultat nu doar urmările prevăzute la art. 202 alin.(3) Cod penal, ci și o vătămare a integrității corporale sau sănătății femeii însărcinate. Într-o astfel de ipoteză, apreciem că se impune reținerea unui concurs de infracțiuni între vătămarea fătului și infracțiunea de loviri sau alte violențe, vătămare corporală sau vătămare corporală din culpă, după caz, situație în care integritatea corporală și sănătatea femeii însărcinate sunt protejate prin infracțiunea reținută în raport cu aceasta.

Cât privește obiectul material al infracțiunii în discuție, acesta este reprezentat de făt, ceea ce implică nevoia explicitării noțiunii de "făt".

Potrivit specialiștilor în domeniul obstetricii-ginecologiei, perioada sarcinii (cu o durată de 40 – 42 de săptămâni sau 9 luni) cuprinde două etape importante: *perioada embrionară* care începe odată cu formarea zigotului și se întinde până la sfârșitul săptămânii a 8-a, când embrionul are constituite principalele primordii de organe și are o înfățișare umană și *perioada fetală*, începe cu săptămâna a 9-a și se termină la naștere.<sup>11</sup>

Începând cu luna a IV-a de sarcină, nu se mai vorbește de embrion, ci doar de făt; la această vârstă gestațională majoritatea organelor sunt formate, producându-se în continuare doar dezvoltarea și perfecționarea lor<sup>12</sup>.

Rezultă astfel că într-o primă etapă a sarcinii, în primul trimestru, vorbim de embrion uman, iar ulterior, începând cu luna a IV-a de sarcină, embrionul devine făt, moment de la care începe să aibă formele caracteristice speciei umane. Luna a VI-a de sarcină (25 – 28 săptămâni) este vârsta de gestație la care specialiștii în obstetrică-ginecologie susțin că fătul devine viabil, ceea ce înseamnă că în ipoteza unei nașteri premature, fătul are șanse să supraviețuiască în afara uterului matern.

Împrejurarea că vorbim de făt începând cu luna a IV-a de sarcină nu înseamnă că infracțiunea de vătămare a fătului poate fi comisă doar de la acest moment al sarcinii deoarece, în varianta atenuată prevăzută la art. 202 alin.(3) fapta se săvârșește "în timpul sarcinii", adică de la concepere și până la începutul procesului nașterii. Sesizăm astfel o inadvertență în cuprinsul

---

<sup>11</sup> I. Munteanu, *Tratat de Obstetrică*, Editura Academiei Române, București, 2000, p. 161.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 167 și 168.

textului anterior menționat - art. 202 alin.(3) Cod penal - care folosește termenul de "făt" pentru desemnarea subiectului pasiv și stabilește ca și condiție de timp pentru săvârșirea infracțiunii "timpul sarcinii", expresie cu o arie de cuprindere mai largă decât perioada de timp cât produsul de concepție are statutul de făt.

Referitor la subiectul pasiv al infracțiunii de vătămarea fătului, în literatura de specialitate s-a reținut ca acesta calitate aparține fătului și respectiv copilului, atunci când urmarea faptei comisă în timpul sarcinii sau în timpul nașterii se produce mai târziu asupra copilului deja născut<sup>13</sup>.

În ipoteza unei sarcini gemenale sau multiple, dacă făptuitorul cunoaște această împrejurare, fiecare făt în parte va fi considerat subiect pasiv la o infracțiune distinctă de vătămarea fătului și vor fi reținute în concurs atâtea infracțiuni câți feți sunt<sup>14</sup>.

Elementul material al laturii obiective, în oricare dintre formele infracțiunii, constă potrivit descrierii legiuitorului în activitatea de "vătămarea fătului". Aceasta activitate se poate concretiza atât prin acțiune (lovire, sufocare, prescrierea unui tratament medical greșit, efectuarea unei intervenții medicale neglijente) cât și prin inacțiune (neacordarea îngrijirilor medicale, neefectuarea unor intervenții medicale vitale pentru făt). De asemenea, actele de vătămare pot fi violente sau non-violente (de exemplu, prescrierea unui tratament medical greșit), pot fi exercitate direct asupra fătului sau în mod indirect (de exemplu, prin lovirea femeii însărcinate).

Acțiunea sau inacțiunea de vătămare a fătului trebuie să aibă loc în timpul nașterii sau în timpul sarcinii, condiție de timp în lipsa căreia fapta nu poate fi calificată ca infracțiunea de vătămarea fătului.

Timpul sarcinii este format din intervalul de timp cuprins între momentul concepției și până la momentul la care începe procesul nașterii.

Timpul nașterii, în accepțiune penală, este reprezentat de perioada de timp cuprinsă de la debutul travaliului și până la expulzia fătului, în cazul nașterii naturale, iar în situația nașterii prin cezariană, din momentul

---

<sup>13</sup> V. Dobrinioiu, M.A. Hotca, M. Gorunescu, M. Dobrinioiu, I. Pascu, I. Chiș, C. Păun, N. Neagu și M.C. Sinescu, *Noul Cod penal comentat. Partea specială*, Ediția a II-a, revizuită și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 93; Boroș Al., *Drept penal. Partea specială. Conform Noului Cod penal*, Ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 109.

<sup>14</sup> Al. Boroș, *Drept penal. Partea specială. Conform Noului Cod penal*, Ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 109.

efectuării inciziei peretelui abdominal și până la momentul extragerii fătului din cavitatea uterina.

Urmarea imediată a infracțiunii diferă de la o varianta la alta. Astfel, în cazul variantei tip, urmarea imediata constă în împiedicarea instalării vieții extrauterine. Aceasta înseamnă că în momentul începerii procesului nașterii, fătul este viu, dar urmarea vătămarilor produse în cursul procesului nașterii, la momentul expulziei/extragerii sale din corpul mamei acesta este mort. Observăm faptul că legiuitorul nu a reglementat și ipoteza în care fătul este expulzat/extras mort dar nu urmarea vătămarilor cauzate în timpul nașterii, ci urmarea vătămarilor cauzate în timpul sarcinii.

În prima variantă atenuantă prevăzută la art. 202 alin.(2) teza I Cod penal, urmarea constă în vătămarea corporală a copilului, adică în producerea vreuneia dintre consecințele prevăzute la art. 194 Cod penal (cu excepția avortului), iar în varianta atenuantă prevăzută la art. 202 alin.(2) leza a II-a Cod penal, urmarea constă în moartea copilului. În această variantă, fapta de vătămare se comite în timpul nașterii însă, urmarea imediata nu este concomitentă faptei, ci se produce la un moment ulterior. Pentru reținerea oricăreia dintre variantele atenuante prevăzute în alineatul 2 al textului de incriminare este necesar ca pruncul să se nască viu, ceea ce presupune că viața extrauterină s-a instalat prin inspirarea aerului în plămâni.

În cazul variantelor atenuante prevăzute la alineatul (3) al art. 202 Cod penal, urmările faptei de vătămarea fătului sunt identice cu cele de la alineatul precedent, respectiv vătămarea corporală sau moartea copilului, cu singura diferență că de acesta dată, fapta de vătămare este comisă în timpul sarcinii și nu în timpul nașterii.

Având în vedere momentul la care se produce rezultatul constând fie în vătămarea corporală fie în decesul copilului, în variantele normative prevăzute la alineatele (2) și (3) ale textului de incriminare, se poate reține că fapta de vătămarea fătului este susceptibilă de a îmbrăca forma infracțiunii progresive.

Un ultim aspect ce se impune a fi remarcat referitor la infracțiunea de vătămarea fătului este acela al nepedepsirii faptei de vătămarea fătului comisă în timpul sarcinii de către femeia însărcinată.

Ținem să credem că la baza instituirii acestei cauze de nepedepsire stau dispozițiile art. 26 alin.(2) din Constituție potrivit cărora "*Persoana fizică are dreptul să dispună de ea însăși ...*", ceea ce implică și dreptul persoanei de a dispune de propriul corp. Același text constituțional

condiționează dreptul persoanei de a dispune de ea însăși ”... *dacă nu încalcă drepturile și libertățile altora ...*”.

Recunoscând femeii însărcinate dreptul de a dispune de propriul corp prin aceea că nu îi sancționează fapta de vătămarea fătului în timpul sarcinii, ținând seama că acest drept este sub condiția de a nu afecta drepturile altor persoane, credem că, odată în plus, legiuitorul penal sugerează ideea potrivit căreia fătului nu-i este recunoscut dreptul la viață din momentul concepției.

## 5. Concluzii

Odată cu intrarea în vigoare a Codului penal actual<sup>15</sup>, legislația penală națională a cunoscut o evoluție în ceea ce privește protecția dreptului la viață. Astfel, deși s-a păstrat concepția legiuitorului penal de la 1969 referitoare la momentul la care începe dreptul la viață al persoanei, actualul legiuitor penal, prin incriminarea infracțiunii de vătămarea fătului, a adus o schimbare semnificativă în aceasta privință în sensul că a înțeles să acorde protecție și vieții în devenire. Însă, protecția oferită vieții în devenire nu se situează pe același nivel cu protecția acordată dreptului la viață, valoare socială plasată pe o treaptă superioară în raport cu viața copilului conceput dar încă nenăscut.

Legiuitorul penal actual recunoaște dreptul la viață din momentul nașterii dar, totodată, asigură o protecție specială și vieții, integrității corporale și sănătății fătului, pe toată perioada sarcinii și pe parcursul procesului nașterii, până la momentul la care acesta își începe viața extrauterina când dreptul la viață îi este recunoscut în plenitudinea sa.

---

<sup>15</sup> Codul penal adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of., Partea I nr.510/24.07.2009, intrată în vigoare în data de 01 februarie 2014



CONSIDERAȚII ASUPRA RĂSPUNDERII MAGISTRATULUI SUB  
ASPECTUL SĂVÂRȘIRII INFRAȚIUNII DE ABUZ ÎN SERVICIU

CONSIDERATIONS ON THE MAGISTRATE'S LIABILITY IN  
POINT OF COMMITTING ABUSE OF OFFICE

ALEXANDRU POROF<sup>1</sup>

**Rezumat:** Infrațiunea de abuz în serviciu este reglementată atât de Codul penal, cât și de Legea nr. 78/2000. Subiectul activ al infracțiunii de abuz în serviciu poate fi și un judecător sau procuror, potrivit art. 175 alin. (1) lit. a) C.pen.. În ceea ce privește îndeplinirea calității de calitate de subiect activ al judecătorului sau procurorului și totodată angajarea răspunderii penale, practica judiciară a adus o serie de nuanțări. Apreciez că răspunderea penală a unui judecător sau procuror, poate fi angajată sub aspectul săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu, doar atunci când magistratul încalcă cu intenție directă sau indirectă normele materiale sau procedurale aplicabile în cauza pe care o instrumentează sau o judecă. Totodată, consider că nu poate fi angajată răspunderea penală a unui magistrat sub aspectul săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu pentru soluțiile adoptate sau instrumentate.

**Cuvinte-cheie:** judecător, procuror, răspundere penală, abatere disciplinară.

**Abstract:** Abuse of office is set to rights both by the Penal Code and Law no. 78/2000. Both the judicial practice and the judicial literature of specialty have stated that abuse of office has a subsidiary character. Subject to abuse of office can also be a judge or a prosecutor, according to art. 175 line (1) a) Penal Code. On what concerns the fulfillment of the subject's attributes as a judge or prosecutor, the judicial practice has brought a set of gradations. As for what concerns us, we appreciate that the penal liability of a judge or prosecutor can be retained under the aspect of committing abuse of office only when the magistrate breaks with direct or indirect intention the material or procedural norms suited for the cause that he/she investigates or judges. At the same time, we consider that the penal liability of a magistrate cannot be engaged under the aspect of committing abuse of office for the solutions adopted or instrumented. It can be brought to question if a judge or a

---

<sup>1</sup> Doctorand, Universitatea „Titu Maiorescu” din București, Facultatea de Drept, email: alexporof18@yahoo.co.uk.

prosecutor will be charged both criminally for committing abuse of office and disciplinary under the aspect of committing the disciplinary violation provided by art. 99 lit. t) from Law no. 303/2004, republished with additions, regarding the status of judges and attorneys, for the same cause. We opine that the answer to this issue is a negative one, in the sense that there cannot exist a contest between committing abuse of office and a disciplinary violation. The distinction between the two forms of liability, from our point of view, should be made based on the immediate consequence of the deed.

**Key-words:** judge, prosecutor, criminal liability, disciplinary liability.

## 1. Noțiune

Infracțiunea de abuz în serviciu este prevăzută de art. 297 C.pen. și constă în „fapta funcționarului public (sau funcționarului, conform art. 308 C.pen.) care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește în mod defectuos și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice.”<sup>2</sup>

Varianta agravată este prevăzută în art. 309 C.pen. și se reține atunci când abuzul în serviciu a produs consecințe deosebit de grave.

„Obiectul juridic principal constă în relațiile sociale referitoare la activitatea de serviciu, activitate a cărei bună desfășurare presupune îndeplinirea îndatoririlor de serviciu în mod corect, cu respectarea intereselor legale ale persoanelor. Obiectul juridic secundar constă în relațiile sociale referitoare la drepturile și interesele legale a unei persoane”<sup>3</sup>.

Atât practica judiciară cât și literatura juridică de specialitate au statuat că infracțiunea de abuz în serviciu are un caracter subsidiar. Astfel, potrivit unei opinii exprimate în literatura juridică de specialitate „o faptă de abuz săvârșită de un funcționar public se încadrează în dispozițiile art. 297 C.pen. numai dacă acest abuz nu are o incriminare distinctă în Codul penal sau în alte legi speciale”<sup>4</sup>. Într-o altă opinie, exprimată s-a considerat că pentru „reținerea caracterului subsidiar al infracțiunii de abuz în serviciu, este necesar să se constate întrunirea în mod cumulativ a două condiții esențiale, respectiv relațiile sociale ocrotite de norma specială trebuie să

<sup>2</sup> Al. Boroi, *Drept Penal. Partea Specială*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 469.

<sup>3</sup> T. Toader, *Drept penal român. Partea specială*, Editura Hamangiu, București, 2012 p. 263.

<sup>4</sup> V. Dobrinioiu, I. Pașcu, *Noul Cod penal. Comentat. Partea Specială*, Ediția a –II-a, revizuită și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 542.

acopere în parte spectrul relațiilor protejate de norma generală, iar la ambele infracțiuni, subiectul activ trebuie să fie obligatoriu funcționar”<sup>5</sup>. În același sens, practica judiciară a statuat că „deși infracțiunea de abuz în serviciu contra intereselor persoanelor, prevăzută de art. 246 V.C. pen., are un caracter subsidiar, astfel că fapta unui funcționar se încadrează în norma de mai sus numai dacă abuzul nu are o incriminare distinctă în Codul penal sau într-o lege specială, trebuie ca între cele două incriminări să existe identitate, cel puțin parțială, de obiect juridic”<sup>6</sup>.

Consider că infracțiunea de abuz în serviciu are un caracter subsidiar atunci când fapta este săvârșită de un funcționar public sau de un alt funcționar în accepțiunea art. 308 C. pen în exercitarea atribuțiilor de serviciu, iar fapta ce are o incriminare distinctă în Codul penal sau în alte legi cu caracter special să protejeze, chiar și în parte aceleași relații sociale ca și norma de la art. 297 C.pen.. Față de aceste considerente, consider că infracțiunea de abuz în serviciu are caracter subsidiar față de următoarele infracțiuni, pe care le vom enumera cu titlu exemplificativ: cercetare abuzivă (art. 280 C.pen.), supunerea la rele tratamente (art. 281 C.pen.), represiunea nedreaptă (art. 282 C.pen.), fals material în înscrisuri oficiale [art. 320 alin. (2)] și fals intelectual (art. 321 C.pen.).

## 2. Magistratul subiect activ calificat

Subiectul activ al infracțiunii de abuz în serviciu este circumstanțiat, neputând fi decât „funcționarul public”, în accepțiunea dispozițiilor art. 175 alin. (1) și (2) C.pen.

Calitatea de funcționar public sau persoană prevăzută de art. 308 C. pen. trebuie să existe la momentul comiterii infracțiunii de abuz în serviciu<sup>7</sup>.

Subiectul activ al infracțiunii de abuz în serviciu poate fi și un judecător sau procuror, potrivit art. 175 alin. (1) lit. a) C.pen.. În ceea ce privește îndeplinirea calității de calitate de subiect activ al judecătorului sau procurorului și totodată angajarea răspunderii penale, practica judiciară a adus o serie de nuanțări.

---

<sup>5</sup> V. Văduva, *Infracțiuni de abuz și neglijență în serviciu. Practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2012 p. 14.

<sup>6</sup> C.A. Alba Iulia, s. pen., dec. nr. 27 din 17 ianuarie 2008, [www.idrept.ro/practicajudiciară](http://www.idrept.ro/practicajudiciară).

<sup>7</sup> Î.C.C.J., s. pen., dec. nr. 6003/2007, [www.idrept.ro/practicajudiciară](http://www.idrept.ro/practicajudiciară).



Astfel, pentru angajarea răspunderii penale a unui magistrat sub aspectul săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu, este necesară „stabilirea culpei penale prin exercitarea atribuțiilor în mod abuziv, cu rea-credință, prin care se urmărește deliberat pronunțarea unei hotărâri contrare realității și deci cu intenție încă de la începutul procesului urmărește adoptarea unei soluții favorabile unei părți, cu denaturarea vădită a stării de fapt”<sup>8</sup>.

În același sens, s-a stabilit că „magistratul procuror are posibilitatea conferită de lege de a dispune asupra încadrării juridice a faptelor pentru care efectuează acte de urmărire penală, ținând seama de probele existente la dosar și de prevederile legale aplicabile, fără ca reținerea unei anumite încadrări să constituie un abuz în serviciu contra intereselor persoanei cercetate. A proceda la verificarea actelor întocmite de magistrat în cauză și a formula aprecieri în legătură cu legalitatea soluțiilor pronunțate, în afara cadrului menționat și în lipsa oricăror indicii din care să rezulte reaua-credință în instrumentarea dosarului, ar echivala cu o imixtiune nejustificată în activitatea jurisdicțională și ar aduce atingere independenței magistratului în adoptarea soluției”<sup>9</sup>.

De asemenea, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că „instanțele judecătorești sunt suverane în a aprecia atât probatoriul administrat în cauzele cu care sunt investite, cât și textele de lege aplicabile, dându-le interpretarea pe care o consideră corespunzătoare, iar pronunțarea unor soluții de către procurori, în urma efectuării activităților specifice de cercetare penală și potrivit convingerii proprii, nu poate fi echivalată cu exercitarea abuzivă a atribuțiilor ce le revin potrivit legii, astfel încât nu poate fi echivalată cu exercitarea abuzivă a atribuțiilor ce le revin potrivit legii, astfel încât nu pot constitui, prin ele însele, temei pentru reținerea unor infracțiuni de abuz în serviciu sau neglijență în serviciu”<sup>10</sup>.

Apreciez că răspunderea penală a unui judecător sau procuror, poate fi angajată sub aspectul săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu, doar atunci când magistratul încalcă cu intenție directă sau indirectă normele materiale sau procedurale aplicabile în cauza pe care o instrumentează sau o judecă. Însă, consider că nu poate fi angajată răspunderea penală a unui magistrat, în situația în care normele materiale sau procedurale aplicabile într-o anumită

<sup>8</sup> Î.C.C.J., s. pen., dec. nr. 398 din 19 ianuarie 2015, în V. Văduva, „op.cit.”, p. 169.

<sup>9</sup> Î.C.C.J., S. pen., Decizia nr. 547 din 14 februarie 2011, [www.idrept.ro/practicăjudiciară](http://www.idrept.ro/practicăjudiciară).

<sup>10</sup> Î.C.C.J., S. pen., Decizia nr. 3126/2008, [www.scj.ro](http://www.scj.ro).

speță, nu au un conținut clar, fiind susceptibile de diferite interpretări, din prisma faptului că în această situație nu poate fi reținută intenția directă sau indirectă.

Totodată, apreciez că nu poate fi angajată răspunderea penală a unui magistrat sub aspectul săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu pentru soluțiile adoptate sau instrumentate.

În conformitate cu dispozițiile art. 2 din Legea 303 din anul 2004, republicată și cu completările ulterioare, privind statul judecătorilor și procurorilor, „judecătorii și procurorii sunt independenți, se supun numai legii și trebuie să fie imparțiali”, iar art. 16 din aceeași lege dispune că „hotărârile judecătorești pot fi desființate sau modificate numai în căile de atac prevăzute de lege și exercitate conform dispozițiilor legale”. Rezultă astfel că, în virtutea pregătirii sale profesionale și a statutului său de independență, judecătorul cauzei apreciază și sancționează.

Din articolele enunțate mai sus rezultă că, în virtutea pregătirii sale profesionale și a statutului său de independență, judecătorul cauzei este unica autoritate investită de lege să conducă procesul, să decidă cu privire la raporturile juridice deduse judecătii, la legalitatea administrării mijloacelor de probă, a măsurilor procesuale sau preventive, să stabilească adevărul și să pronunțe soluția conform propriului raționament juridic.

Mai mult, solicitarea, prin intermediul unei plângeri penale, de a se cerceta modul în care judecătorul a evaluat legalitatea administrării mijloacele de probă, a măsurilor procesuale sau a celor preventive și a soluționat cauza, duce la concluzia că toate aceste operațiuni pot fi efectuate de către o altă autoritate decât judecătorul cauzei, în primă instanță sau în căile de atac, fapt ce contravine principiului independenței judecătorilor.

Așa fiind, ar fi inadmisibil să se susțină ideea unui transfer de autoritate a deciziei cu privire la normele juridice aplicabile, la interpretarea sau coroborarea lor, la verificarea legalității administrării mijloacele de probă, a măsurilor procesuale sau a celor preventive ori la verificarea legalității raporturilor juridice deduse judecătii de la instanța competentă să judece cauza în fond sau într-o cale de atac, la un alt organ, chiar și procuror, urmare a unei plângeri penale, fără a se aduce atingere gravă principiului independenței judecătorilor.

### **3. Delimitarea infracțiunii de abuz în serviciu de abaterea disciplinară a exercitării funcției cu rea-credință**

Potrivit art. 99 lit. t) din Legea 303 din anul 2004, republicată și cu completările ulterioare, privind statutul judecătorilor și procurorilor, „exercitarea funcției cu rea-credință sau gravă neglijență” constituie abatere disciplinară. Totodată, potrivit art. 99<sup>1</sup>alin. (1) din aceeași lege „există rea-credință atunci când judecătorul sau procurorul încalcă cu știință normele de drept material sau procesual, urmărind sau acceptând vătămarea unei persoane”.

Din analiza textelor enunțate mai sus, rezultă că elementul material al abaterii disciplinare constă în îndeplinirea în mod defectuos a unui act ce intră în atribuțiile de serviciu ale judecătorului sau procurorului.

Astfel, se poate ridica problema dacă un judecător sau procuror răspunde penal pentru infracțiunea de abuz în serviciu cât și disciplinar sub aspectul săvârșirii abaterii disciplinare prevăzute de art. 99 lit. t) din Legea nr. 303 din anul 2004, republicată și cu completările ulterioare, privind statutul judecătorilor și procurorilor, pentru aceeași faptă.

Apreciez că răspunsul la această problemă este unul negativ, în sensul că nu poate exista un concurs ideal între infracțiunea de abuz în serviciu și abaterea disciplinară amintită mai sus. Distincție dintre cele două forme de răspundere, cred că ar trebui făcută după urmarea imediată a faptei.

Astfel, în situația care prin fapta sa, judecătorul sau procurorul în exercitarea atribuțiilor de serviciu a îndeplinit în mod defectuos un act prin care a adus o atingere gravă drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane, ar trebui angajată răspunderea penală sub aspectul săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu, iar în ipoteza în care prin aceeași faptă a fost adusă o atingere de o intensitate mai mică sau medie a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane trebuie antrenată numai răspunderea disciplinară.

În sprijinul soluției oferite, în continuare voi prezenta o serie de texte legale și argumente. Potrivit art. 46 alin. (3) din Legea nr. 307 din anul 2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii, „cercetarea disciplinară se suspendă atunci când împotriva judecătorului sau procurorului cercetat s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale pentru aceeași faptă”. În același sens, potrivit art. 49 alin. (5) din Legea nr. 317/2004 raportat la art. 46 alin. (3) din aceeași lege, acțiunea disciplinară se suspendă prin încheierea Secției

corespunzătoare a Consiliului Superior al Magistraturii, în situația în care pentru aceeași faptă s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale.

Mai mult, potrivit art. 65 alin. (1) lit. f) din Lege nr. 303 din anul 2004, republicată și cu completările ulterioare, privind statutul judecătorilor și procurorilor, judecătorii și procurorii sunt eliberați din funcție în situația dispunerii printr-o hotărâre definitivă a unei soluții de condamnare sau amânare a aplicării pedepsei.

Astfel, în ipoteza în care un judecător sau procuror este condamnat definitiv pentru săvârșirea infracțiunii de abuz în serviciu, acesta este eliberat în mod obligatoriu din funcție.

În plus, dispozițiile art. 297 alin. (1) C.pen. impun aplicarea în mod obligatoriu a pedepsei complementare a interzicerii dreptului de a ocupa o funcție publică, respectiv dreptul de a fi ales în autoritățile publice sau în orice alte funcții publice și dreptul de a ocupa o funcție ce implică exercițiul autorității de stat.

Astfel, consider că după pronunțarea unei soluții definitive de condamnare a unui judecător sau procuror sub aspectul săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu, acțiunea disciplinară exercitată în fața Secției competente a Consiliului Superior al Magistraturii va trebui respinsă ca rămasă fără obiect.

Totodată, apreciez că în situația în care se dispune achitarea unui magistrat sub aspectul săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu, în baza dispozițiilor art. 396 alin. (5) C.proc.pen raportat la art. 16 alin. (1) lit. a) C.proc.pen., Secția competentă din cadrul Consiliului Superior al Magistraturii va trebui să respingă acțiunea disciplinară ca neîntemeiată, deoarece soluția de achitare dispusă de instanța de judecată se bucură de autoritate de lucru judecat.

Însă, în ipoteza în care procurorul dispune o soluție de clasare sau de renunțare la urmărirea penală, sub aspectul săvârșirii de către un judecător sau procuror a infracțiunii de abuz în serviciu, apreciez că Secția competentă din cadrul Consiliului Superior al Magistraturii va trebui să continue judecata abaterii disciplinare și să pronunțe o soluție legală și temeinică cu privire la respectiva abatere disciplinară, din prisma faptului că o soluție dispusă de un procuror, chiar dacă este confirmată de judecătorul de cameră preliminară în urma exercitării căilor de atac nu se bucură de autoritate de lucru judecat în fața unei instanțe de judecată.

Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate ridicată cu privire la dispozițiile art. 297 C.pen. statuând că „art.246 alin.(1) din Codul penal din 1969 și ale art.297 alin.(1) din Codul penal sunt constituționale în măsura în care prin sintagma „îndeplinește în mod defectuos” din cuprinsul acestora se înțelege „îndeplinește prin încălcarea legii”<sup>11</sup>.

În altă ordine de idei, judecătorii și procurorii au obligația ca în activitatea lor să respecte îndatoririle de serviciu prevăzute de legi și regulamente, precum și anumite atribuții cu caracter administrativ prevăzute de regulamente sau dispuse în condițiile legii de către conducătorul instanței sau parchetului. Cu titlu de exemplu, din categoria atribuțiilor cu caracter administrativ a judecătorilor sau procurorilor fac parte întocmirea unor rapoarte trimestriale privind practica neunitară sau emiterea unor comunicate de presă privind anumite dosare instrumentate sau soluționate.

Astfel, având în vedere și decizia pronunțată de Curtea Constituțională, apreciez că neîndeplinirea sau îndeplinirea în mod defectuos a unor atribuții cu caracter administrativ nu întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de abuz în serviciu pentru următoarele considerente. În primul rând, infracțiunea de abuz în serviciu este o infracțiune de rezultat, care constă în producerea unei pagube ori vătămare a drepturilor sau intereselor unei persoane fizice sau a unei persoane juridice, rezultat care este foarte greu de imaginat în ipoteza neîndeplinirii sau îndeplinirii în mod defectuos a unei îndatoriri cu caracter administrativ. În al doilea rând, o asemenea faptă poate întruni elementele constitutive ale abaterii disciplinare prevăzute de art. 99 lit. g)<sup>12</sup> sau m)<sup>13</sup> din Legea nr. 303 din anul 2004, republicată și cu completările ulterioare, privind statutul judecătorilor și procurorilor. Astfel, încadrarea unei astfel de fapte în sfera ilicitului penal ar fi excesivă, și totodată ar putea conduce, în mod indirect, la afectarea independenței și imparțialității judecătorilor și procurorilor.

---

<sup>11</sup> Curtea Constituțională, Decizia nr. 405 din data de 15 iunie 2016, publicată în M.Of. nr. 517 din 08.07.2016, [www.ccr.ro](http://www.ccr.ro).

<sup>12</sup> Art. 99 lit. g) din Legea nr. 303/2004, „nerespectarea de către procuror a dispozițiilor procurorului ierarhic, date în scris și în conformitatea cu legea”.

<sup>13</sup> Art. 99 lit. m) din Legea nr. 303/2004, „nerespectarea în mod nejustificat a dispozițiilor ori deciziilor cu caracter administrativ dispuse în conformitate cu legea de conducătorul instanței sau al parchetului ori a altor obligații cu caracter administrativ prevăzute de lege sau regulamente.

DELIMITĂRI ÎNTRE ILICITUL FISCAL ȘI PENAL<sup>1</sup>  
DELIMITING BETWEEN FISCAL AND PENAL ILLICIT

IOANA MARIA COSTEA<sup>2</sup>

**Rezumat:** Prezentul studiu reia o temă extrem de sensibilă și evolutivă din materia dreptului fiscal și anume delimitarea între diferite forme de ilicit. Structural noțiunile din dreptul fiscal au autonomia specifică; în subsidiar observăm o corelare cu elemente din doctrina de drept civil. Aceste nuanțe intervin în contextul în care dreptul fiscal este dependent de dinamica patrimonială guvernată de dreptul civil. În egală măsură, comportamentele fiscale sunt susceptibile de o calificare proprie și de aici de o serie de consecințe diferențiate.

**Cuvinte cheie:** act anormal de gestiune, abuz de drept, simulație, fraudă la lege.

**Abstract:** This study reverses an extremely sensitive issue and developments in tax law matters, namely the distinction between different forms of illicit. At a structural level, the concepts of tax law have specific autonomy; alternatively we see a correlation with the doctrinal elements of civil law. These shades occur in the context that tax law is dependent on the patrimonial dynamics governed by civil law. Equally, the tax behaviors are likely to have their own qualification and hence a range of differentiated consequences.

**Key-words:** abnormal management act, abuse of rights, simulation, fraud law.

---

<sup>1</sup> Tema de studiu a abuzului de drept în materie fiscală a fost abordată și în cadrul cercetării noastre doctorale, cu rezultate publicate în lucrarea *Optimizarea fiscală. Soluții. Limite. Jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București, 2011 și în „Dreptul de apreciere al organului fiscal: recalificare, estimare, ajustare”, în *Curierul Fiscal*, nr. 8-9/2011, ISSN 1841-7779, pp. 49-52; „Considerații privind abuzul de drept fiscal prin simulație”, în *Curierul Fiscal*, nr. 6/2011, pp. 40-44, ISSN 1841-7779. Apreciem că în contextul evoluției jurisprudenței în materie fiscală și penală, o revizuire a poziției exprimate anterior ar fi de interes.

<sup>2</sup> Conferențiar univ. dr., Universitatea ”Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, [ioana.costea@uaic.ro](mailto:ioana.costea@uaic.ro)

Doctrina română de drept fiscal este relativ prudentă în consolidarea noțiunilor delimitative pentru anumite comportamente fiscale. Doctrina franceză de drept fiscal, pe de altă parte, este impregnată de concepte de clasificare și calificare a comportamentelor contribuabilului. Reținem în primul rând, din dreptul francez, segregarea majoră a formelor de comportament fiscal care corespunde triadei optimizare fiscală – evaziune fiscală – fraudă fiscală<sup>3</sup>. În dreptul fiscal român, segregarea este mult mai atenuată, cu critici pentru lipsa de consecvență terminologică. Militând pentru utilizarea constantă a noțiunilor de optimizare fiscală, cu sensul de manopere licite și a noțiunii de evaziune fiscală, cu sensul de manopere din sfera ilicitului penal. Nu vom prelua aici discuția terminologică referitoare la *evaziune* și *fraudă* și la rolul noțiunilor în dreptul român; vom menține clasificarea anterioară între optimizare fiscală (ca mediu pentru licitul fiscal) și evaziunea fiscală (ca mediu pentru ilicitul penal). Și vom milita pentru excluderea din acest registru a conceptului de *fraudă fiscală*, cel puțin până la momentul, la care vom avea cel puțin o definiție legală, de drept intern.

Fundamentăm dinamica comportamentului contribuabilului pe un algoritm, cu două variabile economia de obligație fiscală și imperativitatea normei fiscale. Norma de drept fiscal este desigur o normă cu forță juridică specifică, derivând din interesul public al finalității aplicării acesteia, și anume colectarea de resurse la un anumit buget. Norma de drept fiscal este astfel o normă limitativă în raport de libertatea contribuabilului; facem mențiunea că această limitare depinde de un echilibru al impunerii în sensul în care resursa publică este dependentă de resursa privată. În acest context, contribuabilul nu este doar destinatarul unei norme limitative *in extremis*, ci și a unui spațiu de libertate, amenajat prin dispozițiile de drept fiscal. Acest spațiu poate avea mai multe dimensiuni: o libertate funcțională acoperită terminologic de optimizarea fiscală și o libertate procedurală printr-un set de drepturi specifice în anumite proceduri, cum ar fi inspecția fiscală ori cadrul de contestare a deciziilor organului fiscal.

Optimizarea fiscală<sup>4</sup> este eminentemente conceptualizarea acestei libertăți a contribuabilului, denumind spațiul în care acesta prin opțiune ori

---

<sup>3</sup> Pentru interogări fără răspuns foarte tranșant, a se vedea: B. Virjan., *Există o diferență între evaziunea fiscală licită și evaziunea fiscală ilicită?*, Revista de Drept Penal; Jan-Mar 2014; 21, 1; ProQuest Central, p. 131.

<sup>4</sup> I.M. Costea, *Optimizarea fiscală. Soluții. Limite. Jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București, 2011, pp. 43 și urm.

inaacțiune își limitează sarcina fiscală. În studiile noastre anterioare, am preluat din doctrina franceză în cadrul conceptului de optimizare și optimizarea prin manipulare, „*la véritable évasion fiscale*”<sup>5</sup>. Considerăm necesar a reveni asupra optimizării prin manipulare, în cele două forme consacrate de doctrina franceză *actul anormal de gestiune și abuzul de drept*. Studiu va releva o serie de ipoteze de ilicit fiscal și o serie de ipoteze de ilicit penal, care sunt incluse în această *optimizare prin manipulare*.

Evident, raportat la aceste comportamente sunt instituite o serie de instrumente normative pentru calificarea acestor operațiuni și relevarea conținutului lor fiscal. Legislația fiscală instituie dreptul de apreciere al organului fiscal, raportat la conținutul și efectele unei tranzacții înregistrate de contribuabil – art. 6 din Legea nr. 207/2015<sup>6</sup> privind C. proc. fisc. - *Organul fiscal este îndreptățit să aprecieze, în limitele atribuțiilor și competențelor ce îi revin, relevanța stărilor de fapt fiscale prin utilizarea mijloacelor de probă prevăzute de lege și să adopte soluția întemeiată pe prevederile legale, precum și pe constatări complete asupra tuturor împrejurărilor edificatoare în cauză raportat la momentul luării unei decizii. În exercitarea dreptului său de apreciere, organul fiscal trebuie să ia în considerare opinia emisă în scris de organul fiscal competent respectivului contribuabil/plătitor în cadrul activității de asistență și îndrumare a contribuabililor/plătitorilor, precum și soluția adoptată de organul fiscal în cadrul unui act administrativ fiscal sau de instanța judecătorească, printr-o hotărâre definitivă, emisă anterior, pentru situații de fapt similare la același contribuabil/plătitor. În situația în care organul fiscal constată că există diferențe între starea de fapt fiscală a contribuabilului/plătitorului și informațiile avute în vedere la emiterea unei opinii scrise sau a unui act administrativ fiscal la același contribuabil/plătitor, organul fiscal are dreptul să consemneze constatările în conformitate cu situația fiscală reală și cu legislația fiscală și are obligația să menționeze în scris motivele pentru care nu ia în considerare opinia prealabilă.*

Dreptul de apreciere apare ca un panaceu universal, ce permite organului fiscal ca, în limite probate, să releve stări fiscale diferite de cele

---

<sup>5</sup> St. Detraz, *JurisClasseur Pénal des Affaires. V° Impôts. Fasc. 10 ...*, op. cit., p. 6, explicitată în *Optimizarea fiscală. Soluții. Limite. Jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București, 2011, p. 46.

<sup>6</sup> Publicat în M.Of nr. 547 din 23 iulie 2015.



relevante de contribuabil. În opinia noastră, dreptul de apreciere poate avea trei sensuri: (i) identificarea unei simulații prin relevarea actului secret ori prin înlăturarea actului public; (ii) recalificarea un act juridic; (iii) ajustarea unei tranzacție.

Dreptul de apreciere al organului fiscal urmărește efectele reale ale unei tranzacții, surprinzând dihotomia dintre fondul și forma acesteia – art. 14 alin. 2 C. proc. fisc. - *Prevalența conținutului economic al situațiilor relevante din punct de vedere fiscal (2) Situațiile de fapt relevante din punct de vedere fiscal se apreciază de organul fiscal în concordanță cu realitatea lor economică, determinată în baza probelor administrate ... Atunci când există diferențe între fondul sau natura economică a unei operațiuni sau tranzacții și forma sa juridică, organul fiscal apreciază aceste operațiuni sau tranzacții, cu respectarea fondului economic al acestora.*

Modalitățile de acțiune sunt relevante de art. 11 din C. fisc., care prin dispozițiile alin. (1) instituie instrumente generale de lucru: *La stabilirea sumei unui impozit, a unei taxe sau a unei contribuții sociale obligatorii, autoritățile fiscale pot să nu ia în considerare o tranzacție care nu are un scop economic, ajustând efectele fiscale ale acesteia, sau pot reîncadra forma unei tranzacții/activități pentru a reflecta conținutul economic al tranzacției/activității.* Astfel, intervenția organului fiscal poate consta în (i) înlăturarea efectelor fiscale ale unei tranzacții; (ii) ajustarea efectelor fiscale ale unei tranzacții; (iii) reîncadrarea ”formeii” unei tranzacții. Apreciem că este necesar a trasa măcar la nivel doctrinar o distincție cantitativă între *înlăturare* (total) și *ajustare* (parțial), pentru a utiliza instrumentul în contexte diferite. Raportat la reîncadrarea ”formeii”, apreciem că operațiunea constă de fapt în relevarea fondului unei tranzacții și că efectele juridice țin de acest fond și nu de formă; spre exemplu, un raport juridic ce verifică condiții de dependență este pe fond un contract de muncă, forma rămânând cea identificată de părți. Organul fiscal acționează doar în limite de opozabilitate, fapt pentru care acesta nu determină prin reîncadrarea sa efectele contractelor; revenind la același exemplu, încetarea contractului de muncă deghizat se face după regulile guvernând contractul și nu după cele din dreptul muncii.

Articolul 11 instituie și reguli speciale privind tranzacțiile cu persoane afiliate, tranzacțiile contribuabililor inactivi și obligativitatea jurisprudenței CJUE.

În ceea ce privește abuzul de drept, noul C. fisc. instituie o dispoziție expresă și o modalitate de lucru - *redefinirea*; conform art. 11 alin. (12) C. fisc. - *În cazul în care se constată că există un abuz de drept, tranzacțiile implicate în astfel de practici abuzive trebuie redefinite, astfel încât să se restabilească situația care ar fi prevalat în lipsa tranzacțiilor ce au constituit abuzul. Organele fiscale competente au dreptul de a anula TVA dedusă în legătură cu fiecare tranzacție ori de câte ori se constată că dreptul de deducere a fost exercitat în mod abuziv.* Noțiunea de *redefinire* este apropiată, aproape identică cu noțiunea de *reîncadrare*. Redefinirea constă de asemenea în relevarea naturii reale a unui anumit act juridic/tranzacție. Din partea a doua a definiției, pare că redefinirea semnifică de fapt excluderea actului încheiat prin abuz de drept din calculul fiscal. Apreciem că terminologia este relativ confuză; de altfel și în teza a doua se face referire la *dreptul de a anula TVA dedusă*, când de fapt este vorba despre *anularea dreptului de deducere a TVA*.

Trebuie subliniat și faptul că în mod real aceeași operațiune poate produce efecte fiscale multiple, exemplul clasic fiind corelarea dintre impozitul pe profit și TVA, raportat la deducerea unei aceleași cheltuieli. Desigur, impunerea evitată poate rezulta din ansamblul C. fisc. ori din dispoziții speciale.

### **I. Actul anormal de gestiune**

Actul anormal de gestiune constă în decizia de management, care nu justifică un obiect legat de interesul de afaceri, ci de interesul personal al unui terț<sup>7</sup>. Doctrina optimizării fiscale se fundamentează pe ideea că un contribuabil exercită o bună gestiune fiscală; „*ca un bun tată de familie din Codul Civil sau administratorul unei întreprinderi prudent și avizat din dreptul contabil, contribuabilul informat trebuie să își gestioneze fiscalitate cât mai bine pentru interesele sale*”<sup>8</sup>. Actul anormal de gestiune se situează dincolo de aceste limite ale comportamentului diligent și prudent.

Actul anormal de gestiune intervine adesea în contextul unei administrări a patrimoniului altuia, cum ar fi în cazul persoanelor juridice, dar este compatibil și cu administrarea propriului patrimoniu, în ipoteza

<sup>7</sup> I.M. Costea, *Optimizarea fiscală ...*, op. cit., p. 199 și urm.

<sup>8</sup> M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises*, 2005-2006, 29e Edition, Paris, Editura Litec, 2005, p. 496.

patrimoniilor de afecțiune. Ceea ce sancționează această noțiune este lipsa legăturii între efectul patrimonial al deciziei de management și activitatea generatoare de venituri.

În mod tradițional, o decizie de management se transpune într-un act juridic, cu efecte patrimoniale, adesea prin majorarea cheltuielilor. Teoria actului anormal de gestiune nu se fundamentează pe natura actului, acesta fiind în sine licit, ci pe cauza/mobilul acestuia<sup>9</sup>. În dreptul român, am considera că noțiunea este explicată prin luarea în considerare a cauzei mediate a actului juridic încheiat.

În mod excepțional, actul anormal de gestiune ar putea privi tratamentul fiscal al efectelor unor acte juridice ilicite, cum ar fi un contract lovit de nulitate absolută. În această dimensiune, apreciem că condiționalitățile din alte ramuri de drept nu ar trebui să determine efecte fiscale, spre exemplu, un contract de muncă cu o persoană sub vârsta legală ar trebui să genereze cheltuieli deductibile. Subliniem că această soluție pare să fie consacrată normativ prin dispozițiile art. 14 alin. (3) C. proc. fisc. - (3) *Organul fiscal stabilește tratamentul fiscal al unei operațiuni având în vedere doar prevederile legislației fiscale, tratamentul fiscal nefiind influențat de faptul că operațiunea respectivă îndeplinește sau nu cerințele altor prevederi legale*. Astfel, nulitatea *per se* nu ar trebui să aibă relevanță în materie fiscală, ci doar atunci când privește cauza actului juridic.

În egală măsură, actul anormal de gestiune ar putea fi determinat inclusiv de un fapt juridic, licit ori ilicit, decizia de management privind tratamentul său fiscal. Am exemplifica cu plata unei amenzi de către o societate, amendă aplicată administratorului pentru nerespectarea regimului rutier.

Actul anormal de gestiune se verifică prin prisma dispozițiilor de drept fiscal privind deductibilitatea cheltuielilor, cum ar fi art. 25 C. fisc. ori art. 68 C. fisc. întrucât acestea dau relevanță aceluiași element și anume scopul actului juridic/operațiunii economice. Observăm astfel că în teoria actului anormal de gestiune revine cu recurență cauza actului juridic, ca și cheie de citire ori delimitare a conceptului, întrucât efectele fiscale ale actelor juridice – deductibilitatea - sunt definite în registrul cauzalității: art. 25 alin. (1) C. fisc. - *sunt considerate cheltuieli deductibile cheltuielile*

---

<sup>9</sup> M. Collet, *op. cit.*, p. 230.

*efectuate în scopul desfășurării activității economice; art. 68 alin. (1) C.Fisc. cheltuielile deductibile efectuate în scopul realizării de venituri.*

### **I.1. Actul anormal de gestiune – cheltuială străină**

Astfel, putem afirma că prima dimensiune a actului anormal de gestiune în materie fiscală este dată de manoperele privind înregistrarea de cheltuieli deductibile în surplus, străine de scopul și dinamica activității impozabile. Prin aplicarea dispozițiilor generice amintite, orice cheltuială efectuată înafara scopului indicat este cheltuială nedeductibilă, deci *ope legis* fără efecte de diminuare a bazei impozabile. Pe cale de consecință, practica de a înregistra o astfel de cheltuială și de a-i recunoaște efecte fiscale ar fi un act anormal de gestiune. Exemple pot fi multiple.

În acest sens, a se vedea Î.C.C.J., s.cont.adm.fisc., Decizia nr. 6829/2013<sup>10</sup>: *În ceea ce privește achizițiile de bunuri și servicii pentru care s-a stabilit suplimentar de organele fiscale impozit pe profit, T.V.A. și accesorii, respectivele cheltuieli fiind înregistrate în conturile 603, 624 și 625, Curtea a constatat că societatea contestatoare a achiziționat diverse bunuri, respectiv mobilier, televizoare, plasmă, cabină hidromasaj, centrală termică și servicii turistice - cazare, deplasare în plan intern și extern, bunurile achiziționate au fost înregistrate direct pe costuri fără a se regăsi în veniturile realizate, iar prestările de servicii nu au fost justificate cu documente din care să rezulte că au fost efectuate în vederea realizării activității pentru care contribuabilul este autorizat, astfel că aceste cheltuieli nu sunt deductibile, achizițiile nu au legătură cu activitatea desfășurată de societate, iar serviciile nu au fost justificate ca fiind efectuate în scopul realizării de venituri impozabile, (...), obligațiile fiscale suplimentare constatate prin raportul de inspecție fiscală și decizia de impunere fiind fost corect și legal stabilite de organele fiscale.*

În acest sens, a se vedea practică administrativă A.N.A.F., D.G.R.F.P. Ploiești, Decizia nr. 1170/2016<sup>11</sup>: *Se reține că pentru a beneficia de exercitarea dreptului de deducere al cheltuielilor cu achizițiile de combustibil și al taxei pe valoarea adăugată aferentă acestora, societatea trebuie să facă simultan dovada efectuării acestora în scopul realizării de*

---

<sup>10</sup> <http://legeaz.net/spete-contencios-inalta-curte-iccj-2013/decizia-6829-2013-75w>

<sup>11</sup> [jurio.ro](http://jurio.ro)

venituri și să fie justificate cu documente.... Mai mult, în perioada supusă inspecției fiscale, societatea nu deține în proprietate și nu are încheiat nici un contract de comodat sau de închiriere pentru un mijloc de transport auto.

În acest sens, a se vedea practică administrativă A.N.A.F., D.G.F.P. Hunedoara, Decizia nr. 84/2010<sup>12</sup>: *În fapt, SC X SRL a dedus taxa pe valoarea adăugată în sumă totală de ... lei, astfel TVA în sumă de ... lei, aferentă avansului pentru achiziționarea unui mobilier de bucătărie și aparate electrocasnice ... mobilier care a fost livrat în com.; .... achiziției unui mobilier de baie; ... achiziției unui aparat de aer condiționat; ... gazului facturat pentru spațiul din ...; .. energiei electrice facturate pentru spațiul din ...; achiziției de anvelope; achizițiilor de piese de schimb și reparații; Organele de inspecție fiscală au constatat că unitatea, în perioada supusă verificării, nu a desfășurat activitate, neînregistrând venituri decât din restituirea unei taxe de poluare auto, și deoarece unitatea nu a înregistrat venituri în urma desfășurării unei activități în imobilul din com. ..., acesta nefiind utilizat în scopul operațiunilor sale taxabile, nu justifică dreptul de deducere a taxei pe valoarea adăugată.*

Observăm o serie de elemente comune motivărilor din soluții de practică administrativă și judiciară. Principalul argument este cel privitor la scopul actului juridic/operațiunii economice, cu o serie de variațiuni; la impozitul pe profit, la nivel normativ s-a evoluat de la formula *numai cheltuielile efectuate în scopul realizării de venituri impozabile*<sup>13</sup> la formula *cheltuielile efectuate în scopul desfășurării activității economice*<sup>14</sup>; la impozitul pe venit s-a menținut formularea și anume *cheltuielile efectuate în scopul realizării de venituri, deductibile*<sup>15</sup>, respectiv *cheltuielile deductibile efectuate în scopul realizării de venituri*<sup>16</sup>; la TVA formula normativă își are originea în transpunerea Directivei 112/2006/CE *sunt destinate utilizării în folosul următoarelor operațiuni: a) operațiuni taxabile; b) operațiuni rezultate din activități economice pentru care locul livrării/prestării se consideră ca fiind în străinătate, dacă taxa ar fi deductibilă, în cazul în care aceste operațiuni ar fi fost realizate în România; c) operațiuni scutite de taxă, conform art. 294 , 295 și 296 ; d) operațiuni scutite de taxă, conform*

---

<sup>12</sup> jurio.ro

<sup>13</sup> Art. 21 alin. 1 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal abrogat.

<sup>14</sup> Art. 25 alin. 1 din Legea nr. 207/2015 privind Codul Fiscal.

<sup>15</sup> Art. 48 alin. 1 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal abrogat.

<sup>16</sup> Art. 69 alin.1 din Legea nr. 207/2015 privind Codul Fiscal.

*art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 1 - 5 și lit. b), în cazul ...;e) operațiunile prevăzute la art. 270 alin. (7) și la art. 271 alin. (6), dacă taxa s-ar fi aplicat transferului respectiv.*

Desigur, din varietatea de formulări normative, observăm și o varietate a scopurilor efectiv în discuție, implicit o vulnerabilitate din pluralitatea de formulări. Astfel, considerăm că regimul normativ nou de la impozitul pe profit cu raportarea scopului la desfășurarea activității este cel mai potrivit și lămuritor.

Cu toate acestea observăm, chiar din exemplele invocate că în motivarea actelor administrativ-fiscale, organul fiscal invocă inclusiv lipsa de venituri, ca și motiv pentru refuzul deducerii. Astfel, se poate vorbi despre o extindere administrativă a scopului cerut de lege extindere, interpretare, pe care o apreciem dincolo de limitele legii și pe cale de consecință censurabilă la nivel judiciar.

Înțelegem că obiectul probatoriului în cauză este legătură dintre cheltuială și scopul desfășurării activității economice (impozit pe profit); scopul realizării de venituri impozabile (impozit pe venit) ori folosul anumitor operațiuni indicate de lege.

În acest sens, a se vedea practică administrativă A.N.A.F., D.G.R.F.P. Ploiești, Decizia nr. 649/2016<sup>17</sup>: *Din punct de vedere fiscal, nu este suficientă prezentarea facturilor de achiziție de bunuri și servicii emise de diverși furnizori completate cu datele obligatorii prevăzute de legiuitor (aspect de formă), ci trebuie demonstrată realitatea operațiunilor înscrise în aceste facturi (aspect de fond). Faptul că societatea contestatară deține facturi de achiziție, nu justifică dreptul de deducere a taxei pe valoarea adăugată înscrisă pe aceste documente, atâta vreme cât nu se dovedește realitatea și legalitatea livrării de bunuri consemnate în aceste documente.*

Observăm că la nivel de practică administrativă și judiciară, accentul în probatoriu are un nivel propriu și anume realitatea operațiunii. Acest element se corelează cu a doua parte a studiului nostru, însă am sublinia la nivel de principiu, că în cazul actului anormal de gestiune operațiunea este reală și relativ legală, în sensul că poate fi probată cu elemente de fapt și că nu sunt incidente cauze de nulitate a tranzacției din care rezultă înregistrarea de cheltuială deductibilă.

---

<sup>17</sup> jurio.ro

Sanctiunea pentru actul anormal de gestiune în această modalitate este eminentamente fiscală și constă în pierderea dreptului de deducere a unei cheltuieli străine de scopul recunoscut de organul fiscal. Modalitatea de aplicare a acestei "sanctiuni" intervine în mecanismul specific de drept fiscal al rezervei verificării ulterioare, care supune unei forme de verificare din partea creditorului fiscal a rezultatului fiscal invocat de debitor.

Întrucât actul juridic/operațiunea economică este real, nu sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de evaziune fiscală, în modalitatea de la art. 9 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 241/2005.

## **I.2. Actul anormal de gestiune – cheltuială voluptorie**

O a doua dimensiune a conceptului de *act anormal de gestiune* derivă din nu din natura cheltuielii, ci din dimensiunea acesteia. Este vorba despre o cheltuială, care verifică integral scopul indicat de textele definind deductibilitatea, însă nu este firească prin dimensiunile sale. Am tranșat acest concept prin importarea celebrei clasificări din dreptul civil a cheltuielilor, așa cum este invocată în art. 566 C.Civ. și anume cheltuieli *utile, necesare și voluptorii*.

În lumina dispozițiilor din C.fisc., apreciem că noțiunea de voluptoriu are o dimensiune normativă; sunt *ex lege*, în mod irefragabil voluptorii cheltuielile, care nu respectă limita de deductibilitate impusă spre exemplu de art. 25 alin. (3) – cheltuieli cu deductibilitate limitată.

În acest sens, a se vedea practică administrativă A.N.A.F., D.G.R.F.P. Ploiești, Decizia nr. 9344/2016<sup>18</sup>: *În fapt, în anul fiscal 2012, contribuabilul a înregistrat depășirea plafonului pentru cheltuielile de protocol deductibile cu suma de x lei, sumă pe care o declară ca și nedeductibilă la calculul impozitului pe profit aferent acestui an. Contribuabilul nu a colectat TVA pentru cheltuielile de protocol care au depășit plafonul legal de deductibilitate și pentru care s-a dedus TVA, diminuând astfel TVA colectată cu suma de x lei, la care inspectorii fiscali au calculat majorări de întârziere/dobânzi în suma de x lei și penalități de întârziere în suma de x lei.*

În egală măsură, mai identificăm o dimensiune a noțiunii, mai apropiată de valența din dreptul civil, care corespunde unei cheltuieli supradimensionate.

---

<sup>18</sup> jurio.ro

În acest sens, a se vedea C.A. Mureș, s.cont.adm.fisc., Decizia nr. 716/R/2011<sup>19</sup>: *Referitor la cheltuielile înregistrare de către societate de active corporale reprezentând contravaloare cadă hidromasaj „I.”, Curtea urmează a se pronunța asupra acestui aspect ... deci implicit și a dispoziției privind nelegalitatea deducerii acestei cheltuieli. În acest sens, Curtea a apreciat că într-adevăr, fără a contesta necesitatea unei asemenea achiziții, respectiv a unei căzi de duș, în vederea dotării unui sediu, nu se poate omite faptul că această cadă depășește limitele unei dotări necesare și utile reprezentând în acest sens o cheltuială voluptorie și implicit cheltuială care nu se încadrează în ipoteza legală prevăzută de art. 21 alin. 1 Cod fiscal.*

Invocăm acest exemplu de practică, pentru a sublinia o limită a normei de drept fiscal, care nu instituie expres posibilitatea de corectare a cuantumului unei cheltuieli și reducerea ei la dimensiunea utilă. Apreciem că în exemplul invocat, cheltuiala verifică prin natura sa criteriile de deductibilitate indicate de textul de la art. 21, actualul art. 25 C. fisc. Chiar și textul de la art. 11 C. fisc.<sup>20</sup>, asupra căruia vom reveni, pare să ofere o soluție tot radicală, cheltuiala/tranzacția urmând integral o singură calificare. În acest sens, *de lege ferenda*, se impune a norma o soluție similară celei de la prețurile de transfer și pentru alte tipuri de cheltuieli, care să permită ajustarea *sumeii venitului sau a cheltuielii aferente rezultatului fiscal oricăreia dintre părțile*. Această soluție ar permite ca o anumită cheltuială să fie tratată prin natura ei ca deductibilă, iar prin cuantum ca deductibilă în limita unei preț obișnuit, preț al pieței.

Sanctiunea pentru actul anormal de gestiune în această modalitate este fiscală și constă în pierderea dreptului de deducere a cheltuielii voluptorii; milităm însă pentru reglementarea unei pierderi *pro-rata* a dreptului de deducere, pentru argumentele invocate mai sus.

### **I.3. Actul anormal de gestiune – abținerea de la câștig**

În mod tradițional doctrina franceză, invocă o a treia formă a actului anormal de gestiune și anume abținerea ori renunțarea la câștig. Am putea

<sup>19</sup> <http://www.jurisprudenta.org/>

<sup>20</sup> Art. 11 C. fisc. - *La stabilirea sumei unui impozit, a unei taxe sau a unei contribuții sociale obligatorii, autoritățile fiscale pot să nu ia în considerare o tranzacție care nu are un scop economic, ajustând efectele fiscale ale acesteia, sau pot reîncadra forma unei tranzacții/activități pentru a reflecta conținutul economic al tranzacției/activității.*



exemplifica cu transmiterea folosinței unor bunuri cu titlul gratuit, către o altă companie ori împrumuturile fără dobândă. În logica profesionistului, acesta are ca scop legitim profitul; desigur, în sens fiscal acest scop este aproape obligatoriu, prezumabil și la nevoie reconstituibil; în caz contrar se ridică întrebări cu privire la scopul ascuns al tranzacției.

În acest sens, a se vedea practică administrativă A.N.A.F., D.G.S.C., Decizia nr. 112(?) / 2009<sup>21</sup>: *În aceste condiții, se reține că sumele primite de celelalte societăți comerciale la care domnul\* este acționar majoritar și administrator nu îmbracă forma unor credite rambursabile acordate de SC \*, ci sunt asimilate cu creditări efectuate de administrator din surse proprii. Or, în cazul în speță, pentru ca suma de \* lei înregistrată de SC \* în contul 542 „avansuri de trezorerie” să se poată constitui în „bani personali” ai acționarului majoritar, se impune încadrarea acestei sume în categoria dividendelor, dividendele reprezentând singura modalitate legală prin care deținătorul titlurilor de participare beneficia, în regim de „bani personali”, de profitul realizat de societățile la care deține titluri. În condițiile în care suma în cauză a fost încasată de acționarul \* fără nicio contraprestație, nu poate fi încadrată decât în categoria dividendelor, fiind ridicată în folosul personal al asociatului. Aceasta, întrucât nu societatea contestatoare împrumută firmele din grup, ci persoana fizică \*.*

În egală măsură, am putea identifica o chestiune sensibilă în materia pierderilor, care de asemenea caracterizează, în sensul consecințelor fiscale, un act de gestiune dincolo de limitele prudenței și diligenței. Astfel, scăzămintele, pierderile, perisabilitățile, lipsurile din gestiune sunt consecințe ale gestiunii unui patrimoniu, cu relevanță inclusiv asupra calității și realității acesteia. În sensul C.fisc., aceste cheltuieli sunt cheltuieli deductibile limitat, în condițiile speciale, care reglementează acel tip de activitate. Desigur, sarcina probei revine contribuabilului.

În acest sens, a se vedea practică administrativă A.N.A.F., D.G.S.C., Decizia nr. 171/2016: *Întrucât societatea nu a prezentat documente justificative din care să rezulte că bunurile lipsă din gestiune, înregistrate de societate în conturile de cheltuieli, au fost degradate calitativ din cauze*

---

21

*obiective și nu mai pot fi valorificate, echipa de inspecție fiscală a procedat la colectarea suplimentară a taxei pe valoarea adăugată în sumă de X lei.*

Sancțiunea pentru actul anormal de gestiune în această modalitate este fiscală și constă în reintegrarea venitului impozabil, cu valorile obiect al actelor juridice încadrate ca acte anormale de gestiune.

## II. Abuzul de drept

Vom porni în analiza *abuzului de drept* de la elementele generice din formularea C.civ.. Sunt incidente art. 15 C.civ. - *niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătămă sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe* și art. 1353 C.Civ. - *cel care cauzează un prejudiciu prin chiar exercițiul drepturilor sale nu este obligat să-l repare, cu excepția cazului în care acesta este exercitat abuziv.*

În doctrina de drept civil, au fost identificate patru caractere care se circumscriu noțiunii de *abuz de drept*, exercitarea dreptului subiectiv civil și anume (i) prin nesocotirea scopului economic și social pentru care a fost recunoscut, (ii) cu nesocotirea legii și moralei, (iii) cu rea-credință și (iv) cu depășirea limitelor sale<sup>22</sup>.

Pentru o poziționare a acestor elemente în doctrina de drept fiscal, am invocat<sup>23</sup> opinia formulată de domnul Pierre Collin, în calitate de comisar al guvernului în Cauza *Sagal*, în fața Consiliului de Stat al Franței<sup>24</sup> - „*ceea ce procedura abuzului de drept vizează să combată, nu este simpla optimizare fiscală sau simplul fapt pentru o societate, de a proceda la acte izolate și curente, care să-i permită reducerea la maximum a datoriei sale fiscale (...). Ceea ce abuzul de drept sancționează este montajul. Acest montaj poate fi o simplă ficțiune juridică, este abuzul de drept prin simulare; poate fi și o simplă ficțiune economică, este abuzul de drept prin fraudă la lege (...). Nu există abuz de drept decât în prezența unei serii de acte, coerente și convergente, executate cu scopul de a crea o situație juridică sau*

---

<sup>22</sup> Ghe. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Casa de Editură și Presă „Șansa” S.R.L., București, 1994, p. 81; apud C. Vlădescu, *Abuzul de drept în lumina noului Cod Civil*, pe [juridice.ro](https://www.juridice.ro), <https://www.juridice.ro/170850/abuzul-de-drept-in-reglementarea-noului-cod-civil.html>

<sup>23</sup> I.M. Costea, *Optimizarea fiscală... op. cit.*, p. 108.

<sup>24</sup> G. Goulard, *L'abus de droit à la lumière du droit communautaire*. – À propos de l'arrêt CE, 18 mai 2005, SA Sagal, în *Revue de Droit Fiscal*, nr. 44/2005, Fasc. 5, p. 6.

*economică artificială, cu scopul unic de a se situa sub prevederile unei dispoziții fiscale favorabile”.*

La nivel normativ, avem și o definiție formală, prin dispozițiile art. 11 alin. (12) C.fisc. *pentru a invoca abuzul de drept, trebuie să fie îndeplinite cumulativ două condiții: a) tranzacțiile în cauză, în pofida aplicării formale a condițiilor prevăzute de dispozițiile legale, au drept rezultat garantarea unor avantaje fiscale care ar contraveni scopului acelor dispoziții legale; b) trebuie dovedit, în mod obiectiv, faptul că scopul esențial al operațiunilor în cauză este de a se obține un avantaj fiscal.*

## **II.1. Simulația în materie fiscală**

În contextul actual, economia de creanța fiscală este una din cauzele recurente ale simulației. În mod tradițional, simulația are mai multe forme, din care toate sunt utilizabile în materie fiscală.

### **II.1.1. Simulația prin act fictiv**

În materie fiscală, noțiunea de *act* se suprapune evident cu noțiunea din dreptul civil, desemnând manifestarea de voință a unui subiect de drept, subiect care în domeniul fiscal poate fi contribuabilul însuși ori un terț. Actul desigur poate fi unilateral ori bilateral și specific mecanismului probatoriu în fiscal este subzistența acestuia nu numai ca *negotium juris*, ci și ca *instrumentum probationem*, fie aceste documentul contabil ori nu.

În sistemele de determinare a impunerii în care actele juridice au relevanță (mai puțin sistemul forfetar), aceste acte materializate în înscrisuri sunt obiectul și temeiul unor înregistrări în evidențele contabile, prin preluare în registre și jurnale. Astfel, un act (*negotium*) fictiv se relevă prin unul sau de regulă, mai multe acte (*instrumentum*) fictive<sup>25</sup>.

#### **(1) Societatea fictivă. Societatea inactivă. Societatea tip-fantomă**

O primă ipoteză de lucru în materia simulației este societatea fictivă. Existența registrelor de înregistrare a persoanelor juridice face dificilă utilizarea unei societăți fictive, în sensul de entitate care nu există. Este

---

<sup>25</sup> E.g.: un contract de locațiune fictiv este relevat de contract ca înscris, de factura lunară emisă de locator, de chitanța atestând plata, de evidențierea în jurnale, registre etc., precum și în situațiile financiare finale și declarațiile fiscale – prezentat în „Considerații privind abuzul de drept fiscal prin simulație”, în *Curierul Fiscal*, nr. 6/2011, pp. 40-44, ISSN 1841-7779.

totuși posibil, ca actul fictiv să fie ”încheiat” cu o entitate fictivă, deși acest fapt va fi relativ ușor de evidențiat; spre exemplu, factura dovedind cheltuiala va purta un cod de identificare care corespunde unei alte entități.

O variațiune a societății fictive este societate tip-fantomă, invocată frecvent în cauzele cu miez fiscal. Pentru a defini *societate tip-fantomă* este esențial faptul că aceasta subzistă formal, îndeplinește procedurile de înregistrare și de declarare, însă nu se poate proba realitatea activității sale.

În plan fiscal, societatea fictivă este destul de des asimilată cu *societatea inactivă*, or cele două noțiuni sunt relativ distincte. În cazul societăților inactive este foarte probabil ca actele juridice în cauză să fie reale, nefiind vorba despre o simulație, ci de o lipsă de conformitate fiscală<sup>26</sup>. Societatea inactivă are un comportament fiscal reprobabil, pentru care a fost înscrisă în acest registru special al contribuabililor inactivi și pentru care suportă și o sancțiune formală a pierderii relevanței fiscale a operațiunilor sale și a înscrisurilor emise.

În acest sens, a se vedea practică administrativă A.N.A.F., D.G.R.F.P. Ploiești, Decizia nr. 498/2016: *Pentru a stabili nedeductibilitatea organelor de inspecție fiscală au reținut că este vorba de achiziții de la societăți radiate, inactive ori care nu au dat curs solicitărilor de prezentare de înscrisuri, care au alt obiect de activitate decât cel corespunzător achizițiilor efectuate de societate, care nu au declarat tranzacțiile în declarațiile informative, iar facturile de achiziții au fost plătite în numerar, la limita plafonului legal de 5.000 lei, existând suspiciunea că s-a evitat efectuarea plăților prin decontare bancară.*

În pofida exemplului de practică administrativă, la nivel de practică judiciară sunt recunoscute aceste distincții. Observăm că în jurisprudența Înaltei Curți, se face distincție între societatea fictivă, societatea tip-fantomă, societatea inactivă și tranzacțiile acestora.

În acest sens, a se vedea Î.C.C.J., s.cont.adm. fisc., Decizia nr. 1274/2015<sup>27</sup>: *Chiar dacă în concluziile raportului de expertiză referitoare la relațiile comerciale derulate de SC T.P. SRL și SC D.L.F. SRL s-a precizat că acestea erau funcționale trebuie subliniat că organele fiscale nu au considerat că cele două societăți ar fi fost declarate inactive, ci s-a precizat*

---

<sup>26</sup> În sens contrar, a se vedea: S. Bodu, C. Bodu, *Infrațiunile de evaziune fiscală (III). Evaziunea fiscală propriu-zisă*, în Revista română de drept al afacerilor nr. 10/2016, p. 96.

<sup>27</sup> jurio.ro

*ele au un comportament fiscal tip-fantomă datorită faptului că nu au depus nicio declarație la organul fiscal teritorial. Anexele raportului de expertiză invocate de recurentă nu au fost însușite nici de către organele de cercetare penală pentru că în rechizitoriul D.I.I.C.O.T., Serviciul Teritorial Ploiești s-a reținut că recurenta-reclamanta a făcut acte de comerț nereale cu 33 societăți furnizoare, între care și cele două societăți. Oricum, pentru că în cauza se contestă existența creanței fiscale, instanța trebuie să analizeze întregul material probatoriu administrat în cauză, nu numai expertizele efectuate în alte cauze și, prin coroborarea acestor probe, să se stabilească dacă există sau nu obligația de plată a unor creanțe fiscale de către recurentă....Trebuie precizat că chiar și în ipoteza în care au fost completate toate elementele prevăzute de lege în facturile fiscale nu este înlăturată posibilitatea organului de control fiscal de a dovedi că operațiunile comerciale la care se referă acestea sunt nereale, că acestea sunt simulate și că au fost întocmite cu singurul scop de a frauda. De aceea, organul fiscal poate să constate că factura sau alt document justificativ are înscrise toate elementele/informațiile prevăzute de lege la data operațiunii, dar se poate dovedi, contrar informațiilor înscrise și completate corect (în mod formal) în factură că operațiunea la care se referă aceasta nu a avut loc în realitate și că a fost întocmit cu singurul scop de a frauda fiscal, scăzând baza de impozitare pentru o impozitare pe profit mai mică și pentru a solicita deducerea de TVA necuvenit, ipoteză în care organul fiscal are obligația de a răsturna prezumția de bună credință ce rezultă din completarea facturii cu toate informațiile prevăzute de lege și de a dovedi deci fraudarea legii. În speță, organul de control fiscal a reușit să facă dovada că, deși au fost prezentate facturi, fie acestea au înscrise elemente care dovedesc nerealitatea tranzacțiilor, fie acestea nu pot fi considerate document justificativ și au fost prezentate elemente de fapt ce conduc la ideea că acestea nu au la baza tranzacții reale.*

Astfel, concluzia generică rezultând din speța invocată este că atunci când este vorba despre societăți tip-fantomă, probatoriul privește actele juridice individual analizate și nu statutul generic al societății.

Sanctiunea pentru tranzacțiile fictive se determină în două planuri și anume în plan fiscal prin pierderea efectelor fiscale ale operațiunii și în plan penal prin relevarea acesteia ca modalitate a infracțiunii de evaziune fiscală, prevăzută la art. 9 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 241/2005 - *evidențierea, în actele contabile sau în alte documente legale, a cheltuielilor care nu au la*

*baza operațiuni reale ori evidențierea altor operațiuni fictive.* Pentru dimensiunea de drept penal, avem și o definiție a operațiunii fictive – art. 2 lit. f) din Legea nr. 241/2005 și anume: *disimularea realității prin crearea aparenței existenței unei operațiuni care în fapt nu există.* Observăm că generic noțiunea de *fictiv* este delimitată antinomic față de noțiunea de *real*<sup>28</sup>. Am afirma că fictivitatea subzistă ori de câte ori operațiunea nu are loc decât în plan formal, fără a fi dublată în plan material.

Sanctiunea pentru tranzacțiile cu contribuabili inactivi, dispusă în temeiul art. 11 alin. 7 C. fisc. - *Beneficiarii care achiziționează bunuri și/sau servicii de la persoane impozabile stabilite în România, după înscrierea acestora ca inactivi în Registrul contribuabililor inactivi/reactivați conform Codului de procedură fiscală, nu beneficiază de dreptul de deducere a cheltuielilor și a taxei pe valoarea adăugată aferente achizițiilor respective, cu excepția achizițiilor de bunuri efectuate în cadrul procedurii de executare silită și/sau a achizițiilor de bunuri/servicii de la persoane impozabile aflate în procedura falimentului potrivit Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență,* este o sancțiune care nu pune în discuție realitatea operațiunii, ci conformitatea acesteia. Aspectul verificat este strict formal și probatoriul limitat în același sens și anume calitatea de contribuabil înscris în Registrul contribuabililor inactivi.

## **(2) Contractele fictive**

Operațiunea contractuală fictivă este adesea parte dintr-un mecanism fraudulos mai complex, invocat anterior, în cazul societăților tip-fantomă. Beneficiile din "economie fiscală" sunt beneficii "continuate"; folosim impropriu termenii pentru a indica faptul că adesea, montajul fiscal este multiplicat ori cel puțin privește contracte cu executare succesivă. Este posibil însă să se particularizeze și raportat la un singur contract. Am înțelege că este posibilă construirea unui mecanism fictiv de deducere având la bază un contract fictiv, mai ales în domeniul contractelor de consultanță.

Codul fiscal și normele metodologice, în varianta anterioară arătau o atenție aparte dispozițiilor privind contractele de consultanță, pentru care

---

<sup>28</sup> Pentru detalii, a se vedea: B. Vîrjan, *Infrațiunile de evaziune fiscală*. Ediția a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2016.

instituiau un regim special de probare a executării<sup>29</sup>; reglementarea nu a fost menținută în noul Cod fiscal. De aici, tragem concluzia aplicării în cazul contractelor de consultanță a regimul comun de probă pentru a se obține deductibilitatea.

În acest sens, a se vedea practică administrativă A.N.A.F., D.G.F.P. Cluj (?), Decizia nr. 40/2013: *Față de prevederile legale invocate mai sus, se reține că: deductibilitatea cheltuielilor cu prestările de servicii se analizează în funcție de datele cuprinse în contractul/contractele de prestări servicii referitoare la prestatori, termene, tarife, valoarea totală a contractului și pe baza documentelor justificative care atestă prestarea efectivă și necesitatea acestora*<sup>30</sup>.

Apreciem că în mod pragmatic, mecanismul contractului fictiv poate fi utilizat în cazul tuturor contractelor dematerializate, ce au ca obiect management, consultanță, drepturi de proprietate intelectuală. În egală măsură, aceste contracte sunt viabile mai ales dacă sunt utilizate prin combinație cu jurisdicții fiscale favorabile: paradisurile fiscale. Exprimăm și menținem opinia exprimată că în aceste ipoteze montajul ne duce, de asemenea aproape, de evaziunea fiscală în sens penal și că cheia soluționării problemei rezidă nu în practica prețurilor de transfer, ci în dovedirea realității operațiunii. Referitor la prețurile de transfer, acestea nu sunt un mijloc de probă, ci o sancțiune pe opozabilitate; între părți tranzacția se va executa la prețul liber stabilit, doar efectele fiscale sunt filtrate prin stabilirea unui preț de referință.

Sancțiunea aplicabilă în ipoteza unui contract fictiv este sancțiunea penală. Afirmăm cu convingere că soluția prețurilor de transfer este legată de o operațiune reală, și *per a contrario* unei operațiuni contractuale fictive i se aplică soluția penală, fiind întrunite elementele constitutive ale infracțiunii în modalitatea de la art. 9 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 241/2005<sup>31</sup>. Menținem

---

<sup>29</sup> Art. 21 alin. 4 C. fisc. (Legea nr. 571/2003): Următoarele cheltuieli nu sunt deductibile: m) cheltuielile cu serviciile de management, consultanță, asistență sau alte prestări de servicii, pentru care contribuabilii nu pot justifica necesitatea prestării acestora în scopul activităților desfășurate și pentru care nu sunt încheiate contracte;

<sup>30</sup> <http://clujlawyers.ro/wp-content/uploads/2015/08/Jurisprudenta-si-spete.-impozit-profit.pdf>

<sup>31</sup> Autorat pentru contribuabilul care înregistrează cheltuială și complicitate pentru cel care "înregistrează" venitul.

opinia<sup>32</sup> că în ansamblul său, utilizarea unui montaj cu contracte succesive pentru a transfera valoarea impozabilă în baza impozabilă a unei anumite entități reprezintă o faptă ilicită, dincolo de problema prețurilor de transfer.

Vom importa un exemplu de practică judiciară, din jurisprudența Curții de Casație Franceze, pentru a ilustra fictivitatea contractuală, cu angajarea răspunderii penale<sup>33</sup>: *dna FE, astrolog a depus la Institutul național de proprietate intelectuală 21 de mărci comerciale, pe care le-a cedat la 31 august 1993, unei societăți holding domiciliată în Curaçao, societatea Zenium, care la 1 septembrie 1994 a concesiionat exploatarea mărcilor către societatea olandeză Technoc et Octrooien, creată șa 12 februarie 1993, care mai departe a transmis utilizarea mărcilor către SEVPC, societate constituită la 1 septembrie 1994 și deținută de soțul dnei E.; controalele fiscale au permis a se stabili că montajul a avut la bază nota confidențială, ridicată din spațiile unui avocat și că contractele de concesiune nu au niciodată executate, nicio redevență nu a fost vărsată sau clamată; autoritatea fiscală redând operațiunilor litigioase valoarea lor reală a considerat că dna. FE a rămas proprietarul mărcilor și că a exploatat profitul acestora.*

Apreciem că fictivitatea contractuală poate avea și o dimensiune inversă, contractul este exclusiv secret; în materie fiscală această modalitate permite ascunderea veniturilor impozabile – prestări servicii, locațiuni, împrumuturi etc., mai ales în ipoteza unor contractori persoane fizice. În acest context, nu putem vorbi expres despre un abuz de drept, ci mai mult despre inacțiune. Cu toate acestea, este evident comportamentul fiscal fraudulos.

Sancțiunea acestui comportament are desigur o dimensiune penală, prin întrunirea elementelor constitutive ale infracțiunii de evaziune fiscală, în modalitatea de la art. 9 alin. (1) lit. a) – *ascunderea bazei impozabile ori taxabile*. Însă este incident și un remediu fiscal, care apreciem noi, intervine întotdeauna în relevarea bazei impozabile și determinarea obligațiilor fiscale

---

<sup>32</sup> I.M. Costea, *Combaterea evaziunii fiscale și fraudă comunitară*, București: Editura C.H. Beck, 2010, pp. 93-94, în dezacord cu S. Bodu, C. Bodu, *Infracțiunile de evaziune fi scală (I). Aspecte comune ale infracțiunilor de evaziune fiscală*, în *Revista română de drept al afacerilor* nr. 8/2016, p. 93.

<sup>33</sup> Cass. crim., 8 febr. 2006, nr. 05-83.493, T. épse E. : *Juris-Data* n° 2006-032456, apud: *Droit fiscal* nr. 20, Mai 2006, comm. 407 - *La procédure de répression des abus de droit est sans incidence sur les poursuites pour fraude fiscale devant la juridiction répressive.*



aferente. Procedeu de lucru este estimarea bazei de impunere pe baza unor elemente de probatoriu privind sursa și volumul veniturilor relevante fiscale.

În acest sens, a se vedea C.A. Timișoara, s.cont.adm.fisc., dec. nr. 35/2008<sup>34</sup>: *Prezentul litigiu are de obiect legalitatea deciziei (...), emisă de D.G.F.P. T, precum și a deciziei de impunere nr. (...), emisă de A.F.P T. (...) s-a reținut că reclamantul Al E. Kamal a acordat împrumuturi cu dobândă în cuantum de (...). În consecință, prin această decizie s-a calculat impozitul pe venitul obținut de reclamant prin această activitate. Instanța de fond a reținut că înscrisurile avute în vedere de către pârâte la calcularea impozitului nu erau suficiente pentru stabilirea bazei de impunere legală, întrucât nu s-a stabilit cu certitudine existența unor titluri de creanță, respectiv existența contractelor de împrumut cu dobândă încheiate de reclamant. Curtea observă, la rândul său, că din dosarul cauzei rezultă că organele fiscale au calculat impozitul pe baza unei adrese comunicate de Inspectoratul de Poliție al Județului T., în care se făcea referire la faptul că reclamantul Al E. Kamal a acordat împrumuturi cu dobândă în cuantum de (...). Calculul sumelor obținute de reclamant în acest mod s-a făcut pe baza unor chitanțe eliberate de reclamant debitorilor săi și pe baza unor tabele și a unor declarații ale unor persoane*<sup>35</sup>.

### II.1.2. Simulația prin act deghizat

Problema *deghizării* apreciem că poate fi privită în registru specific impus de C.civ., distingând între deghizarea totală și deghizarea parțială.

#### (1) Deghizarea totală

În ipoteza deghizării totale, actul juridic public deturneză efectele actului secret, deturnare care în lumina analizei noastre are efecte fiscale.

Raportat la deghizarea totală, am invoca exemplul deja extrem de sonor al activității dependente deghizate în activitate independentă<sup>36</sup>. Deghizarea contractului de muncă în contract de prestări servicii ori contracte de cesiune de drepturi de proprietate intelectuală, eventual sub pavăza unei profesii liberale. Remediu material al procedurii este indicat de

<sup>34</sup> Jurindex, disponibilă la <http://www.jurisprudenta.org/>

<sup>35</sup> Exemplu utilizat și în lucrarea: „Dreptul de apreciere al organului fiscal: recalificare, estimare, ajustare”, în *Curierul Fiscal*, nr. 8-9/2011, ISSN 1841-7779. pp. 49-52

<sup>36</sup> I.M. Costea, D. Iluca, „Din nou despre activitățile (in)dependente”, în *Tax Magazine*, nr. 5/2015, p. 213-228

recalificarea după criteriile enumerate la art. 7<sup>37</sup> cu detalierile din Normele metodologice. În doctrină au fost exprimate opinii privind natura penală a acestui montaj<sup>38</sup>; desigur se pune problema unei încadrări textuale raport la modalitățile infracțiunii de evaziune fiscală. Apreciem că ar putea fi incidentă modalitatea de la art. 9 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 241/2005 privind evaziunea fiscală și anume *ascunderea bazei impozabile*, în sensul în care este vorba despre o ascundere juridică, o simulație. În egală măsură, aparența de calificare diferită a unui anumit contract tinde să țină în loc răspunderea penală, fiind necesar a se proba și alte elemente specifice montajului pentru a reține existența elementelor constitutive ale infracțiunii.

În acest sens, a se vedea practică administrativă A.N.A.F., D.G.S.C., Decizia nr. 334/2011<sup>39</sup>: (...) *acestuiua prevăd că reprezintă venituri din*

---

<sup>37</sup> Art. 7 C. fisc. - 1. *activitate dependentă* - orice activitate desfășurată de o persoană fizică într-o relație de angajare generatoare de venituri;

2. *activitate dependentă la funcția de bază* - orice activitate desfășurată în baza unui contract individual de muncă sau a unui statut special prevăzut de lege, declarată angajatorului ca funcție de bază de către angajat; în cazul în care activitatea se desfășoară pentru mai mulți angajatori, angajatul este obligat să declare numai angajatorului ales că locul respectiv este locul unde exercită funcția pe care o consideră de bază;

3. *activitate independentă* - orice activitate desfășurată de către o persoană fizică în scopul obținerii de venituri, care îndeplinește cel puțin 4 dintre următoarele criterii:

3.1. persoana fizică dispune de libertatea de alegere a locului și a modului de desfășurare a activității, precum și a programului de lucru;

3.2. persoana fizică dispune de libertatea de a desfășura activitatea pentru mai mulți clienți;

3.3. riscurile inerente activității sunt asumate de către persoana fizică ce desfășoară activitatea;

3.4. activitatea se realizează prin utilizarea patrimoniului persoanei fizice care o desfășoară;

3.5. activitatea se realizează de persoana fizică prin utilizarea capacității intelectuale și/sau a prestației fizice a acesteia, în funcție de specificul activității;

3.6. persoana fizică face parte dintr-un corp/ordin profesional cu rol de reprezentare, reglementare și supraveghere a profesiei desfășurate, potrivit actelor normative speciale care reglementează organizarea și exercitarea profesiei respective;

3.7. persoana fizică dispune de libertatea de a desfășura activitatea direct, cu personal angajat sau prin colaborare cu terțe persoane în condițiile legii;

<sup>38</sup> S. Bodu, C. Bodu, *Infracțiunile de evaziune fi scală (I). Aspecte comune ale infracțiunilor de evaziune fiscală*, în Revista română de drept al afacerilor nr. 8/2016, p. 92.

<sup>39</sup>

[https://chat.anaf.ro/ContestatiiSite.nsf/ec4cdbdead046898422570de003c294f/f3874a120be86e57c22578f800259eab/\\$FILE/DECIZIA%20334%202011%20DEP.pdf](https://chat.anaf.ro/ContestatiiSite.nsf/ec4cdbdead046898422570de003c294f/f3874a120be86e57c22578f800259eab/$FILE/DECIZIA%20334%202011%20DEP.pdf)

*activități dependente, întrucât sunt îndeplinite criteriile precum: părțile au stabilit felul activității, locul în care se desfășoară aceasta (un management presupune prezența la entitatea juridică, respectiv la sediul Clubului de Fotbal, în aceeași măsură și antrenorii, personalul tehnic, medicii – respectiv la terenul de fotbal unde se desfășoară competițiile sportive și antrenamentele); din contract rezultă că persoana fizică contribuie numai cu prestația sa fizică și intelectuală și nu și cu bunurile proprii; Clubul de Fotbal, în calitate de persoana juridică care utilizează capacitatea de muncă a persoanelor fizice cu care are încheiate contracte (managerul, antrenorii, coordonatorii joc, etc.) pune la dispoziția acestora bunuri din patrimoniu (mijloace de transport, autoturisme, telefoane, săli de pregătire, etc.) și decontează cheltuielile făcute de aceștia în interesul Clubului, în sensul că suporta cheltuieli de deplasare, transport, etc.; managerul, antrenorii și celelalte persoane care au fost retribuite pentru prestația față de Club pe bază de convenții civile sunt obligate să se supună hotărârilor Consiliului de administrație, a Conducerii Clubului, existând astfel o relație de subordonare față de acesta.*

Desigur este de observat că deși deghizarea este totală, efectul fiscal în aceste condiții este parțial, urmărindu-se economia de contribuții sociale ce derivă din calificarea dependent-independent. Astfel, actul public și actul secret au natură juridică diferită, însă relativ apropiată; distincția dintre contractul individual de muncă și un contract de prestări servicii ori o cesiune de drepturi de autor este certă. Cu toate acestea, la nivelul efectelor produse, vedem o serie de similitudini: contracte cu titlu oneros, cu executare în timp, ce implică prestații fizice ori intelectuale. Ori aceste similitudine sunt oglindite și în arhitectura C. fisc., care consacră regimuri similare pentru venituri cu dinamică similară.

## **(2) Deghizarea parțială. Prețurile de transfer**

În al doilea rând, deghizarea poate privi doar un element al contractului și anume prețul, în sensul în care părțile convin să stabilească baza de impunere prin declararea fictivă a unui preț mai mic ori mai mare.

Simulația cu privire la preț prin diminuarea acestuia intervine de regulă când elementul preț este relevant ca venit al unei persoane impozabile, venit a cărui diminuare se urmărește.

În acest sens, a se vedea Î.C.C.J., s. a II-a, Decizia nr. 80/2016<sup>40</sup>: *Construcția juridică realizată prin încheierea concomitentă a două contracte, unul de vânzare-cumpărare, în care s-a trecut un preț mai mic decât cel real și unul de împrumut, în care suma împrumutată reprezintă, în realitate, diferența dintre prețul real convenit de părți și prețul aparent, declarat în contractul de vânzare-cumpărare, conține toate elementele unei simulații sub forma deghizării parțiale a elementului preț din conținutul contractului de vânzare-cumpărare. Natura ilicită a acestei construcții juridice, prin care părțile au urmărit fraudarea legislației fiscale prin eludarea plății impozitului pe transferul proprietății, nu se răsfrânge asupra scopului urmărit de părți la încheierea contractului de vânzare-cumpărare, deoarece doar modalitatea de plată a prețului are în sine o componentă ilicită, iar nu întreaga operațiune de vânzare-cumpărare, care are la bază principiul libertății contractuale și care nu contravine prevederilor art. 5 C. civ. din 1864.*

Subliniem din nou faptul că actele juridice încheiate între părți, primesc prin normele de drept fiscal o analiză de opozabilitate și nu de validitate; pentru aceste considerente sancțiunea cu care lucrează administrația fiscală este inopozabilitate. Actul juridic public nu va produce efecte fiscale; instituția publică ca și creditor fiind un terț în raport de simulație. Între părți, acestea vor executa actul secret, însă apreciem că în caz de deghizare putem fi chiar în situația în care se va executa actul public.

Simulația cu privire la preț prin majorarea acestuia intervine, de regulă, când elementul preț este utilizat pentru a muta baza impozabilă într-o jurisdicție mai favorabilă fiscal. Astfel, o societate exportă profitul prin intermediul unui contract încheiat cu o persoană afiliată. Desigur, am mai făcut referire la un exemplu similar, însă subliniem că de această dată, contractul este real în materialitatea sa, efectele sale se produc și drepturile și obligații sunt efectiv executare, însă se manipulează prețul.

Soluția la nivel fiscal – sancțiunea specifică – este ajustarea prețului tranzacției raportat la metoda prețurilor de transfer. Astfel, efectul, așa cum am mai subliniat, este de determinare a unei opozabilități limitate a tranzacției în mediul fiscal. Desigur, așa cum invocă și Înalta Curte în Decizia nr. 80/2016, nu sunt incidente aspecte privind nulitatea în procedura

---

<sup>40</sup> juridice.ro către <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=129084>

fiscală; părțile vor executa actul secret, *sanctiunea civilă care intervine în cazul simulației prin deghizarea parțială a prețului fiind inopozabilitatea față de terți (inclusiv organul fiscal n.n.) a situației create prin contractul ce conține elementul secret, iar nu nulitatea absolută*<sup>41</sup>.

Utilizarea prețurilor de transfer se face în condițiile O.P.A.N.A.F. nr. 442/2016 privind cuantumul tranzacțiilor, termenele pentru întocmire, conținutul și condițiile de solicitare a dosarului prețurilor de transfer și procedura de ajustare/estimare a prețurilor de transfer<sup>42</sup>.

În acest sens, a se vedea C.A. Galați, s.cont.adm.fisc., Decizia nr. 304/2915: *În ceea ce privește concluziile diferite ale celor doi experți privind rezultatul analizei prețurilor de transfer prin metoda comparării prețurilor, instanța apreciază că, atât timp cât prețurile practicate pentru vânzări către compania afiliată sunt mai mari, fie mai mici față de prețurile de vânzare către companiile comparabile, ar fi trebuit să fie efectuată o ajustare cumulată cu luarea în considerare și a cazurilor în care prețul cu afiliații este sub intervalul de comparare. Astfel indiferent de metoda luată în calcul (a comparării prețurilor sau metoda marjei nete) nu s-ar fi dispus reconsiderarea nivelului de preț în cazul tranzacțiilor cu persoane afiliate, pentru anul 2009 și 2010.*

Desigur în acest context, actul public are aceeași natură juridică cu actul secret; cu toate acestea apreciem că subzistă elemente constitutive ale infracțiunii de evaziune fiscală, în modalitatea de la art. 9 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 241/2005. Apreciam că este incidentă forma de la lit. a) – ascunderea bazei impozabile ori taxabile și nu lit. c) întrucât tranzacția este reală, iar organul fiscal nu probează absența acesteia. În caz contract, este în fapt vorba despre o simulația prin act fictiv.

În acest sens, a se vedea Î.C.C.J., s.cont.adm.fisc., Decizia nr. 974/2014: *Contrar celor reținute de prima instanță, Înalta Curte consideră că intimata-reclamantă nu a demonstrat printr-un probatoriu adecvat că serviciile care făceau obiectul contractelor menționate au fost efectiv prestate. Nu s-au prezentat situații de lucrări, procese-verbale de recepție, studii de fezabilitate și altele asemenea care să facă credibile susținerile părții. Este real că în contextul specific analizat o abordare rigidă a acestei probleme ar putea părea excesivă, însă nici nu poate fi girat punctul de*

---

<sup>41</sup> Î.C.C.J., Decizia nr. 80/2016, disponibilă pe [scj.ro](http://scj.ro)

<sup>42</sup> Publicat în M. Of. nr. 74 din 02.02.2016.

*vedere al contribuabilului potrivit căruia documentele depuse conținând: listă de mărci folosite în România, articole de presă, grafice privind influența diversilor parametri asupra activității, informații extrase de pe internet, grafic de control al calității ș.a.m.d. demonstrează realitatea prestării serviciilor ... De altfel, furnizarea faptică a serviciilor este greu de probat și din cauza modului deficitar, generic, în care au fost redactate contractele de prestări servicii, nefiind prevăzuți parametri obligatorii cum ar fi termenele de efectuare și răspunderea contractuală.*

Simularea cu privire la preț înregistrat ca și cheltuială deductibilă intervine atunci când bunurile pentru care se înregistrează cheltuială sunt utilizate *de facto* atât în interesul companiei, cât și în folos personal, spre exemplu: *autoturismul, cu combustibilul aferent, abonamentul telefonului sau renovarea unui imobil ce reprezintă atât sediul societății, cât și locuința personală ori cheltuieli de protocol*<sup>43</sup>.

Sanctiunea specifică nu poate fi decât recalificarea cheltuielii și înlăturarea acesteia din suma cheltuielilor deductibile. Apreciem că nu se poate vorbi despre răspundere penală în acest caz, deoarece întreaga operațiune este relevantă, iar cheltuiala este reală. Astfel, sancțiunea efectivă nu poate fi decât recalificarea tranzacției față de scopul ei real.

În acest sens, a se vedea practică administrativă A.N.A.F., D.G.F.P. (?), Decizia nr. 238/2010<sup>44</sup>: *Prin urmare, potrivit dispozițiilor legale mai sus citate, rezulta ca sunt deductibile fiscal numai cheltuielile cu funcționarea și întreținerea aferente bunurilor care fac obiectul unui contract de comodat și numai pentru partea aferentă utilizării în scopul afacerii. Dispozițiile fiscale în materie sunt întărite și de doctrina juridică și de contestatară prin contestația depusă, potrivit căreia comodatarul este obligat să suporte doar cheltuielile necesare folosinței lucrului, respectiv doar reparațiile mici numite și locative, care reprezintă un accesoriu al folosinței. Obligația comodatarului de a întreține imobilul ca un bun proprietar implica obligația acestuia de a efectua reparații mici (locative, de întreținere a imobilului) pe perioada derulării contractului, iar la sfârșitul contractului să-l predea în*

---

<sup>43</sup> S. Bodu, C. Bodu, *Infracțiunile de evaziune fiscală (III). Evaziunea fiscală propriuzisă*, în Revista română de drept al afacerilor nr. 10/2016, p. 96.

<sup>44</sup> [https://www.google.ro/search?q=cheltuieli+bunuri+folosinta+mixta&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-ab&gws\\_rd=cr&ei=XorsWJbyMMqiUr3EoHg#q=cheltuieli+bunuri+folosinta+mixta&start=10](https://www.google.ro/search?q=cheltuieli+bunuri+folosinta+mixta&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-ab&gws_rd=cr&ei=XorsWJbyMMqiUr3EoHg#q=cheltuieli+bunuri+folosinta+mixta&start=10)

*starea inițială, astfel ca orice obligație suplimentară asumată de comodatari vizând reparații capitale, modernizări și orice alte reparații care nu rezultă din folosința lucrului, fiind în sarcina proprietarului comodant, excede naturii contractului de comodat.*

### **II.1.3. Simulația prin interpunere de persoane**

În mod real, am ridică întrebarea dacă simulația prin interpunere de persoane nu apare destul de frecvent în materie fiscală, suprapunându-se cu actul anormal de gestiune, când se înregistrează o cheltuială străină de persoana contribuabilului.

În acest sens, a se vedea Î.C.C.J., s.cont.adm.fisc., Decizia nr. 3253/2012<sup>45</sup>: *Astfel, referitor la impozitul pe dividende, instanța a reținut că este corectă concluzia organelor fiscale privind nedeductibilitatea unor cheltuieli care nu au profitat societății reclamante, ci asociatului unic, fiind vorba de cheltuieli de cazare, lucrări de construcții, textile și confecții, lenjerie, decorațiuni și tablouri, draperii, cuverturi, obiecte de inventar, ș.a. În acest sens, instanța a constatat că acele cheltuieli nu au servit activității economice a reclamantei, fiind astfel incidente prevederile (...) potrivit cărora „se consideră dividend din punct de vedere fiscal și se supune aceluiași regim fiscal ca veniturile din dividende suma plătită de o persoană juridică pentru bunurile sau serviciile furnizate în favoarea unui participant la persoana juridică, dacă plata este făcută de persoana juridică în folosul personal al acestuia”. Referitor la autoturismul marca „a” achiziționat în anul 2004, s-a reținut că în mod corect au fost considerate ca nedeductibile cheltuielile cu amortizarea, reclamanta datorând impozitul pe dividende calculat de organele fiscale, fiind aplicabile dispozițiile (...) Cod fiscal, în conformitate cu care constituie un avantaj impozabil „utilizarea oricărui bun, inclusiv a unui vehicul de orice tip, din patrimoniul afacerii în scop personal”. Sub acest aspect s-a constatat că nu se regăsește excepția prevăzută de același text de lege privind vehiculul ce asigură deplasarea spre și de la locul de muncă, în condițiile în care societatea dispunea deja de numărul de autoturisme*

---

<sup>45</sup>

<http://taxnews.ro/wp/2016/05/03/iccj-cheltuieli-care-nu-au-profitat-societatii-contribuabile-ci-asociatului-unic-al-acesteia-caracter-neductibil/>

*necesare folosirii în interesul serviciului de către administratorul firmei și de personalul care avea activitate de teren.*

În cauză, societatea apare ca persoană interpusă în contractele de dobândire a bunurilor în cauză, aceasta nefiind efectiv beneficiara respectivelor bunuri. Desigur, corelăm întrebarea ridicată cu următorul element, în cazul acestui tip de act anormal de gestiune/simulare prin interpunere de persoane subzistă elemente constitutive ale infracțiunii de evaziune fiscală? La o primă analiză, am răspunde negativ, având în vedere că cheltuiala este înregistrată, este reală și efectivă, apreciem că sancțiunea nu poate rezida decât în registru fiscal, așa cum am arătat și la actul anormal de gestiune.

Sancțiunea acestui tip de comportament este fiscală, în sensul că cheltuiala reală și înregistrată este recalificată datorită lipsei legăturii cu persoana care o invocă.

### **II.2.1. Frauda la lege**

Pentru conceptualizare, vom face din nou referire la elemente de doctrină și jurisprudență din dreptul civil, și vom importa o definiție jurisprudențială a conceptului: *frauda la lege reprezintă acea operațiune prin care, la întocmirea unui act juridic, în scopul eludării unor norme legale imperative, sunt uzitate alte norme legale, prin deturnarea acestora din urmă de la scopul în care au fost edictate de legiuitor. Astfel, prin fraudarea legii nu este încălcată litera legii de ordine publică, dar este nesocotit spiritul acesteia. Din punct de vedere structural, frauda la lege conține două elemente: (I) un element obiectiv (exterior), constând în mijloacele aparent legale care sunt utilizate și (II) un element subiectiv, care rezidă în intenția de eludare ori de sustragere de la norma legală aplicabilă. Prin urmare, simpla încălcare a prevederilor legale nu reprezintă fraudă la lege, ci este necesar să se facă (I) dovada faptului că părțile au acționat de conivență pentru a eluda prevederile legale și (II) dovada utilizării unui mijloc/mecanism fraudulos prin care au fost eludate prevederi legale imperative<sup>46</sup>.*

În acest sens, în materie fiscală sunt întrunite o serie de elemente generice, cum ar fi caracterul imperativ al normei; frauda la lege nu se

---

<sup>46</sup> Î.C.C.J., s. a II-a, Decizia nr. 1386/2014 - [http://www.scj.ro/1093/Detailii-jurisprudenta?customQuery\[0\].Key=id&customQuery\[0\].Value=108255](http://www.scj.ro/1093/Detailii-jurisprudenta?customQuery[0].Key=id&customQuery[0].Value=108255)



confundă cu libertatea contractuală, ci presupune de asemenea un anumit montaj, cu scopul de a eluda norma fiscală. Frauda la lege nu include simulația; actele încheiate sunt reale, dar nu se justifică decât prin scopul lor fiscal.

Exemplificând vom face trimitere tot la decizia Consiliului de Stat, în Cauza Sagal: *Având în vedere, în primul rând, că Ministrul Economiei, Finanțelor și Industrii susține, fără a fi contrazis în mod serios, că societatea a rămas Fifties, în timpul perioadei de existență, sub dependență de banca responsabilă de crearea sa în ceea ce privește atât gestionarea investițiilor sale, că toate activele sale au constat în valori mobiliare, că nu nu avea competență tehnică în investiții financiare, că acționarii nu au luat parte la adunările statutare, și, prin urmare, această societate a fost lipsită de orice substanță; că de asemenea, ministrul susține, fără urmă de îndoială, că societatea Fifties nu suporta Luxemburg nicio impozitare a profiturilor sale, excluzând dreptul de subscriere extrem de redus, și că prin participația de o șesime capitalul acestei societăți, SA Etablissements Guyomarc'h s-a plasat sub beneficiul regimului fiscal pentru societățile-mamă prevăzute la articolele 145 și 216 din codul fiscal, evitând în același timp aplicarea articolului 209 B același cod referitoare la societățile care dețin cel puțin un sfert din acțiunile unei societăți străine supuse unui regim fiscal preferențial, astfel încât să fie scutite în Franța cu privire la orice impozit pe profit, cu excepția unei cote de costuri și cheltuieli de 5% pe veniturile distribuite și din lichidarea societății holding<sup>47</sup>*

<sup>47</sup> Textul original, Conseil d'État statuant au contentieux, n° 267087, publicat în Recueil Lebon, consultat la <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/00/00/1423780618.rtf>, textul original: *Considérant, en premier lieu, que le Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie soutient, sans être sérieusement contredit, que la société Fifties est restée, au cours de sa période d'existence, sous l'entière dépendance de l'établissement bancaire à l'origine de sa création en ce qui concerne tant sa gestion que ses investissements, que la totalité de son actif était constituée de valeurs mobilières, qu'elle n'avait aucune compétence technique en matière de placements financiers, que ses actionnaires ne prenaient aucune part aux assemblées statutaires, et qu'ainsi, cette société était dépourvue de toute substance ; que le ministre fait également valoir, sans être davantage contredit, que la société Fifties ne supportait au Luxembourg aucune imposition sur ses bénéfices, exception faite d'un droit d'abonnement de faible montant, et qu'en prenant une participation à hauteur d'un sixième dans le capital de cette société, la SA Etablissements Guyomarc'h se plaçait sous le bénéfice du régime fiscal des sociétés mères prévu aux articles 145 et 216 du code général des impôts, tout en évitant l'application de l'article 209 B du même code relatif aux entreprises détenant au moins le*

Sanctiunea în acest context nu poate rezulta decât din sfera fiscală, prin exercitarea dreptului de stabilire de către organul fiscal și prin reintegrarea bazei impozabile.

### **III. În loc de concluzii**

Acest studiu este un exercițiu de sistematizare a unei arii ample de comportamente fiscale, care se înscriu în limita a două concepte extreme și anume optimizare fiscală și evaziune fiscală.

Rezultă din exemplele tratate că o analiză pe caz poate releva soluția fiscală și penală propice. Calificarea juridică și sancțiunea specifică se vor particulariza doar raportat la fiecare context analizat.

---

*quart des actions d'une société étrangère soumise à un régime fiscal privilégié, de sorte à être dispensée en France de tout impôt sur les sociétés, à l'exception d'une quote-part de frais et charges de 5 %, sur les revenus distribués et le boni de liquidation de la société holding (...)*



**IDEEA GARANTĂRII, PROMOVĂRII ȘI PROTEJĂRII  
DREPTURILOR OMULUI PRIN RACORDAREA LEGISLAȚIEI  
NAȚIONALE LA STANDARDELE INTERNAȚIONALE**

**THE CONCEPT OF GUARANTEEING, PROMOTING AND PROTECTING  
HUMAN RIGHTS, BY ALINGNING NATIONAL LEGISLATION WITH  
THE INTERNATIONAL STANDARDS**

**AUGUSTIN VASILE FĂRCAȘ<sup>1</sup>**

**Rezumat:** Este important de subliniat faptul că învățarea și cercetarea drepturilor omului constituie mijloace adecvate pentru asigurarea unui respect sporit pentru drepturile omului, printr-o mai bună cunoaștere a acestora. Valoarea democrației depinde de capacitatea pe care o au cetățenii de a-și judeca guvernarea și de marja de libertate efectivă de care se bucură pentru a face aceasta. Mai mult, într-o democrație puternică respectul deplin al întregului corpus de drepturi ale persoanei este o condiție necesară pentru existența unei democrații care funcționează din plin. Un oarecare progres în domeniul drepturilor omului a apărut aproape imediat după căderea comunismului.

**Cuvinte-cheie:** valori, drepturi, instituții, democrație.

**Abstract:** It is important to point out that learning and researching human rights constitutes an appropriate means to ensure better respect of the same rights, through a better knowledge of them. The value of democracy depends upon the ability that citizens have to judge its government and the actual margin of freedom that they enjoy in order to make it. Moreover, in a strong democracy the full respect of the entire corpus of individual rights is a necessary condition for existence of a democracy which fully operates. Some kind of progress in human rights has emerged almost immediately after the collapse of communism.

**Key-words:** values; rights; institutions; democracy.

---

<sup>1</sup> Lector univ. dr., Universitatea „Dimitrie Cantemir” din Târgu-Mureș, Facultatea de Drept, email: augustinvasilefarcas@yahoo.com

## 1. Considerații preliminare

Noțiunea de „drepturi ale omului” este relativ imprecisă. „Știința drepturilor omului” este o ramură specifică a științelor umaniste, al cărui obiect este acela de a studia relațiile dintre oameni în funcție de demnitatea umană<sup>2</sup>, pentru a determina ansamblul drepturilor și libertăților necesare dezvoltării personalității oricărei ființe umane<sup>3</sup>.

Este necesar să reținem că, în cadrul drepturilor omului, noțiunea de demnitate este esențială, deoarece apare ca „principiu matriceal”<sup>4</sup> prin excelență, ce constituie temelia drepturilor fundamentale, respectiv rațiunea acestora de a fi. Desigur, există și alte concepte fondatoare ale drepturilor omului, în particular libertatea, și este cu siguranță dificil de a se măsura influențele respective.

În plan internațional, respectarea drepturilor omului este atent monitorizată de către organisme specializate ale Națiunilor Unite. Sub acest aspect, art. 1 paragraful 3 al Cartei Națiunilor Unite stabilește că unul dintre țelurile Națiunilor Unite este: „promovarea și încurajarea respectării drepturilor omului și libertăților fundamentale pentru toți, fără deosebire de rasă, sex, limbă sau religie”.

În același context drepturile omului în Europa și respectarea lor reprezintă unul dintre standardele politice fundamentale, expres formulate de Consiliul European de la Copenhaga (1993), ale integrării în Uniune. Mai pe larg, în relațiile sale economice cu statele în curs de dezvoltare, Uniunea Europeană practică așa numita clauza de condiționalitate. Ea are în vedere respectarea drepturilor omului de către statele cărora Uniunea le acordă asistență și sprijin pentru dezvoltare.

Totodată, principalul act normativ intern care garantează respectarea drepturilor omului este Constituția. Astfel, Legea fundamentală este foarte limpede atunci când enumeră și descrie drepturile și libertățile fundamentale, cea mai mare parte dintre ele fiind adresate cetățeanului român. Dificultatea începe când este vorba de a cunoaște sistemele de protecție pe care le oferă

---

<sup>2</sup> Dreptul la demnitate, este reglementat și de art. 72 din noul Cod civil, a se vedea, în acest sens, *Codul civil român* republicat, Editura C. H. Beck, București, 2011, p. 32.

<sup>3</sup> Pentru detalii, a se vedea J. F. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 1.

<sup>4</sup> A se vedea B. Mathieu, *Pour une reconnaissance de „principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme*, D. Chron, 1995, pp. 211 și urm.

dreptul național dar și cel internațional al drepturilor omului. De data aceasta, omul devine de cele mai multe ori neputincios în demersul lui de a cunoaște și de a cere ce i se cuvine. Apare astfel nevoia ca însuși statul, prin instituțiile sale specializate, să asigure promovarea cât mai largă a drepturilor omului.

Contextul în care apare ideea unor drepturi ale omului, adică ale unor drepturi pe care le au oamenii întrucât sunt ființe umane și nu în virtutea unui sistem de legi sau jurisdicții este cel politic. De aceea, drepturile la început naturale sunt indisolubil legate de procesul autonomizării politicii în sânul societății globale și întărirea acestui proces prin consemnarea juridică. Ambele procese, politic și juridic, în care se produce și evoluează ideea drepturilor omului sunt sinonime și complexe, constituind obiectul a numeroase lucrări.

Geneza drepturilor omului, care coboară până în zorii antichității: trece prin veacurile Evului Mediu, se dezvoltă prin contribuția importantă a secolelor XVII - XVIII, pentru ca anii ce au urmat celui de-al doilea război mondial să le dea contur definitiv. O datare a celor mai vechi urme nu este posibilă; descifrarea lor trebuie căutată în concepția despre lume a oamenilor, în relația om-divinitate și evident în relația putere-om. Din amândouă au izvorât comandamentele morale, adică atitudinile umane care definesc buna (sau reaua) conduită, care prescriu reguli de comportament cărora oamenii trebuie să li se supună, să li se conformeze în raporturile dintre ei<sup>5</sup>.

Nu ne propunem să reconstituim istoric aceste trasee. Vom menționa doar momentele cunoscute de afirmare clară din punct de vedere juridic a ideii drepturilor omului.

## **2. Unele considerații privind prioritatea recunoașterii și garantării drepturilor omului**

În condițiile democrației parlamentare, puterea de stat este subordonată autorității constituționale. În același timp, statul este garantul drepturilor persoanei contra oricăror abuzuri sau discriminări din partea

---

<sup>5</sup> În acest sens, a se vedea și A. I. M. Zlătescu, *Drepturile omului – un sistem în evoluție*, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2007, p. 7; A. V. Fărcaș, L. Fărcaș, *Aspecte privind protecția drepturilor omului*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 7 și urm.

puterii. În procesul de edificare al statului de drept, promovarea și protejarea drepturilor omului este un principiu democratic fundamental, și un reper important pentru România. Acest lucru este subliniat de toți cei ce s-au apucat asupra problematicii statului de drept.

Astfel, o definiție a statului de drept, care s-ar mărgini să-l caracterizeze ca un stat al domniei legii, fără să cuprindă reglementări bazate pe recunoașterea și garantarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului ar fi incompletă<sup>6</sup>.

Definind statul de drept în lumina art.1 alin. (3) din Constituției României din 1991, subliniem caracterul democratic și social al statului ale cărui axe de organizare și funcționare sunt valorile supreme concretizate în drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale ale omului.

Ca semnatară a actelor și documentelor adoptate la nivel European și Internațional pentru apărarea drepturilor fundamentale ale omului, România și-a exprimat voința, inter alia, de a respecta dreptul la acces liber la justiție – în sensul art. 8 al Declarației Universale a Drepturilor Omului, al art. 14 al Pactului Internațional cu privire la drepturile civile și politice și al art. 6 al Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale.

Trebuie remarcat faptul că, ultimul mecanism formal al statului de drept este protecția juridică a drepturilor și libertăților.

Aceasta presupune trei aspecte:

- în primul rând, constituționalizarea unor drepturi și libertăți;
- în al doilea rând, jurisdicționalizarea lor, existența unei legislații și a unor proceduri care să formuleze în limbaj normativ drepturile fundamentale, accesul liber la o justiție independentă;
- în al treilea rând, organizarea unui contencios constituțional al drepturilor și libertăților fundamentale. Acest ultim mecanism formal al statului de drept concretizează evoluția către un stat de drept material, în care evoluțiunea puterii este subordonată realizării libertății individuale<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> A se vedea, T. Drăganu, *Introducere în teoria și practica statului de drept*, Editura Dacia, Cluj Napoca, 1992, p. 9-10.

<sup>7</sup> Pentru detalii, vezi, D. C. Dănișor, *Tratat de Drept constituțional și instituții politice*, Editura Sitech, Craiova, 2006, p. 201.

### 3. Garantarea și apărarea drepturilor omului prin liberul acces la justiție

Este necesar să se sublinieze că, întreaga construcție statală, întregul edificiu statal, întreaga structură a statului, centrală și locală, pe orizontală și verticală, se bazează pe lege, pe prevederile ei, pe normele juridice, unde în prim-plan sunt puse drepturile și libertățile fundamentale ale cetățeanului, drepturile omului. De asemenea, ansamblul relațiilor dintre cetățeni și stat se fundamentează pe lege. Toți indivizii, indiferent de poziția lor socială, de rolul lor deținut în ierarhia societății se subordonează prevederilor legii, acționează, mai exact, trebuie să acționeze atât în viața politică, cât și în viața socială și particulară în conformitate cu legea, *dura lex, sed lex*<sup>8</sup>.

Facem precizarea că, între garanțiile procedurale care să consolideze mecanismele de protecție a drepturilor omului se înscrie dreptul la judecată: orice persoană are dreptul la judecarea, în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil, a cauzei sale de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, careva hotărâți fie asupra contestațiilor privind drepturile și obligațiile sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală, îndreptate împotriva sa<sup>9</sup>.

În țara noastră justiția - *ca forță publică organizată în stat* - joacă un rol fundamental în apărarea drepturilor omului, organizarea ierarhică a acesteia, dreptul la recurs, prezumția de nevinovăție se înscriu între componentele fundamentale, structurale și de acțiune prin care justiția vizează apărarea drepturilor fundamentale.

Totodată, arătăm că, pentru ca drepturile și libertățile să devină efective trebuie ca ele să fie apărate de o instanță la care titularul lor să acceadă liber, care să fie instituită prin lege, să fie independentă, imparțială și să judece după o procedură echitabilă, publică și într-un termen rezonabil. Această garanție generală a efectivității drepturilor și libertăților este numită de obicei drept la un proces echitabil sau, cum stipulează Constituția României, prin acces liber la justiție.

---

<sup>8</sup> A se vedea, E. Aramă, M. Tașcă, *Organizarea judecătorească a Basarabiei după unirea din 1918 și unificarea acesteia cu cea din Vechiul Regat*, Analele Științifice ale Universității de stat din Moldova, seria „Științe socio-umanistice” vol. I, Chișinău, 2004, p. 8-16.

<sup>9</sup> În acest sens, a se vedea, I. Deleanu, M. Enache, *Statul de drept*, în revista *Dreptul* nr. 7/1993, p. 3-11.



România a consacrat prin Constituție și prin alte acte normative drepturile și libertățile fundamentale ale omului, ca drepturi și libertăți cetățenești.

În baza principiului supremației constituției României, justiția a devenit una din garanțiile exercitării efective a drepturilor și libertăților cetățenești. Acest rol se motivează prin locul puterii judecătorești în sistemul puterilor publice și prin funcțiile sale. Justiția se înfăptuiește în numele legii, de către judecători care sunt independenți și se supun numai legii. Raportarea activității judecătorești numai la lege asigură tocmai aplicarea necondiționată a legii și numai a legii<sup>10</sup>.

De remarcat, astfel că art. 21 alin. (1) al Constituției României consfințește accesul liber la justiție. Prin generalitatea formulării sale, art. 21 permite oricărei persoane accesul la justiție: cetățean român, cetățean străin sau apatrid. În al doilea rând, el permite accesul la justiție pentru apărarea oricărui drept sau libertate și a oricărui interes legitim, indiferent dacă acestea rezultă din Constituție sau alte legi. În alin. (2) al aceluiași articol se stipulează că nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept.

Trebuie să observăm însă că, în același context, art. 52 alin. (1)<sup>11</sup> al Constituției României este temeiul constituțional al răspunderii autorităților publice pentru vătămările produse cetățenilor prin încălcarea sau nesocotirea drepturilor și libertăților. Se poate aprecia că art. 52 din Constituția României, republicată, reprezintă fundamentul constituțional principal al contenciosului administrativ. Acest drept reprezintă o sinteză cuprinzătoare a unei întregi evoluții a normelor juridice în materie pe plan european<sup>12</sup>. Legea fundamentală revizuită în anul 2003, a lărgit considerabil temeiul acțiunilor în contencios administrativ extinzându-l dincolo de limita dreptului subiectiv încălcat, și asupra interesului legitim, tranșând astfel, definitiv disputa juriștilor referitoare la corelarea celor două articole constituționale privind

---

<sup>10</sup> Pentru detalii, a se vedea, I. Muraru, E. S. Tănăsescu (coord.), *Constituția României. Comentarii pe articole*, Editura C. H. Beck, București, 2008, p. 177.

<sup>11</sup> Potrivit art. 52 alin. (1) din Constituția României: „*Persoana vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal al unei cereri, este îndreptățit să obțină recunoașterea dreptului pretins sau interesului legitim, anularea actului și repararea pagubei*”.

<sup>12</sup> A se vedea, E. S. Tănăsescu, *Prezentare comparativă a abordărilor constituționale din alte state cu privire la răspunderea autorităților publice față de cetățeni și relativ la integrarea în Uniunea Europeană*, în *Revista de Drept Public* nr. 2/2002, p. 17.

accesul liber la justiție și dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică<sup>13</sup>.

În fine, din examinarea dispozițiilor art. 52 alin. (1) din Legea fundamentală, constatăm că legiuitorul constituant a avut în vedere nu doar actele administrative emise de autoritățile administrației publice din sfera puterii executive, ci și actele administrative emise de alte autorități publice din sfera celorlalte două puteri (legislativă și judecătorească) sau cu atribuții de control, prevăzute sau nu în Constituție.

#### **4. Asigurarea unei baze constituționale a drepturilor și libertăților fundamentale**

Toate statele au o Constituție, în sensul că o regulă sau un sistem de reguli tacite sau exprese trebuie să statueze cine sunt cei care exercită puterea, în baza cărui principiu și de unde vine această putere. Voința fermă afirmată în secolul al XVIII-lea de a face din Constituție un instrument de apărare a libertății, a marcat, în conștiința politică a popoarelor, atribuirea unui prestigiu superior constituțiilor scrise, rigide.

Constituția este o regulă superioară guvernanților, câtă vreme ea definește modalitățile investirii lor, legitimează și determină condițiile exercitării puterii. Așadar, puterea statuată în baza unei constituții este în mod necesar limitată. Dar o astfel de limitare poate să nu aibă, în principiu, nici un efect benefic asupra drepturilor și libertăților supușilor, când constituția acordă puterii aproape absolute guvernanților.

Drepturile omului nu au putut deveni realități juridice decât în măsura în care politicul însuși se supune legii/juridicului, cu alte cuvinte, decât în măsura în care politicul însuși își impune autolimitări. Drepturile omului și puterea politică trebuie să se găsească într-un perfect echilibru. Acest echilibru nu poate fi realizat decât într-un stat în care puterea politică și persoanele se găsesc legate prin reguli generale care la rândul lor sunt expresia voinței întregului popor. Destinația socială a drepturilor omului impune însă ca ele să corespundă cu cerințele ordinii publice, cu nevoile societății, cu cele economice.

Facem precizarea că, asigurarea unei baze constituționale, legislative și procedurale pentru afirmarea, promovarea și protejarea drepturilor și

---

<sup>13</sup> A se vedea I. Santai, *Implicații vizând unele prevederi revizuite ale Constituției în materia contenciosului administrativ*, în *Revista de drept public*, nr. 1/2004, p. 35.

libertăților fundamentale ale omului implică transformări profunde în natura statului însuși, dar și natura relațiilor dintre state.

Existența unei Constituții, garant al drepturilor și libertăților fundamentale sau, cel puțin, a unei Charte ori Declarații de drepturi este un element definitoriu al statului de drept.

De notat faptul că, țara noastră și-a declarat intenția de a se integra în comunitatea internațională, bazându-se pe ideea garantării, promovării și protejării drepturilor omului prin racordarea legislației naționale la standardele internaționale<sup>14</sup>, prin democratizarea și reforma instituțiilor de drept din țară.

Precizăm că, în dreptul intern, art. 20 alin. (1) din Constituția României revizuită în 2003<sup>15</sup>, cuprinde două reguli care privesc de fapt transpunerea în practică a dispozițiilor constituționale privind drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale. Dispozițiile acestui articol trebuie interpretate prin coroborarea lor mai ales cu art. 11 care consacră corelația dintre dreptul internațional și dreptul intern, ele fiind o aplicațiune specifică a acestei corelații în domeniul drepturilor constituționale<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Art. 11 din Constituție prevede că: alin. (1) „Statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce îi revin din tratatele la care este parte”; alin.(2) „Tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern”.

Analizând art. 11 din Constituție desprindem faptul că toate tratatele internaționale, la care România este parte, în urma ratificării lor de către Parlament, devin componente ale dreptului intern, indiferent de domeniul sau obiectul lor de reglementare. Așadar, tratatele ratificate apar ca acte normative, în principiu, de aceeași valoare și forță juridică ca și a celorlalte acte normative elaborate de autoritatea legiuitoare națională.

În jurisprudența sa, Curtea Constituțională a României a reținut, în mai multe cazuri, contrarietatea unor dispoziții legale din legislația internă cu anumite reglementări internaționale ori lipsa reglementării prin legi interne a unor relații sociale care sunt reglementate prin acte internaționale. Până în prezent, Curtea a reținut neconstituționalitatea unor texte de lege numai în cazurile în care acestea, pe lângă faptul că sunt neconcordanțe cu reglementările internaționale, contravin și anumitor dispoziții exprese ale Constituției, apud I. Muraru, N. M. Vlădoiu, A. Muraru, S.G. Barbu, *Contencios constituțional*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 156-157.

<sup>15</sup> Art. 20 alin. (1) din Constituție prevede că: *Dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și celelalte tratate la care România este parte.*

<sup>16</sup> A se vedea, M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *Constituția României revizuită. Comentarii și explicații*, Editura All Beck, București 2004, p. 30-31.

Trebuie subliniat că, prima regulă stabilește că interpretarea și aplicarea drepturilor și libertăților cetățenești se fac în concordanță cu prevederile tratatelor internaționale la care România este parte. Așa cum rezultă din lectura textului, este nominalizată Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată la 10 decembrie 1948, iar în ceea ce privește celelalte documente internaționale, se vorbește de pacte și tratate deși într-o viziune largă, științifică, pactele sunt tratate. Explicația acestui limbaj al art. 20 stă în atașamentul pe care România îl proclamă explicit mai întâi față de Declarația Universală a Drepturilor Omului, document de început și de referință în domeniu, care a marcat începutul unei ere noi în proclamarea și protecția drepturilor omului. În ideea de a se marca atașamentul și respectul față de cele două pacte, Pactul internațional relativ la drepturile economice, sociale, culturale și Pactul relativ la drepturile civile și politice, în textul art. 20 s-a menționat și cuvântul pacte.

Principala observație care trebuie reținută, constă în faptul că, temeiul declarării ca neconstituțională a unei dispoziții legale îl constituie încălcarea prin aceasta a anumitor dispoziții constituționale, iar nu neconcordanța cu reglementările internaționale. Art. 20 alin. (1) obligă Curtea Constituțională să interpreteze dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului și cu celelalte pacte și tratate la care România este parte. Dacă va constata că o anumită dispoziție constituțională, interpretată în modul dispus de art. 20 alin. (1) din Constituție este încălcată prin reglementarea legală supusă controlului de constituționalitate, Curtea Constituțională va constata neconstituționalitatea acesteia<sup>17</sup>.

În ceea ce privește cea de a doua regulă, menționăm că ea acordă prioritate reglementărilor internaționale, desigur celor cuprinse în tratate și ratificate de România, în situația în care s-ar ivi anumite nepotriviri, contradicții, conflicte, neconcordanțe între acestea și reglementările interne. Trebuie menționat că această prioritate stabilită prin alin. (2) al art. 20 din Constituție este acordată numai reglementărilor din domeniul drepturilor omului.

---

<sup>17</sup> A se vedea, I. Muraru, N. M. Vlădoiu, A. Muraru, S.G. Barbu, op. cit., p. 157.

Arătăm, de asemenea, că în ipoteza alin. (2) al art. 20 din Constituție<sup>18</sup>, când există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, conform dispoziției constituționale, au prioritate reglementările internaționale. Ni se pare evident că, în asemenea situații, nu se pune nici o problemă de constituționalitate de competența contenciosului constituțional, ci una de aplicare a legii. Ca atare, instanțele judecătorești ori celelalte autorități publice vor aplica, în cazuri concrete, în mod nemijlocit reglementările internaționale, care au prioritate față de legile interne<sup>19</sup>.

În opinia noastră, judecătorul național trebuie să poată îndepărta progresiv, din propria inițiativă, aplicarea dispozițiilor legislative interne care formează un obstacol pentru deplina eficacitate, directă, a normelor Convenției europene a drepturilor omului; este un semnal optimist că, în ultimii ani, atât instanțele judecătorești, dar mai ales Curtea Constituțională, în deciziile date, invocă frecvent diferite hotărâri ale Curții Europene, dar de fiecare dată în relație directă cu dispozițiile constituționale.

Este necesar să se sublinieze că, treptat, dar cu pași siguri, garanțiile internaționale ale drepturilor și libertăților omului au devenit pentru juriștii români un instrument aproape tot atât de des utilizat ca și reglementările interne.

Trebuie să se precizeze, de asemenea că, o contribuție esențială în acest proces a avut-o Curtea Constituțională a României care, în activitatea sa de înlăturare a antinomiilor dintre legile interne și Constituție, a acordat, în virtutea prevederilor constituționale amintite mai sus, prioritate reglementărilor internaționale în materia drepturilor omului.

După ratificarea Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, în anul 1994, Curtea Constituțională a României și-a fundamentat o parte dintre soluțiile pronunțate pe textele Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ea a contribuit la sublinierea importanței acestor prevederi internaționale în cadrul de referință al legislației privind drepturile omului, dar și la asigurarea unei juste interpretări și aplicări a acestor norme de către instanțele

---

<sup>18</sup> Art. 20 alin. (2) din Constituție prevede că: „*Dacă există neconcordanță între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale*”.

<sup>19</sup> A se vedea, I. Muraru, N. M. Vlădoiu, A. Muraru, S.G. Barbu, *op. cit.*, p. 158.

judecătorești în lumina dispozițiilor constituționale ale art. 147 alin. (4) care asigura caracterul obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale<sup>20</sup>.

Din această perspectivă, Curtea Constituțională și-a îmbogățit an de an jurisprudența cu soluții inspirate din practica instanței europene pentru drepturile omului. Astfel, dacă în perioada 1994-1999 numărul deciziilor Curții Constituționale în care se făcea referire la jurisprudența Curții de la Strasbourg oscila anual între 6 și 30, în anii în care au urmat acesta a cunoscut creșteri semnificative: 49 în anul 2000; 73 în anul 2001; 73 în anul 2002; 97 în anul 2003, peste 200 în anul 2011 ș. a. m. d.

Curtea Constituțională a avut ocazia să se pronunțe în mai multe rânduri asupra legitimității prevederilor Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale în ansamblul reglementărilor privind drepturile omului aplicabile în țara noastră, cât și asupra importanței și a caracterului obligatoriu al acestui instrument internațional. Astfel, Curtea Constituțională a examinat însăși conformitatea prevederilor Legii nr. 30 din 1994 privind ratificarea Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a protocoalelor adiționale la această convenție cu dispozițiile constituționale<sup>21</sup>.

De asemenea, arătăm că, în numeroase alte rânduri, instanța de contencios constituțional a ținut să sublinieze caracterul obligatoriu al

---

<sup>20</sup> *Jurisprudența Curții Constituționale și Convenția Europeană a Drepturilor Omului 1994-2003*, Editura Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2005, p. 9-10.

<sup>21</sup> Prin Decizia nr. 94/1996, Curtea a analizat criticile de neconstituționalitate care priveau dispozițiile art. 3 din această lege, potrivit cărora: „în baza art. 25 și 46 din Convenția menționată, România recunoaște dreptul la recurs individual în fața Comisiei Europene a Drepturilor Omului și jurisdicția obligatorie a Curții Europene a Drepturilor Omului în privința drepturilor cuprinse în Convenția europeană a drepturilor omului, precum și în Protocolul nr. 4 recunoscând anumite drepturi și libertăți, altele decât cele deja înscrise în convenție și în primul Protocol adițional al convenției, Strasbourg 16 septembrie 1963, și în protocolul nr. 7 Strasbourg 22 noiembrie 1984, pentru cauzele în care violarea drepturilor garantate de aceste texte intervine după intrarea lor în vigoare pentru România”.

Soluția pronunțată de instanța de contencios constituțional a arătat că acest text de lege nu poate fi considerat a fi contrar obligației constituționale de îndeplinire întocmai și cu bună-credință a convențiilor internaționale, obligații prevăzute de art. 11 din Constituție, și nici ca fiind contrară prevederilor constituționale referitoare la prioritatea tratatelor internaționale privitoare la drepturile fundamentale ale omului față de legile interne. În argumentarea acestei soluții s-a reținut că aplicarea jurisdicției internaționale consacrate de Convenție în cauzele anterioare aderării, așa cum susțineau autorii excepției, ar reprezenta o încălcare a principiului neretroactivității legii, prevăzut de art. 15 alin. (2) din Constituție.

prevederilor Convenției în ansamblul reglementărilor legale aplicabile în țara noastră<sup>22</sup>. În aceeași ordine de idei, Curtea Constituțională a ținut să sublinieze caracterul obligatoriu al interpretărilor Curții europene a drepturilor omului în cele mai multe dintre soluțiile în care și-a sprijinit argumentația pe dispozițiile convenției.

Ținând cont de acest fapt, instanța românească de contencios constituțional nu a întârziat să reconsidere propria sa jurisprudență atunci când a constatat existența unor neconcordanțe între aceasta și soluțiile Curții de la Strasbourg<sup>23</sup>.

De notat faptul că, o contribuție deosebită pe care Curtea Constituțională a adus-o la clarificarea sferei de aplicare și a conținutului drepturilor și libertăților consacrate de Convenție s-a realizat cu prilejul invocării, într-o serie de decizii, a dispozițiilor acestui act internațional, ca fundament al soluțiilor pronunțate. Este cazul garanțiilor consacrate de art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale care se referă la dreptul la un proces echitabil<sup>24</sup>. Interpretând dispozițiile

---

<sup>22</sup> Prin Decizia Curții Constituționale nr. 146/2000, publicată în M. Of. nr. 566 din 15 noiembrie 2000. Curtea Constituțională sublinia că: „ratificarea de către România a Convenției pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale prin Legea nr. 30/1994, a făcut ca această convenție să facă parte din dreptul intern, situație în care raportarea la oricare dintre textele sale este supusă aceluiași regim cu cel aplicabil raportărilor la dispozițiile din Legea fundamentală. Curtea constată, de asemenea, că această interpretare este în deplin acord cu dispozițiile art. 20 din Constituție”.

Mai mult prin Decizia Curții Constituționale nr. 148/2003 privind constituționalitatea propunerii legislative de revizuire a Constituției României, publicată în M. Of. nr. 317 din 12 mai 2003, Curtea a statuat: „calitatea României de parte la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale ori la alte tratate internaționale are semnificația unei restrângeri a competențelor autorității statale, o relativizare a suveranității naționale”.

<sup>23</sup> Dovadă acestui fapt o constituie și Decizia Curții Constituționale nr. 145/2000, publicată în M. Of. nr. 665 din 16 decembrie 2000, prin care Curtea a statuat, în urma analizării practicii Curții europene a drepturilor omului, că dispozițiile art. 174 alin. (1) lit. a) din Codul de procedură penală, care interzicea dreptul inculpatului de a fi reprezentat la judecarea cauzei atunci când nu se poate prezenta în instanță, nu constituie o garanție, ci, dimpotrivă, o restrângere nejustificată a dreptului său la apărare. Aceasta a dus la modificarea soluției pronunțate anterior cu privire la constituționalitatea acestui text de lege.

<sup>24</sup> A se vedea, în acest sens Decizia Curții Constituționale nr. 332/2001, publicată în M. Of. nr. 113 din 12 februarie 2002; Decizia Curții Constituționale nr. 347/2002, publicată în M. Of. nr. 118 din 25 februarie 2003; Decizia Curții Constituționale nr. 455/2003, publicată în M. Of. nr. 3 din 5 ianuarie 2004 ș.a.

aceluiași articol 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, Curtea a avut prilejul de a se pronunța asupra mai multor texte de lege în raport cu cerința respectării unui termen rezonabil<sup>25</sup> de soluționare a cauzelor.

În fine, trebuie luat în considerație și faptul că, pentru a fi promovate și protejate drepturile omului, acestea trebuie să fie întâi de toate cunoscute și aplicate, ceea ce incumbă o datorie primordială nu numai partidelor politice electorale, ci și societății civile.

Deoarece realizarea efectivă a drepturilor și libertăților umane implică eforturi conjugate și conștiente ale oamenilor (cetățenilor) și ale autorităților publice, esențial este ca ele să fie protejate printr-un regim de drept, prin prevederi clare, ferme în Constituție și legi, care să nu se limiteze doar la proclamarea lor, ci să asigure, prin mijloace precise, garantarea, exercitarea lor efectivă.

Este evident însă că, recunoașterea drepturilor și libertăților fundamentale într-o Constituție nu este însă suficientă pentru a le garanta. Pe lângă aceasta, sistemul respectiv trebuie să organizeze un contencios constituțional al acestor drepturi și libertăți, care să completeze contenciosul clasic al normelor și instituțiilor. Pentru ca aceasta să realizeze cât mai bine posibil cerința statului de drept, sesizarea organului de control trebuie să poată fi făcută de către particulari<sup>26</sup>.

În esență, individul atunci când intră în contact cu o autoritate publică, indiferent de nivelul său, trebuie să fie protejat și să dispună de mijloace eficiente pentru a-și apăra drepturile. Vătămarea unui drept, produsă de o autoritate administrativă locală poate fi reparată fie adresându-se acelei autorități, fie instanțelor jurisdicționale ale statului, astfel încât individul dispune de căi efective, în trepte, pentru a-și apăra drepturile.

Dacă nu obține dreptate pe plan național, se poate adresa și jurisdicțiilor europene.

Din cele arătate, rezultă rolul important ce revine Curții Constituționale a României în apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor.

---

<sup>25</sup> Decizia Curții Constituționale nr. 29/2000, publicată în M. Of., nr. 460 din 21 septembrie 2000.

<sup>26</sup> A se vedea, D. C. Dănișor, *op. cit.*, p. 761.



În sfârșit, se cuvine subliniat faptul că, Așezământul fundamental din 1991 prevede, ca noutate în viața juridico-statală a României, crearea instituției Avocatului Poporului care a început să funcționeze după adoptarea legii sale organice, Legea nr. 35/1997. Ca instituție de tip Ombudsman, Avocatul Poporului apără persoanele lezate în drepturile și libertățile lor de către autoritățile administrației publice.

### **Concluzii**

Din cele expuse în cuprinsul studiului se poate concluziona faptul că în ultimii ani, instituția drepturilor omului a devenit o sursă majoră de dinamizare a evoluției istorice și democratice a națiunilor. Totodată instituția drepturilor omului reprezintă în opinia noastră o sursă de conștientizare în ceea ce privește afirmarea personalității indivizilor și a societății, în ansamblul său.

Aceste succinte considerente determină înțelegerea faptului că, valorile, principiile și instituțiile democrației, fundamentate pe drepturile omului, coincid cu conceptele de bază care jalonează itinerarul civic. El permite înțelegerea rolului cetățenilor și asociațiilor neguvernamentale pentru promovarea democrației.

**IDEEA GARANTĂRII, PROMOVĂRII ȘI PROTEJĂRII  
DREPTURILOR OMULUI PRIN RACORDAREA LEGISLAȚIEI  
NATIONALE LA STANDARDELE INTERNAȚIONALE**

**THE CONCEPT OF GUARANTEEING, PROMOTING AND PROTECTING  
HUMAN RIGHTS, BY ALIGNING NATIONAL LEGISLATION WITH  
THE INTERNATIONAL STANDARDS**

**AUGUSTIN VASILE FĂRCAȘ<sup>1</sup>**

**Rezumat:** Este important de subliniat faptul că în viziunea noastră cercetarea drepturilor omului constituie mijloace adecvate pentru asigurarea unui respect sporit pentru drepturile omului, printr-o mai bună cunoaștere a acestora.

Valoarea democrației depinde de capacitatea pe care o au cetățenii de a-și judeca guvernarea și de mărimea de libertate efectivă de care se bucură pentru a face aceasta. Mai mult, într-o democrație puternică respectul deplin al întregului corp de drepturi ale persoanei este o condiție necesară pentru existența unei democrații care funcționează din plin.

Un oarecare progres în domeniul drepturilor omului a apărut aproape imediat după căderea comunismului.

**Cuvinte-cheie:** valori, drepturi, instituții, democrație

**Abstract:** It is important to point out that learning and researching human rights constitutes an appropriate means to ensure better respect of the same rights, through a better knowledge of them. The value of democracy depends upon the ability that citizens have to judge its government and the actual margin of freedom that they enjoy in order to make it. Moreover, in a strong democracy the full respect of the entire corpus of individual rights is a necessary condition for existence of a democracy which fully operates. Some kind of progress in human rights has emerged almost immediately after the collapse of communism.

**Key-words:** values; rights; institutions; democracy.

---

<sup>1</sup> Lector dr., Universitatea „Dimitrie Cantemir” din Târgu-Mureș, Facultatea de drept,  
email: [augustinvasilefarcas@yahoo.com](mailto:augustinvasilefarcas@yahoo.com)

## 1. Considerații preliminare

Noțiunea de „drepturi ale omului” este relativ imprecisă, „noțiunea de drepturile omului” este o ramură specifică a științelor umaniste, al cărei obiect este acela de a studia relațiile dintre oameni în funcție de demnitatea umană<sup>2</sup>, pentru a determina ansamblul drepturilor și libertăților necesare dezvoltării personalității oricărui ființ umană<sup>3</sup>.

Este necesar să reținem că, în cadrul drepturilor omului, noțiunea de demnitate este esențială, deoarece apare ca „principiu matriceal”<sup>4</sup> prin excelență, ce constituie temelia drepturilor fundamentale, respectiv rațiunea acestora de a fi. Desigur, există și alte concepte fondatoare ale drepturilor omului, în particular libertatea, și este cu siguranță dificil de a se măsura influențele respective.

În plan internațional, respectarea drepturilor omului este atent monitorizată de către organisme specializate ale Națiunilor Unite. Sub acest aspect, art. 1 paragraful 3 al Cartei Națiunilor Unite stabilește că unul dintre elurile Națiunilor Unite este: „promovarea și încurajarea respectării drepturilor omului și libertăților fundamentale pentru toți, fără deosebire de rasă, sex, limbă sau religie”.

În același context drepturile omului în Europa și respectarea lor reprezintă unul dintre standardele politice fundamentale, expres formulate de Consiliul European de la Copenhaga (1993), ale integrării în Uniune. Mai pe larg, în relațiile sale economice cu statele în curs de dezvoltare, Uniunea Europeană practică așa-numita clauză de condiționalitate. Ea are în vedere respectarea drepturilor omului de către statele cărora Uniunea le acordă asistență și sprijin pentru dezvoltare.

Totodată, principalul act normativ intern care garantează respectarea drepturilor omului este Constituția. Astfel, Legea fundamentală este foarte limpede atunci când enumeră și descrie drepturile și libertățile fundamentale, cea mai mare parte dintre ele fiind adresate cetățeanului român. Dificultatea

---

<sup>2</sup> Dreptul la demnitate, este reglementat și de art. 72 din noul Cod civil, a se vedea, în acest sens, *Codul civil român* republicat, Editura C. H. Beck, București, 2011, p. 32.

<sup>3</sup> Pentru detalii, a se vedea, Renucci J. F., *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 1.

<sup>4</sup> A se vedea, B. Mathieu, *Pour une reconnaissance de „principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l’homme*, D. Chron, 1995, p. 211 și urm.

începe când este vorba de a cunoaște sistemele de protecție pe care le oferă dreptul național dar și cel internațional al drepturilor omului. De data aceasta, omul devine de cele mai multe ori neputincios în demersul lui de a cunoaște și de a cere ce îi se cuvine. Apare astfel nevoia ca însuși statul, prin instituțiile sale specializate, să asigure promovarea cât mai largă a drepturilor omului.

Contextul în care apare ideea unor drepturi ale omului, adică ale unor drepturi pe care le au oamenii întrucât sunt ființe umane și nu în virtutea unui sistem de legi sau juridic este cel politic. De aceea, drepturile la început naturale sunt indisolubil legate de procesul autonomizării politicii în sânul societății globale și întirirea acestui proces prin consemnarea juridică. Ambele procese, politic și juridic, în care se produce și evoluează ideea drepturilor omului sunt sinonime și complexe, constituind obiectul a numeroase lucrări.

Geneza drepturilor omului, care coboară până în zorii antichității: trece prin veacurile Evului Mediu, se dezvoltă prin contribuția importantă a secolelor XVII - XVIII, pentru ca anii ce au urmat celui de-al doilea război mondial să le dea contur definitiv. O datare a celor mai vechi urme nu este posibilă; descifrarea lor trebuie cutată în concepția despre lumea oamenilor, în relația om-divinitate și evident în relația putere-om. Din amândouă au izvorât comandamentele morale, adică atitudinile umane care definesc buna (sau rea) conduită, care prescriu reguli de comportament corecte oamenilor trebuie să li se supună, să li se conformeze în raporturile dintre ei<sup>5</sup>.

Nu ne propunem să reconstituim istoric aceste trasee. Vom menționa doar momentele cunoscute de afirmare clară din punct de vedere juridic a ideii drepturilor omului.

## **2. Unele considerații privind prioritatea recunoașterii și garantării drepturilor omului**

În condițiile democrației parlamentare, puterea de stat este subordonată autorității constituționale. În același timp, statul este garantul

---

<sup>5</sup> În acest sens, a se vedea și Zlătescu A. I. M., *Drepturile omului – un sistem în evoluție*, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2007, p. 7; Fărcaș A. V., Fărcaș L., *Aspecte privind protecția drepturilor omului*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 7 și urm.

drepturilor persoanei contra oricor abuzuri sau discriminări din partea puterii. În procesul de edificare al statului de drept, promovarea și protejarea drepturilor omului este un principiu democratic fundamental, și un reper important pentru România. Acest lucru este subliniat de toți cei ce s-au aplecat asupra problematicii statului de drept.

Astfel, o definiție a statului de drept, care s-ar mîrgini și-l caracterizeze ca un stat al domniei legii, fără să cuprindă reglementări bazate pe recunoașterea și garantarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului ar fi incomplet<sup>6</sup>.

Definind statul de drept în lumina art.1 alin. (3) din Constituția României din 1991, subliniem caracterul democratic și social al statului ale cărui axe de organizare și funcționare sunt valorile supreme concretizate în drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale ale omului.

Ca semnatar a actelor și documentelor adoptate la nivel European și Internațional pentru apărarea drepturilor fundamentale ale omului, România și-a exprimat voința, inter alia, de a respecta dreptul la acces liber la justiție – în sensul art. 8 al Declarației Universale a Drepturilor Omului, al art. 14 al Pactului Internațional cu privire la drepturile civile și politice și al art. 6 al Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale.

Trebuie remarcat faptul că, ultimul mecanism formal al statului de drept este protecția juridică a drepturilor și libertăților.

Aceasta presupune trei aspecte:

- în primul rând, constituționalizarea unor drepturi și libertăți;
- în al doilea rând, jurisdicționalizarea lor, existența unei legislații și a unor proceduri care să formuleze în limbaj normativ drepturile fundamentale, accesul liber la o justiție independentă;
- în al treilea rând, organizarea unui contencios constituțional al drepturilor și libertăților fundamentale. Acest ultim mecanism formal al statului de drept concretizează evoluția către un stat de drept material, în care evoluția puterii este subordonată realizării libertății individuale<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> A se vedea, Dr. Ștefan T., *Introducere în teoria și practica statului de drept*, Editura Dacia, Cluj Napoca, 1992, p. 9-10.

<sup>7</sup> Pentru detalii, vezi, D. Nișor D. C., *Tratat de Drept constituțional și instituții politice*, Editura Sitech, Craiova, 2006, p. 201.

### 3. Garan ția și ap ărarea drepturilor omului prin liberul acces la justi ție

Este necesar să se sublinieze că, întreaga construc ție statală, întregul edificiu statal, întreaga structur a statului, central și local, pe orizontal și vertical, se bazează pe lege, pe prevederile ei, pe normele juridice, unde în prim-plan sunt puse drepturile și libert țile fundamentale ale cet ățeanului, drepturile omului. De asemenea, ansamblul rela țiilor dintre cet ățeni și stat se fundamentează pe lege. Toți indivizii, indiferent de pozi ția lor socială, de rolul lor de înut în ierarhia societ ții se subordonează prevederilor legii, ac ionează, mai exact, trebuie să ac ioneze atât în via a politică, cât și în via a socială și particulară în conformitate cu legea, *dura lex, sed lex*<sup>8</sup>.

Facem precizarea că, între garan țiile procedurale care să consolideze mecanismele de protec ție a drepturilor omului se înscrie dreptul la judecată: orice persoană are dreptul la judecarea, în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil, a cauzei sale de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî fie asupra contesta țiilor privind drepturile și obliga țiile sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărui acuza ții în materie penală, îndreptate împotriva sa<sup>9</sup>.

În ara noastră justi ția - *ca for public organizat în stat* - joacă un rol fundamental în ap ărarea drepturilor omului, organizarea ierarhică a acesteia, dreptul la recurs, prezum ția de nevinovăție se înscriu între componentele fundamentale, structurale și de ac țiune prin care justi ția vizează ap ărarea drepturilor fundamentale.

Totodată, ar ătăm că, pentru ca drepturile și libert țile să devină efective trebuie ca ele să fie ap ărate de o instanță la care titularul lor să acceadă liber, care să fie instituită prin lege, să fie independentă, imparțială și să judece după o procedură echitabilă, publică și într-un termen rezonabil. Această garan ție generală a efectivității drepturilor și libert ților este numită de obicei drept la un proces echitabil sau, cum stipulează Constitu ția României, prin acces liber la justi ție.

---

<sup>8</sup> A se vedea, Aram E., Ta c M., *Organizarea judecătorească a Basarabiei după unirea din 1918 și unificarea acesteia cu cea din Vechiul Regat*, Analele științifice ale Universității de stat din Moldova, seria „Științe socio-umanistice” vol. I, Chișinău, 2004, p. 8-16.

<sup>9</sup> În acest sens, a se vedea, Deleanu I., Enache M., *Statul de drept*, în revista Dreptul nr. 7/1993, p. 3-11.

România a consacrat prin Constituție și prin alte acte normative drepturile și libertățile fundamentale ale omului, ca drepturi și libertăți cetățenești.

În baza principiului supremației constituției României, justiția a devenit una din garanțiile exercitării efective a drepturilor și libertăților cetățenești. Acest rol se motivează prin locul puterii judecătorești în sistemul puterilor publice și prin funcțiile sale. Justiția se înfăptuiește în numele legii, de către judecători care sunt independenți și se supun numai legii. Raportarea activității judecătorești numai la lege asigură tocmai aplicarea necondiționată a legii și numai a legii<sup>10</sup>.

De remarcat, astfel că art. 21 alin. (1) al Constituției României consfințește accesul liber la justiție. Prin generalitatea formulării sale, art. 21 permite oricrei persoane accesul la justiție: cetățean român, cetățean străin sau apatrid. În al doilea rând, el permite accesul la justiție pentru apărarea oricărui drept sau libertate și a oricărui interes legitim, indiferent dacă acestea rezultă din Constituție sau alte legi. În alin. (2) al aceluiași articol se stipulează că nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept.

Trebuie să observăm însă că, în același context, art. 52 alin. (1)<sup>11</sup> al Constituției României este temeiul constituțional al răspunderii autorităților publice pentru vătămările produse cetățenilor prin încălcarea sau nesocotirea drepturilor și libertăților. Se poate aprecia că art. 52 din Constituția României, republicată, reprezintă fundamentul constituțional principal al contenciosului administrativ. Acest drept reprezintă o sinteză cuprinzătoare a unei întregi evoluții a normelor juridice în materie pe plan european<sup>12</sup>. Legea fundamentală revizuită în anul 2003, a lărgit considerabil temeiul acțiunilor în contencios administrativ extinzându-l dincolo de limita dreptului subiectiv încălcat, și asupra interesului legitim, tranșând astfel, definitiv disputa juriștilor referitoare la corelarea celor două articole constituționale privind

---

<sup>10</sup> Pentru detalii, a se vedea, Muraru I., Tănăsescu E. S. (coord.), *Constituția României. Comentarii pe articole*, Editura C. H. Beck, București, 2008, p. 177.

<sup>11</sup> Potrivit art. 52 alin. (1) din Constituția României: „*Persoana vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal al unei cereri, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins sau interesului legitim, anularea actului și repararea pagubei*”.

<sup>12</sup> A se vedea, Tănăsescu E. S., *Prezentare comparativă a abordărilor constituționale din alte state cu privire la răspunderea autorităților publice față de cetățeni și relativ la integrarea în Uniunea Europeană*, în *Revista de Drept Public* nr. 2/2002, p. 17.

accesul liber la justiție și dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică<sup>13</sup>.

În fine, din examinarea dispozițiilor art. 52 alin. (1) din Legea fundamentală, constatăm că legiuitorul constituant a avut în vedere nu doar actele administrative emise de autoritățile administrației publice din sfera puterii executive, ci și actele administrative emise de alte autorități publice din sfera celorlalte două puteri (legislativă și judecătorească) sau cu atribuții de control, prevăzute sau nu în Constituție.

#### **4. Asigurarea unei baze constituționale a drepturilor și libertăților fundamentale**

Toate statele au o Constituție, în sensul că o regulă sau un sistem de reguli tacite sau exprese trebuie să statueze cine sunt cei care exercită puterea, în baza cărui principiu și de unde vine această putere. Voina fermă afirmată în secolul al XVIII-lea de a face din Constituție un instrument de apărare a libertății, a marcat, în conștiința politică a popoarelor, atribuirea unui prestigiu superior constituțiilor scrise, rigide.

Constituția este o regulă superioară guvernărilor, cât vreme ea definește modalitățile investițiilor lor, legitimează și determină condițiile exercitării puterii. Adică, puterea statuată în baza unei constituții este în mod necesar limitată. Dar o astfel de limitare poate să nu aibă, în principiu, nici un efect benefic asupra drepturilor și libertăților supușilor, când constituția acordă puterii aproape absolute guvernărilor.

Drepturile omului nu au putut deveni realități juridice decât în măsura în care politicul însuși se supune legii/juridicului, cu alte cuvinte, decât în măsura în care politicul însuși își impune autolimitări. Drepturile omului și puterea politică trebuie să se găsească într-un perfect echilibru. Acest echilibru nu poate fi realizat decât într-un stat în care puterea politică și persoanele se găsesc legate prin reguli generale care la rândul lor sunt expresia voinței întregului popor. Destinația socială a drepturilor omului impune însă ca ele să corespundă cu cerințele ordinii publice, cu nevoile societății, cu cele economice.

Facem precizarea că, asigurarea unei baze constituționale, legislative și procedurale pentru afirmarea, promovarea și protejarea drepturilor și

---

<sup>13</sup> A se vedea Santai I., *Implicații vizând unele prevederi revizuite ale Constituției în materia contenciosului administrativ*, în *Revista de drept public*, nr. 1/2004, p. 35.



libertăților fundamentale ale omului implic transformări profunde în natura statului însuși, dar și natura relațiilor dintre state.

Existența unei Constituții, garant al drepturilor și libertăților fundamentale sau, cel puțin, a unei Charte ori Declarații de drepturi este un element definitoriu al statului de drept.

De notat faptul că, țara noastră și-a declarat intenția de a se integra în comunitatea internațională, bazându-se pe ideea garantării, promovării și protejării drepturilor omului prin racordarea legislației naționale la standardele internaționale<sup>14</sup>, prin democratizarea și reforma instituțiilor de drept din țară.

Precizăm că, în dreptul intern, art. 20 alin. (1) din Constituția României revizuită în 2003<sup>15</sup>, cuprinde două reguli care privesc de fapt transpunerea în practică a dispozițiilor constituționale privind drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale. Dispozițiile acestui articol trebuie interpretate prin coroborarea lor mai ales cu art. 11 care consacră corelația dintre dreptul internațional și dreptul intern, ele fiind o aplicațiune specifică a acestei corelații în domeniul drepturilor constituționale<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Art. 11 din Constituție prevede că: alin. (1) „Statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce îi revin din tratatele la care este parte”; alin. (2) „Tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern”.

Analizând art. 11 din Constituție desprindem faptul că toate tratatele internaționale, la care România este parte, în urma ratificării lor de către Parlament, devin componente ale dreptului intern, indiferent de domeniul sau obiectul lor de reglementare. A adică, tratatele ratificate apar ca acte normative, în principiu, de aceeași valoare și forță juridică ca și a celorlalte acte normative elaborate de autoritatea legiuitoare națională.

În jurisprudența sa, Curtea Constituțională a României a reținut, în mai multe cazuri, contrarietatea unor dispoziții legale din legislația internă cu anumite reglementări internaționale ori lipsa reglementării prin legi interne a unor relații sociale care sunt reglementate prin acte internaționale. Până în prezent, Curtea a reținut neconstituționalitatea unor texte de lege numai în cazurile în care acestea, pe lângă faptul că sunt neconcordante cu reglementările internaționale, contravin și anumitor dispoziții exprese ale Constituției, apud Muraru I., Vlăduț N. M., Muraru A., Barbu S.G., *Contencios constituțional*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 156-157.

<sup>15</sup> Art. 20 alin. (1) din Constituție prevede că: *Dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și celelalte tratate la care România este parte.*

<sup>16</sup> A se vedea, Constantinescu M., Iorgovan A., Muraru I., Tănăsescu E. S., *Constituția României revizuită. Comentarii și explicații*, Editura All Beck, București 2004, p. 30-31.

Trebuie subliniat că, prima regulă stabilite în interpretarea și aplicarea drepturilor și libertăților cetățenești se fac în concordanță cu prevederile tratatelor internaționale la care România este parte. Așa cum rezultă din lectura textului, este nominalizat Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată la 10 decembrie 1948, iar în ceea ce privește celelalte documente internaționale, se vorbește de pacte și tratate deși într-o viziune largă, tradițional, pactele sunt tratate. Explicația acestui limbaj al art. 20 stă în atașamentul pe care România îl proclamă explicit mai întâi față de Declarația Universală a Drepturilor Omului, document de început și de referință în domeniu, care a marcat începutul unei ere noi în proclamarea și protecția drepturilor omului. În ideea de a se marca atașamentul și respectul față de cele două pacte, Pactul internațional relativ la drepturile economice, sociale, culturale și Pactul relativ la drepturile civile și politice, în textul art. 20 s-a menționat și cuvântul pacte.

Principala observație care trebuie reținută, constă în faptul că, temeiul declarării ca neconstituțională a unei dispoziții legale îl constituie încălcarea prin aceasta a anumitor dispoziții constituționale, iar nu neconcordanța cu reglementările internaționale. Art. 20 alin. (1) obligă Curtea Constituțională să interpreteze dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului și cu celelalte pacte și tratate la care România este parte. Dacă va constata că o anumită dispoziție constituțională, interpretată în modul dispus de art. 20 alin. (1) din Constituție este încălcată prin reglementarea legală supusă controlului de constituționalitate, Curtea Constituțională va constata neconstituționalitatea acesteia<sup>17</sup>.

În ceea ce privește cea de a doua regulă, menționăm că ea acordă prioritate reglementărilor internaționale, desigur celor cuprinse în tratate și ratificate de România, în situația în care s-ar ivi anumite nepotriviri, contradicții, conflicte, neconcordanțe între acestea și reglementările interne. Trebuie menționat că această prioritate stabilită prin alin. (2) al art. 20 din Constituție este acordată numai reglementărilor din domeniul drepturilor omului.

---

<sup>17</sup> A se vedea, Muraru I., VI doiu N. M., Muraru A., Barbu S.G., op. cit., p. 157.

Art. 20, de asemenea, c. în ipoteza alin. (2) al art. 20 din Constituție<sup>18</sup>, când există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, conform dispozițiilor constituționale, au prioritate reglementărilor internaționale. Ni se pare evident că, în asemenea situații, nu se pune nici o problemă de constituționalitate de competența contenciosului constituțional, ci una de aplicare a legii. Ca atare, instanțele judecătorești ori celelalte autorități publice vor aplica, în cazuri concrete, în mod nemijlocit reglementările internaționale, care au prioritate față de legile interne<sup>19</sup>.

În opinia noastră, judecătoria națională trebuie să poată îndepărta progresiv, din propria inițiativă, aplicarea dispozițiilor legislative interne care formează un obstacol pentru deplina eficacitate, direct, a normelor Convenției europene a drepturilor omului; este un semn al optimismului, în ultimii ani, atât instanțele judecătorești, dar mai ales Curtea Constituțională, în deciziile date, invocă frecvent diferite hotărâri ale Curții Europene, dar de fiecare dată în relație directă cu dispozițiile constituționale.

Este necesar să se sublinieze că, treptat, dar cu pași siguri, garanțiile internaționale ale drepturilor și libertăților omului au devenit pentru juriștii români un instrument aproape tot atât de des utilizat ca și reglementările interne.

Trebuie să se precizeze, de asemenea, o contribuție esențială în acest proces a avut-o Curtea Constituțională a României care, în activitatea sa de înlăturare a antinomiilor dintre legile interne și Constituție, a acordat, în virtutea prevederilor constituționale amintite mai sus, prioritate reglementărilor internaționale în materia drepturilor omului.

După ratificarea Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, în anul 1994, Curtea Constituțională a României și-a fundamentat o parte dintre soluțiile pronunțate pe textele Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ea a contribuit la sublinierea importanței acestor prevederi internaționale în cadrul de referință al legislației privind drepturile omului, dar și la asigurarea unei juste interpretări și aplicări a acestor norme de către instanțele

---

<sup>18</sup> Art. 20 alin. (2) din Constituție prevede că: „Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale”.

<sup>19</sup> A se vedea, Muraru I., Vl. doiu N. M., Muraru A., Barbu S.G., *op. cit.*, p. 158.

jurisdicției în lumina dispozițiilor constituționale ale art. 147 alin. (4) care asigură caracterul obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale<sup>20</sup>.

Din această perspectivă, Curtea Constituțională și-a îmbogățit anul de anjurisprudență cu soluții inspirate din practica instanței europene pentru drepturile omului. Astfel, dacă în perioada 1994-1999 numărul deciziilor Curții Constituționale în care se făcea referire la jurisprudența Curții de la Strasbourg oscila anual între 6 și 30, în anii în care au urmat acestea a cunoscut creșteri semnificative: 49 în anul 2000; 73 în anul 2001; 73 în anul 2002; 97 în anul 2003, peste 200 în anul 2011 . a. m. d.

Curtea Constituțională a avut ocazia să se pronunțe în mai multe rânduri asupra legitimității prevederilor Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale în ansamblul reglementărilor privind drepturile omului aplicabile în țara noastră, cât și asupra importanței și a caracterului obligatoriu al acestui instrument internațional. Astfel, Curtea Constituțională a examinat însuși conformitatea prevederilor Legii nr. 30 din 1994 privind ratificarea Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a protocoalelor adiționale la această convenție cu dispozițiile constituționale<sup>21</sup>.

De asemenea, ar trebuie să se sublinieze caracterul obligatoriu al

---

<sup>20</sup> *Jurisprudența Curții Constituționale și Convenția Europeană a Drepturilor Omului 1994-2003*, Editura Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2005, p. 9-10.

<sup>21</sup> Prin Decizia nr. 94/1996, Curtea a analizat criticile de neconstituționalitate care priveau dispozițiile art. 3 din această lege, potrivit cărora: „în baza art. 25 și 46 din Convenția menționată, România recunoaște dreptul la recurs individual în fața Comisiei Europene a Drepturilor Omului și jurisdicția obligatorie a Curții Europene a Drepturilor Omului în privința drepturilor cuprinse în Convenția europeană a drepturilor omului, precum și în Protocolul nr. 4 recunoscând anumite drepturi și libertăți, altele decât cele deja înscrise în convenție și în primul Protocol adițional la convenție, Strasbourg 16 septembrie 1963, și în protocolul nr. 7 Strasbourg 22 noiembrie 1984, pentru cauzele în care violarea drepturilor garantate de aceste texte intervine după intrarea lor în vigoare pentru România”.

Soluția pronunțată de instanța de contencios constituțional arată că acest text de lege nu poate fi considerat a fi contrar obligației constituționale de îndeplinire întocmai și cu bună credință a convențiilor internaționale, obligații prevăzute de art. 11 din Constituție, și nici că fiind contrar prevederilor constituționale referitoare la prioritatea tratatelor internaționale privitoare la drepturile fundamentale ale omului față de legile interne. În argumentarea acestei soluții s-a reținut că aplicarea jurisdicției internaționale consacrate de Convenție în cauzele anterioare aderării, așa cum susțineau autorii excepției, ar reprezenta o încălcare a principiului neretroactivității legii, prevăzute de art. 15 alin. (2) din Constituție.

prevederilor Convenției în ansamblul reglementărilor legale aplicabile în țara noastră<sup>22</sup>. În aceeași ordine de idei, Curtea Constituțională a înțeles sublinieze caracterul obligatoriu al interpretărilor Curții europene a drepturilor omului în cele mai multe dintre soluțiile în care și-a sprijinit argumentația pe dispozițiile convenției.

Înănd cont de acest fapt, instanța românească de contencios constituțional nu a întârziat să reconsidere propria sa jurisprudență atunci când a constatat existența unor neconcordanțe între aceste două soluții Curții de la Strasbourg<sup>23</sup>.

De notat faptul că, o contribuție deosebită pe care Curtea Constituțională a adus-o la clarificarea sferei de aplicare și a conținutului drepturilor și libertăților consacrate de Convenție s-a realizat cu prilejul invocării, într-o serie de decizii, a dispozițiilor acestui act internațional, ca fundament al soluțiilor pronunțate. Este cazul garanțiilor consacrate de art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale care se referă la dreptul la un proces echitabil<sup>24</sup>. Interpretând dispozițiile

---

<sup>22</sup> Prin Decizia Curții Constituționale nr. 146/2000, publicat în M. Of. nr. 566 din 15 noiembrie 2000. Curtea Constituțională subliniază: „ratificarea de către România a Convenției pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale prin Legea nr. 30/1994, a făcut ca această convenție să facă parte din dreptul intern, situație în care raportarea la oricare dintre textele sale este supusă aceluiași regim cu cel aplicabil raporturilor la dispozițiile din Legea fundamentală. Curtea constată, de asemenea, că această interpretare este în deplin acord cu dispozițiile art. 20 din Constituție”.

Mai mult prin Decizia Curții Constituționale nr. 148/2003 privind constituționalitatea propunerii legislative de revizuire a Constituției României, publicat în M. Of. nr. 317 din 12 mai 2003, Curtea a statuat: „calitatea României de parte la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale ori la alte tratate internaționale are semnificația unei restrângeri a competențelor autorităților statale, o relativizare a suveranității naționale”.

<sup>23</sup> Dovadă acestui fapt o constituie și Decizia Curții Constituționale nr. 145/2000, publicat în M. Of. nr. 665 din 16 decembrie 2000, prin care Curtea a statuat, în urma analizării practicii Curții europene a drepturilor omului, că dispozițiile art. 174 alin. (1) lit. a) din Codul de procedură penală, care interzicea dreptul inculpatului de a fi reprezentat la judecarea cauzei atunci când nu se poate prezenta în instanță, nu constituie o garanție, ci, dimpotrivă, o restrângere nejustificată a dreptului său la apărare. Aceasta a dus la modificarea soluției pronunțate anterior cu privire la constituționalitatea acestui text de lege.

<sup>24</sup> A se vedea, în acest sens Decizia Curții Constituționale nr. 332/2001, publicat în M. Of. nr. 113 din 12 februarie 2002; Decizia Curții Constituționale nr. 347/2002, publicat în M. Of. nr. 118 din 25 februarie 2003; Decizia Curții Constituționale nr. 455/2003, publicat în M. Of. nr. 3 din 5 ianuarie 2004 ș.a.

aceluiași articol 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, Curtea a avut prilejul de a se pronunța asupra mai multor texte de lege în raport cu cerința respectării unui termen rezonabil<sup>25</sup> de soluționare a cauzelor.

În fine, trebuie luat în considerare și faptul că, pentru a fi promovate și protejate drepturile omului, acestea trebuie să fie întâi de toate cunoscute și aplicate, ceea ce incumbă o datorie primordială nu numai partidelor politice electorale, ci și societății civile.

Deoarece realizarea efectivă a drepturilor și libertăților umane implică eforturi conjugate și conștiente ale oamenilor (cetățenilor) și ale autorităților publice, esențial este ca ele să fie protejate printr-un regim de drept, prin prevederi clare, ferme în Constituție și legi, care să nu se limiteze doar la proclamarea lor, ci să asigure, prin mijloace precise, garantarea, exercitarea lor efectivă.

Este evident însă că, recunoașterea drepturilor și libertăților fundamentale într-o Constituție nu este însă suficient pentru a le garanta. Pe lângă aceasta, sistemul respectiv trebuie să organizeze un contencios constituțional al acestor drepturi și libertăți, care să completeze contenciosul clasic al normelor și instituțiilor. Pentru ca aceasta să realizeze cât mai bine posibil cerința statului de drept, sesizarea organului de control trebuie să poată fi făcută de către particulari<sup>26</sup>.

În esență, individul atunci când intră în contact cu o autoritate publică, indiferent de nivelul său, trebuie să fie protejată și să dispună de mijloace eficiente pentru a-și apăra drepturile. Vătămarea unui drept, produsă de o autoritate administrativă locală poate fi reparată fie adresându-se acelei autorități, fie instanțelor jurisdicționale ale statului, astfel încât individul dispune de căi efective, în trepte, pentru a-și apăra drepturile.

Dacă nu obține dreptate pe plan național, se poate adresa și jurisdicțiilor europene.

Din cele arătate, rezultă rolul important ce revine Curții Constituționale a României în apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor.

---

<sup>25</sup> Decizia Curții Constituționale nr. 29/2000, publicat în M. Of., nr. 460 din 21 septembrie 2000.

<sup>26</sup> A se vedea, D. Nișor D. C., *op. cit.*, p. 761.

În sfârșit, se cuvine subliniat faptul că, Aez mântul fundamental din 1991 prevede, ca noutate în viaa juridico-statală a României, crearea instituției Avocatului Poporului care a început să funcționeze după adoptarea legii sale organice, Legea nr. 35/1997. Ca instituție de tip Ombudsman, Avocatul Poporului apără persoanele lezate în drepturile și libertățile lor de către autoritățile administrației publice.

### **Concluzii**

Din cele expuse în cuprinsul studiului se poate concluziona faptul că în ultimii ani, instituția drepturilor omului a devenit o sursă majoră de dinamizare a evoluției istorice și democratice a națiunilor. Totodată instituția drepturilor omului reprezintă în opinia noastră o sursă de conștientizare în ceea ce privește afirmarea personalității indivizilor și a societății, în ansamblul său.

Aceste succinte considerente determină în alegerea faptului că, valorile, principiile și instituțiile democrației, fundamentate pe drepturile omului, coincid cu conceptele de bază care jalonează itinerarul civic. El permite în alegerea rolului cetățenilor și asociațiilor neguvernamentale pentru promovarea democrației.

CONSIDERAȚII REFERITOARE LA APARIȚIA ȘI EVOLUȚIA  
DREPTULUI INTERNAȚIONAL AL MEDIULUI

ON THE EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF  
INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

CARMEN MOLDOVAN<sup>1</sup>

**Rezumat:** Dreptul internațional al mediului reprezintă o componentă importantă a dreptului internațional public, de actualitate în prezent, urmare a intensificării preocupărilor statelor în protejarea mediului, conștientizarea importanței acestuia pentru existența și continuarea vieții umane, precum și a conexității dintre cele două. Reglementările în domeniu au evoluat în timp în etape și nu se caracterizează prin omogenitate sau prin forță juridică obligatorie în privința tuturor regulilor, fiind un ansamblu de reguli cuprinse în tratate internaționale, reguli de natură cutumiară, *soft law* și principii directoare a căror natură juridică nu este clar stabilită. În acest amalgam de normativitate, apare întrebarea dacă sunt caracterizate prin eficiență juridică sau nu având în vedere că nu a fost instituit un sistem coerent de supraveghere a punerii în aplicare a conținutului principiilor enunțate și nici instituții internaționale jurisdicționale speciale care să poată aplica sancțiuni în cazul adoptării unei conduite contrare. Obiectivul prezentei lucrări este de a realiza o incursiune în apariția dreptului internațional al dreptului mediului și în conturarea sa ca disciplină autonomă, accentul fiind pus pe sublinierea caracterului său pronunțat interdisciplinar și pe identificarea reperelor normative în domeniu.

**Cuvinte-cheie:** mediu, principii, umanitate, obligații ale statelor.

**Abstract:** International Environmental Law is an important component of international public law, which currently enjoys great attention as a result of the growing concerns of States in protecting the environment, the awareness of its importance for the existence and continuation of human life, as well as the connection between the two. The regulations concerning environmental law have evolved over time in stages and are not characterized by homogeneity or general

---

<sup>1</sup>Lector universitar dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept,  
email: [carmen.moldovan@hotmail.com](mailto:carmen.moldovan@hotmail.com).



binding legal force, as they are a set of legal norms contained in international treaties, customary international law, *soft law* and guiding principles whose legal nature is not clearly established at this point. In this medley of rules and principles, the question arises whether the existing rules are characterized by legal efficiency or not, given that there has not been set up a coherent system of supervision of their implementation neither a special international jurisdictional body to apply sanctions in the case of adopting a contrary course of action by a State. The aim of this paper is to make an incursion into the emergence of international law of environmental law and its outline as an autonomous discipline, emphasizing its pronounced interdisciplinary character and identifying the normative landmarks.

**Keywords:** environment, legal principles, humankind, obligations for the States.

### 1. Aspecte introductive - importanța mediului și implicațiile acestuia

Mediul constituie un element esențial al vieții umane, între cele două existând o relație de intercondiționare și interdependență. Afectarea calității mediului prin diferite activități industriale, tehnice desfășurate reprezintă în prezent o cvasi-certitudine. Reciprocitatea funcționează și în sens invers - calitatea vieții umane depinde și este influențată de calitatea mediului, la nivelul comunității internaționale existând o preocupare continuă, apărută din secolul al XIX-lea<sup>2</sup>, concretizată începând cu anii 1960<sup>3</sup>, de a institui un cadru normativ coerent în privința protejării mediului.

Astfel a apărut în dreptul internațional public o diviziune autonomă care are ca obiect de reglementare protejarea mediului - dreptul internațional al mediului<sup>4</sup>, constituită dintr-un ansamblu de reguli de natură consensuală sau cutumiară, având ca obiectiv limitarea prejudiciilor aduse mediului și protejarea acestuia. În ciuda numărului mare de instrumente juridice adoptate în acest domeniu, nu se poate afirma cu certitudine că liniile directoare cuprinse în diferite acte normative internaționale sunt puse în mod concret în executare și că statele și particularii deopotrivă, au o conduită conformă principiilor și obiectivelor stabilite de comunitatea internațională. Lipsa unor sancțiuni clare pentru nerespectarea principiilor enunțate face ca efectivitatea reglementărilor în materie de mediu să fie

---

<sup>2</sup> C. Redgwell, *International Environmental Law*, în ed. M.D. Evans, *International Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2014, p. 690

<sup>3</sup> A. Cassese, *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford/New York, 2005, p. 482

<sup>4</sup> C. Moldovan, *Drept internațional public*, Editura Hamangiu, București, 2015, pp. 13-14.

pusă sub semnul întrebării. Din această perspectivă, se înregistrează un decalaj între nivelul declarativ cu privire la protejarea mediului și nivelul concret al măsurilor luate în acest scop.

Implicațiile mediului asupra vieții umane sunt numeroase, în prezent fiind necontestată legătura dintre calitatea mediului și anumite drepturi fundamentale ale omului, în lipsa existenței unei prevederi exprese a dreptului la un mediu sănătos ca drept fundamental. Cu titlu de exemplu în acest sens poate fi menționată interpretarea extensivă dată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului încă din 2004, în cauza *Öneryıldız c. Turcia*<sup>5</sup>. Convenția europeană a drepturilor omului<sup>6</sup> nu prevede în mod expres un drept la un mediu sănătos, dar Curtea a analizat legătura dintre calitatea mediului dreptul la viață, garantat de art. 2 din Convenție<sup>7</sup>. În cauza menționată, Curtea a constatat încălcarea art. 2 din Convenție sub aspectul său substanțial din cauza lipsei luării de măsuri adecvate pentru a preveni moartea accidentală a nouă persoane dintre rudele apropiate ale reclamantului, care și-au construit locuințele fără autorizație, în jurul unei gropi de gunoi. A fost constatată și încălcarea aspectului procedural al art. 2, motivat de lipsa măsurilor adecvate de protecție prin lege, a dreptului la viață. În concert, guvernului turc nu a informat locuitorii din cartierele sărace respective cu privire la riscurile la care se supuneau prin faptul că locuiau în acea zonă. Chiar dacă i-ar fi informat, responsabilitatea continua să îi

---

<sup>5</sup> Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Marea Cameră, Hotărârea din 30 noiembrie 2004 în cauza *Öneryıldız c. Turcia*. Hotărârile și deciziile Curții sunt disponibile, integral, la adresa: <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>6</sup> Convenția privind respectarea drepturilor și libertăților fundamentale a fost adoptată în cadrul Consiliului Europei, la Roma, la 4 noiembrie 1950 și a intrat în vigoare la 3 septembrie 1953. România a ratificat Convenția la 20 iunie 1994 prin Legea nr. 30/1994, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 135 din 31 mai 1994.

<sup>7</sup> Articolul 2 din Convenție, cu denumirea *Dreptul la viață*, prevede: „1. Dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege. Moartea nu poate fi cauzată cuiva în mod intenționat, decât în executarea unei sentințe capitale pronunțate de un tribunal când infracțiunea este sancționată cu această pedeapsă prin lege.

2. Moartea nu este considerată ca fiind cauzată prin încălcarea acestui articol în cazurile în care aceasta ar rezulta dintr-o recurgere absolut necesară la forță: a. pentru a asigura apărarea oricărei persoane împotriva violenței ilegale; b. pentru a efectua o arestare legală sau a împiedica evadarea unei persoane legal deținute; c. pentru a reprima, conform legii, tulburări violente sau o insurecție.”

aparțină, deoarece nu a luat nicio măsură pentru a evita riscurile asupra vieții oamenilor a unor activități periculoase.

## 2. Conturarea cadrului normativ. Principalele repere

Trasarea limitelor dreptului internațional al mediului este dificilă, dificil de trasat limitele dreptului internațional al mediului și nu poate fi dată o definiție comprehensivă acestei discipline. Obiectul de reglementare al dreptului internațional al mediului a determinat ca acesta să fie caracterizat, similar cu alte diviziuni ale dreptului internațional, prin interdisciplinaritate, ceea ce presupune că include elemente de cercetare din domeniul economic, al științelor politice, ecologie, drepturi fundamentale, dreptul mării, dreptul transporturilor internaționale, regimul Antarcticii, folosirea cursurilor de apă în alte scopuri decât navigația

Apariția sa și consacrarea ca o ramură de sine stătătoare în cadrul dreptului internațional public a avut loc în etape<sup>8</sup> și a fost rezultatul preocupărilor statelor în domeniul ecologic, intensificate în anii 1970 și concretizate într-un număr mare de instrumente juridice care au ca obiect de reglementare raporturile de cooperare dintre state și alte entități internaționale pentru protejarea biosferei împotriva deteriorărilor majore și dezechilibrelor care ar putea să îi perturbe funcționarea normală<sup>9</sup>.

În prima etapă incipientă de cristalizare a regulilor internaționale privind mediul, pot fi menționate, cu titlu de exemplu, o serie de instrumente juridice *soft law* și tratate care au prefigurat cadrul normativ existent în prezent: Conferința asupra biosferei, organizată de UNESCO, la Paris, în 1968<sup>10</sup>, Declarația asupra luptei contra poluării aerului din 1968,

---

<sup>8</sup> C. Redgwell, *op. cit.*, p. 691

<sup>9</sup> M. Duțu, *Dreptul internațional al mediului*, Editura Economică, București, 2004, p. 85.

<sup>10</sup> *Intergovernmental conference of experts on the scientific basis for rational use and conservation of the resources of the biosphere*, Paris, 4-13 septembrie 1968, cunoscută și sub denumirea *The Biosphere Conference*. Textul este disponibil la adresa:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0001/000172/017269eb.pdf> (accesată la 27 aprilie 2017).

Pentru o evaluare a efectelor produse de această conferință internațională, a se vedea: UNESCO, *The Biosphere Conference 25 years later*, disponibil la adresa:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001471/147152eo.pdf> (accesată la 27 aprilie 2017).

Considerații referitoare la apariția și evoluția dreptului internațional al mediului 277

adoptată de Consiliul Europei<sup>11</sup>, Carta europeană a apei, din 1968<sup>12</sup>, Acordul european privind limitarea folosirii unor detergenți în produsele de spălare și curățare din 1968<sup>13</sup>, Convenția africană asupra conservării naturii și resurselor naturale din 1968<sup>14</sup>, amendată în anul 2003, prima Conferință ONU privind mediul, organizată la Stockholm, în 1972<sup>15</sup>, în urma căreia a fost adoptată Declarația privind mediul<sup>16</sup>; Convenția din 1972 asupra protecției patrimoniului mondial, cultural și natural, adoptată sub egida UNESCO<sup>17</sup>; Convenția de la Bonn din 1979, asupra conservării speciilor

---

<sup>11</sup> *Resolution (68) 4, adopted by the Ministers` Deputies on 8th March 1968, approving the Declaration of Principles on Air Pollution Control,*

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804faaa> (accesată la 27 aprilie 2017).

<sup>12</sup> *Resolution (67) 10, adopted by the Ministers` Deputies on, 26 May 1967, European Water Charter,*

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804d6d09>.

<sup>13</sup> *European Agreement on the Restriction of the Use of certain Detergents in Washing and Cleaning Products,* <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/064> (accesată la 27 aprilie 2017).

<sup>14</sup> *African Convention on the conservation of nature and natural resources,* adoptată la Alger, la 15 septembrie 1968, în cadrul Organizației Uniunii Africane.

Text disponibil la adresa:

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201001/volume-1001-I-14689-English.pdf>.

<sup>15</sup> *United Nations Conference on the Human Environment,* Stockholm, 15-16 iunie 1972.

<http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>.

<sup>16</sup> *Declaration of the United Nations Conference of the Human Environment.* Textul Declarației este disponibil la adresa: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf> (accesată la 03 mai 2017).

Informații și detalii suplimentare cu privire la semnificația Conferinței Națiunilor Unite și a Declarației, sunt disponibile la adresa: <http://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html> (accesată la 03 mai 2017).

<sup>17</sup> *Convenția privind protecția patrimoniului mondial, cultural și natural,* adoptată la 23 noiembrie 1972, de Conferința generală a Organizației Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură, întrunită la Paris, de la 17 octombrie la 21 noiembrie 1972, în cea de-a XVII-a sesiune; intrată în vigoare la 17 decembrie 1975. România a devenit parte a Convenției prin Decretul nr. 187 din 30 martie 1990 pentru acceptarea Convenției privind protecția patrimoniului mondial, cultural și natural, adoptată de Conferința generală a Organizației Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură la 16 noiembrie 1972, publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 46 din 31.03.1990.

migratoare aparținând faunei sălbatice<sup>18</sup>; Carta drepturilor și îndatoririlor economice ale statelor, adoptată de către Adunarea Generală a ONU, în 1974<sup>19</sup>.

Ulterior, au fost adoptate noi instrumente juridice internaționale: Declarația de la Rio de Janeiro din 1992, asupra mediului și dezvoltării<sup>20</sup>; Convenția asupra biodiversității din 1992<sup>21</sup>; Convenția-cadru a ONU privind schimbările climatice, din 2002<sup>22</sup>; Conferința de la Johannesburg, din 2002 privind dezvoltarea durabilă<sup>23</sup>, Protocolul de la Kyoto cu referire la schimbările climatice, din 1997<sup>24</sup>, Protocolul de la Cartagena cu privire la biosecuritate<sup>25</sup>, Acordul de la Paris din 2015.<sup>26</sup>

---

<sup>18</sup> *Convenția de la Bonn privind conservarea speciilor migratoare de animale sălbatice*, adoptată la Bonn la 23 iunie 1979. România a aderat la Convenție prin Lege nr. 13 din 8 ianuarie 1998 pentru aderarea României la Convenția de la Bonn privind conservarea speciilor migratoare de animale sălbatice, adoptată la Bonn la 23 iunie 1979, publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 24 din 26 ianuarie 1998. Convenția a intrat în vigoare la 1 noiembrie 1983.

<sup>19</sup> *Carta privind drepturile și îndatoririle economice ale statelor*, adoptată de Adunarea generală a ONU prin Rezoluția nr. 3281 (XXIX) din 12 decembrie 1974. Textul este disponibil la adresa: <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm> (accesată la 3 mai 2017).

<sup>20</sup> *Declarația de la Rio cu privire la mediu și dezvoltare* a fost adoptată la Rio de Janeiro, în cadrul Conferinței Națiunilor Unite privind mediul și dezvoltarea, 13-14 iunie 1992. Textul este disponibil la adresa: [http://www.unesco.org/education/pdf/RIO\\_E.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_E.PDF) (accesată la 3 mai 2017).

<sup>21</sup> *Convenția privind diversitatea biologică* a fost adoptată la 5 iunie 1992 la Rio de Janeiro. România a ratificat Convenția prin Legea nr. 58/1994 pentru ratificarea Convenției privind diversitatea biologică, publicată în Monitorul Oficial nr. 199 din 2 august 1994.

<sup>22</sup> *Convenția-cadru a Organizației Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice*, adoptată la New York la 9 mai 1992 și a intrat în vigoare la 21 martie 1994. România a devenit parte la Convenție prin Legea nr. 24 din 6 mai 1994, publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 119 din 12 mai 1994.

<sup>23</sup> *United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)* în Rio de Janeiro, June 3-14, 1992

<sup>24</sup> *Protocolul de la Kyoto privind schimbările climatice la Convenția - cadru a Organizației Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice* a fost adoptat la 11 decembrie 1997 și a intrat în vigoare la 16 februarie 2005. România a ratificat Protocolul prin Legea nr. 3 din 2 februarie 2001 pentru ratificarea protocolului de la Kyoto la Convenția-cadru a Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice, publicată în Monitorul Oficial nr. 81 din 16 februarie 2001. Protocolul a fost amendat la Doha, la 8 decembrie 2012. Amendamentele nu au intrat în vigoare.

<sup>25</sup> *Protocolul de la Cartagena privind biosecuritatea la Convenția privind diversitatea biologică* (semnată la 5 iunie 1992 la Rio de Janeiro), adoptat la Montreal la 29 ianuarie 2000.

În procesul de cristalizare și reglementare normativă din domeniul dreptului internațional al mediului se remarcă o evoluție, în sensul că, până la finalul anilor 1960, cele mai multe acorduri internaționale aveau în materie de protecție a mediului aveau de fapt scopuri utilitare, iar începând cu 1972, acordurile internaționale au început să reflecte dorința de a limita prejudiciile aduse mediului - o dată cu Declarația de la Stockholm a Conferinței cu privire la mediul înconjurător.<sup>27</sup>

### **3. Declarația de la Stockholm - un pas esențial în dezvoltarea dreptului internațional al mediului**

Importanța deosebită a Declarației de la Stockholm din 1972 este determinată de faptul că a reprezentat un prim bilanț al impactului uman global asupra mediului și o primă încercare de a iniția o viziune de bază comună a statelor cu privire la modul de a aborda a provocării de a păstra și îmbunătăți mediului uman, denumire care este folosită atât în titlul oficial al Declarației, cât și în conținutul său, pentru a sublinia influența activităților desfășurate de comunitatea umană.

Textul Declarației a fost adoptat în cadrul primei conferințe ONU care s-a concentrat pe probleme internaționale de mediu<sup>28</sup>. A avut loc între 5 și 16 iunie 1972, a reflectat creșterea interesului pentru conservarea mediului și a format bazele guvernării globale de mediu. Actul adoptat la finalul conferinței a constituit un manifest reprezentând o declarație puternică cu privire la caracterul limitat al resurselor Pământului și la necesitatea ca umanitatea să le protejeze. Conferința a condus la crearea Programului

---

România a ratificat protocolul prin Legea nr. 59/2003, publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 192 din 26 martie 2003.

<sup>26</sup> *Acordul de la Paris la Convenția - cadru a Organizației Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice* a fost adoptat la 12 decembrie 2015 la a 21-a sesiune a Conferinței părților la Convenția - cadru a Organizației Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice care a avut loc la Paris, între 30 noiembrie-13 decembrie 2015. A intrat în vigoare la 4 noiembrie 2016. Textul este disponibil la adresa:

[http://unfccc.int/files/essential\\_background/convention/application/pdf/english\\_paris\\_agreement.pdf](http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf) (accesată la 3 mai 2017).

<sup>27</sup> Text disponibil la adresa: <http://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html> (accesată la 30 aprilie 2017).

<sup>28</sup> <https://www.britannica.com/topic/United-Nations-Conference-on-the-Human-Environment> (accesată la 28 aprilie 2017).

Națiunilor Unite pentru Mediu (UNEP)<sup>29</sup>, în decembrie 1972, ca agenție specializată a Organizației Națiunilor Unite, ce coordonează activitatea acesteia în domeniul mediului și asistă statele în curs de dezvoltare în implementarea de politici și practici ecologice.

Declarația a constituit în același timp o afirmare a drepturilor omului, în legătură cu mediul, cât și o conștientizare a necesității de a proteja mediul. În cuprinsul său, au fost incluse o serie de principii, care ulterior au fost dezvoltate în diferite instrumente juridice internaționale. De remarcat este faptul că primul principiu al Declarației stabilește în mod neechivoc legătura dintre mediu și drepturile fundamentale ale omului, în următoarea formulare: „*Omul are dreptul fundamental la libertate, egalitate și condiții adecvate de viață, într-un mediu de o calitate care să îi permită o viață demnă și bunăstare*”<sup>30</sup>.

Caracterul interdisciplinar al dreptului internațional al mediului este relevat de conținutul Declarației și conexiunile pe care acesta le realizează. Astfel, Declarația așează pe poziții opuse necesitatea protejării mediului înconjurător cu dezvoltarea economică, iar interdependența dintre cele două a fost subliniată în principiile 8 și 9.

Dintre celelalte principii incluse în textul Declarației, pot fi menționate: necesitatea conservării, inclusiv a habitatului vieții sălbatice (principiul 4), evitarea poluării mărilor (principiul 7), utilizarea pe scară largă a resurselor neregenerabile (principiul 5), importanța dezvoltării planificării coordonate (principiile 13-17), importanța educației cu privire la mediu (principiul 19), facilitarea cercetării științifice și fluxul liber al informațiilor (principiul 20), dezvoltarea dreptului internațional cu privire la poluarea mediului (principiul 22), eliminarea și distrugerea armelor nucleare (principiul 26).

În ceea ce privește caracterul principiilor conținute, trebuie subliniat că acestea sunt obiective generale de politică de mediu, nu reguli detaliate, cu un conținut precis și sancțiuni ale conduitei contrare. Cu toate acestea, în urma Conferinței de la Stockholm și a adoptării Declarației, a crescut în mod dramatic conștientizarea globală a problemelor de mediu și a evoluat procesul internațional de legiferare.

---

<sup>29</sup> <http://web.unep.org/> (accesată la 27 aprilie 2017).

<sup>30</sup> „Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being.”

În același timp, accentul activismului internațional de mediu s-a extins progresiv dincolo de problemele transfrontaliere și comune la nivel global pentru reglementarea mass-media specifice și trans-sectoriale și sintetizării considerente economice și de dezvoltare în luarea deciziilor de mediu. Până în momentul Conferinței de la Rio, prin urmare, sarcina pentru comunitatea internațională a devenit una dintre sistematizarea și retratarea așteptărilor normative existente în ceea ce privește mediul înconjurător, precum și a postulând cu îndrăzneală bazele juridice și politice ale dezvoltării durabile. ?

#### **4. Dezvoltarea ulterioară a regulilor și a domeniului de reglementare al dreptului internațional al mediului**

În 1992, mai mult de 100 de guverne s-au întâlnit la Rio de Janeiro la Conferința ONU cu privire la mediu și dezvoltare - a mai fost denumită și *Earth Summit* -, care a elaborat Agenda 21 - un plan de acțiune comprehensiv ce a solicitat „dezvoltarea viitoare a dreptului internațional cu privire la dezvoltarea durabilă, dând o atenție deosebită echilibrului delicat dintre protejarea mediului și dezvoltare. În urma ei a fost adoptată Declarația de la Rio cu privire la mediu și dezvoltare, care conține 27 de principii legate de conceptul de dezvoltare durabilă, precum și declarația principiilor privind consensul global referitor la managementul, conservarea și dezvoltarea durabilă a tuturor tipurilor de păduri (principiile referitoare la păduri). Totodată, au fost deschise spre semnare Convenția privind diversitatea biologică (Convenția privind biodiversitatea) și Convenția cadru cu privire la schimbarea climei (Framework Convention on Climate Change)<sup>31</sup>.

Reglementările internaționale în privința protejării mediului sunt paralele cu reglementările naționale care le-au precedat și au influențat, în realitate, apariția și consolidarea cadrului normativ internațional.

Cristalizarea cadrului normativ internațional este și evoluția acestuia au determinat

un domeniu de aplicare a regulilor pentru un grup divers de subiecte, inclusiv<sup>32</sup>: schimbările climatice (Convenția-cadru a Națiunilor Unite cu privire la schimbările climatice, Protocolul de la Kyoto cu privire la

---

<sup>31</sup> J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Eight Edition, Oxford University Press, 2012, pp. 355-356.

<sup>32</sup> [https://www.asil.org/sites/default/files/ERG\\_ENVIROMENT.pdf](https://www.asil.org/sites/default/files/ERG_ENVIROMENT.pdf) (accesată la 30 aprilie 2017).



încălzirea globală), dezvoltarea durabilă (Declarația de la Rio cu privire la mediul înconjurător și dezvoltare), biodiversitate (Convenția cu privire la diversitatea biologică), poluarea transfrontalieră (Convenția cu privire la poluarea atmosferică transfrontalieră pe distanțe lungi), poluarea marină (Convenția privind prevenirea poluării marine prin deversarea de deșeuri și alte materiale), protejarea speciilor pe cale de dispariție (Convenția privind comerțul internațional cu specii pe cale de dispariție), reglementarea regimului juridic al materialelor și activităților periculoase (Convenția de la Basel privind controlul transportului peste frontiere al deșeurilor periculoase și al eliminării acestora, 1989), conservarea patrimoniului cultural (Convenția privind protecția patrimoniului mondial cultural și natural), deșertificare (Convenția Națiunilor Unite privind combaterea deșertificării), folosirea mărilor (Convenția ONU privind dreptul mării), regimul juridic al mercurului și metalelor grele și reducerea poluării cu aceste substanțe (Convenția de la Minamata privind mercurul, 2013), poluarea și controlul efectelor poluării marine, preocupare specială a protecției mediului (Convenția de la Basel din 1989 cu privire la controlul transportului deșeurilor - nu interzice transportul deșeurilor periculoase dar stabilește o serie de limite în privința acestuia<sup>33</sup>; art. 192 Convenția privind dreptul mării prevede cu caracter general că statele au obligația de a proteja și conserva mediul marin, iar întreaga Parte XII este dedicată acestui obiectiv; Convenția internațională pentru prevenirea poluării de la nave, modificată prin Protocolul din 1978; Convenția de la Londra pentru prevenirea poluării prin deversarea de deșeuri și alte materiale, 29 decembrie 1972).

În privința poluării marine, trebuie subliniat că cea mai mare sursă de poluare marină este dată de deversarea deșeurilor de pe uscat, constituind și este cea mai dificilă problemă legată de poluare<sup>34</sup>, iar o altă problemă este reprezentată de deversările de petrol în mare, care au constituit o preocupare încă din stadiul incipient de formare a dreptului internațional al dreptului internațional al mediului la început, dar evoluția în dezvoltarea dreptului

---

<sup>33</sup> Cu titlu de exemplu, în privința limitelor, pot fi menționate următoarele aspecte relevante: este permis transportul deșeurilor dacă țara de origine nu dispune de capacitate suficientă de a le elimina sau locuri de eliminare a deșeurilor într-o manieră compatibilă cu mediul; este necesar consimțământul statului importator; este interzis exportul de deșeuri periculoase în Antarctica; obligația statelor de a reduce deșeurile periculoase și de a le gestiona într-o manieră compatibilă cu protecția mediului

<sup>34</sup> J. Crawford, *op. cit.*, pp. 363-364.

mediului a determinat abordarea poluării din mai multe surse, inclusiv din activitățile desfășurate pe uscat, deversarea în mare, alte efecte ale transportului maritim și activități în platoul continental.

## 5. Principii ale dreptului internațional al mediului

Din ansamblul reglementărilor adoptate în decursul timpului, pot fi identificate o serie de principii care stau la baza dreptului internațional al mediului și care au fost supuse unui proces de dezvoltare. Dintre acestea, vom face referire la cele mai importante și vom prezenta principalele caracteristici ale acestora.

*Principiul prevenției* presupune luarea de măsuri într-un stadiu cât mai incipient, având în vedere că prejudiciile aduse mediului sunt de regulă ireversibile și există anumite limitări în repararea lor după ce s-au produs. Acest element al principiului a fost analizat de către Curtea Internațională de Justiție în cauza *Gabcikovo Nagymaros*<sup>35</sup>.

Proiectul de articole privind prevenirea prejudiciilor transfrontaliere din activități periculoase (neinterzise de dreptul internațional), adoptat în anul 2001 de către Comisia de Drept Internațional<sup>36</sup>, face referire de asemenea, la acest principiu.

*Principiul precauției* este cel mai cunoscut principiu al dreptului internațional al mediului și se referă la modalitatea în care factorii politici aplică știința, tehnologia și economia în scopul protejării mediului.<sup>37</sup> A fost descris ca o încercare de codificare a conceptului de precauție în dreptul

---

<sup>35</sup> International Court of Justice, *Case concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment of 25 September 1997, <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (accesată la 4 mai 2017).

<sup>36</sup> International Law Commission, *Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous activities*. Textul a fost adoptat de către Comisia de Drept Internațional la cea de-a 53-a sesiune, în 2001 și prezentat Adunării Generale ca parte a raportului Comisiei care acoperă activitatea acestei sesiuni (A/56/10). Textul însoțit de comentarii, a fost publicat în *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, este disponibil la adresa:

[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_7\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf) (accesată la 3 mai 2017). Informații suplimentare sunt disponibile la adresa: <http://legal.un.org/avl/ha/aphha/aphha.html> (accesată la 3 mai 2017).

<sup>37</sup> J. Cameron, J. Abouchar, *The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment*, Boston College International and Comparative Law Review, Volume 14 Issue 1, 199, pp. 1-27.

internațional, precauția fiind definită ca o strategie de abordare a riscurilor<sup>38</sup>, însă conținutul său este în continuare vag.

*Conceptul de dezvoltare durabilă* este strâns legat de celelalte principii și este frecvent menționat în legătură cu necesitatea protejării mediului, fiind inclus ca obiectiv în tratatele cu obiect economic și în instrumente juridice regionale. Este însă dificil de definit, având în vedere lipsa unui act normativ care măcar să contureze principalele elemente care îl caracterizează, dar o definiție sintetizată acceptată a conceptului este următoarea: dezvoltarea care satisface nevoile prezentului fără a compromite abilitatea generațiilor viitoare de a-și satisface propriile nevoi<sup>39</sup>.

*Principiul conform căruia poluatorul plătește* constituie o linie directoare, stipulată în art. 16 din Declarația de la Rio, potrivit căruia poluatorul trebuie, în principiu, să suporte costul poluării, cu respectarea interesului public și fără a se denatura comerțul internațional și investițiile, însă conținutul său este vag deoarece este neclar în ce măsură implică antrenarea răspunderii stricte și în conformitate cu ce reguli<sup>40</sup>.

*Obligația statelor de a se asigura că activitățile de pe teritoriul său respectă mediul altor state* se bazează pe o obligație cu caracter general, enunțată în anul 1949 de către Curtea Internațională de Justiție în cauza privind *Canalul Corfu*<sup>41</sup>, iar ulterior a fost inclus în Declarația de la Stockholm. Scopul acestui principiu nu este de a proteja doar mediul aparținând celorlalte state, ca o componentă a suveranității și integrității teritoriale, ci de a proteja mediul ca o resursă comună a statelor.<sup>42</sup> Relevante în afirmarea acestei caracteristici sunt și interpretarea dată de Curtea Internațională de Justiție în *Avizul cu privire la legalitatea folosirii armelor nucleare*<sup>43</sup>, în care obligația statelor de a se asigura că activitățile derulate pe

---

<sup>38</sup> J. Crawford, *op. cit.*, p. 358.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 359.

<sup>41</sup> A. Cassese, *op. cit.*, p. 488. International Court of Justice, *Corfu Channel* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 9 April 1949, <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf> (accesată la 4 mai 2017).

<sup>42</sup> *Idem*, p. 489.

<sup>43</sup> International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (*Avizul cu privire la legalitatea folosirii armelor nucleare*), Advisory Opinion of 8 July 1996, paragr. 29- *mediul reprezintă spațiul viu, calitatea vieții și sănătatea ființelor umane, inclusiv a generațiilor viitoare*,

teritoriul de sub jurisdicția lor nu contravine mediului altor state este calificată drept o obligație generală ce face parte din dreptul internațional al mediului și în Cauza *Gabcikovo-Nagymaros*<sup>44</sup>, în care respectarea mediului este văzută ca obligație ce aparține întregii umanități<sup>45</sup>.

*Obligația de evaluare a impactului asupra mediului* este prevăzută în art. 17 al Declarației de la Rio și reprezintă o tehnică de integrare a considerentelor de mediu în procesul de luare a deciziilor și un element important pentru prevenirea prejudiciilor transfrontaliere cauzate de activități periculoase neinterzise de dreptul internațional<sup>46</sup>. Curtea Internațională a interpretat-o ca făcând parte din dreptul internațional general, în cauza privind morile de celuloză pe râul Uruguay (*Pulp Mills*)<sup>47</sup>, însă nu i-a precizat conținutul, făcând trimitere la legislația națională a statelor<sup>48</sup>, ceea ce nu contribuie la clarificarea cadrului normativ.

## 6. Concluzii

Dreptul internațional al mediului se caracterizează prin adaptarea dreptului internațional, în instrumente juridice multilaterale, regionale ori bilaterale, obligatorii sau *soft law*, care au în comun încercarea de a stabili și clarifica obligațiile statelor față de protejarea mediului și a diferitelor componente ale acestuia (cursuri de apă, mare, atmosferă, spațiu terestru) și conservarea acestuia și a resurselor naturale.

În ciuda lipsurilor ce caracterizează dreptul internațional al mediului în ansamblul său (caracterul neuniform al diferitelor acte normative, forța

---

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&case=95&code=unan&p3=4> (accesată la 4 mai 2017).

<sup>44</sup> International Court of Justice, *Case concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment of 25 September 1997, <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (accesată la 4 mai 2017).

<sup>45</sup> International Court of Justice, *Case concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment of 25 September 1997, paragr. 53, <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (accesată la 4 mai 2017).

<sup>46</sup> J. Crawford, *op. cit.*, p. 360.

<sup>47</sup> International Court of Justice, *Case concerning Pulp Mills on the river Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010. <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf> (accesată la 4 mai 2017).

<sup>48</sup> International Court of Justice, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, paragr. 101.

juridică incertă a multora dintre ele, lipsa unui sistem coerent de supraveghere sau a unui sistem jurisdicțional specializat cu competențe în sancționarea statelor), nu poate fi afirmată ineficiența regulilor specifice dreptului internațional al mediului, având în vedere că principiile și liniile directoare menționate în cuprinsul prezentei lucrări, au la bază exprimarea voinței statelor și concretizarea acesteia prin adoptarea lor.

**PROTECTION DU DROIT A LA LIBERTE REALISEE PAR  
L'INCRIMINATION DU DELIT DE TRAITE D'ETRES  
HUMAINS**

**GABRIELA ALEXANDROIU<sup>1</sup>**

**Résumé :** Le règlement des droits fondamentaux de l'homme au niveau international, a eu un impact significatif sur les systèmes juridiques des États parties à la Convention, qui, pour assurer une protection efficace contre toute violation, ils devaient de les réglementer au niveau législatif interne. Le droit à la liberté de la personne, considéré comme un droit à la liberté de mouvement et d'action est protégé en vertu de la législation roumaine en criminalisant des actes comme des crimes de lui nuire. La traite des personnes a connu une croissance régulière au cours des dernières années, devenant un problème national et international. Depuis l'infraction de traite de préjudice à de nombreux droits humains fondamentaux, y compris le droit à la liberté, il est nécessaire de déterminer si la criminalisation de cet infraction, assure ou non une protection efficace de ce droit.

**Mots-clés :** droit fondamentaux, liberté, droit pénal.

**1. Protection des droits fondamentaux de l'homme**

Il est impossible de parler de la protection des droits fondamentaux de l'homme, sans définir ce qu'on comprend par la notion de droits fondamentaux de l'homme.

Quoique les actes normatifs internes et internationaux utilisent fréquemment les notions de « droits fondamentaux », « droits de l'homme », « libertés fondamentales », une définition des droits de l'homme dans la jurisprudence internationale n'a pas été encore adoptée. L'idée de droits égaux pour tous qui découle de la Magna Carta Libertatum du 1215, présente dans le Bill of Rights d'Angleterre du 1689, devenue plus générale une fois avec la « Déclaration d'indépendance des Etats-Unis » du 1776 et la « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » de France en 1789, n'a pas acquis sa dimension universelle qu'avec l'adoption par l'Assemblée

---

<sup>1</sup> Doctorant, Universitatea Craiova, Facultatea de Drept.

Générale ONU de la « Déclaration Universelle des Droits de l'Homme » en 1948.

« La notion de droits fondamentaux de l'homme définit la notion de droits essentiels pour l'existence et l'intégrité psychique, pour le développement matériel et intellectuel de l'homme ainsi que sa participation active à la gestion de l'état, établis et garantis par la jurisprudence internationale, par la constitution et les lois internes de l'état »<sup>2</sup> La Constitution de la Roumanie consacre le II<sup>e</sup> chapitre du II<sup>e</sup> Titre aux droits et aux libertés fondamentales. La Roumanie dans sa qualité d'état membre de l'Organisation des Nations Unies a signé la « Déclaration universelle des Droits de l'Homme » et elle fait partie des deux pactes adoptés dans le cadre de l'ONU : « Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques » et « Le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ». La Roumanie est depuis le 1944 la signataire de la « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » et elle se soumet à la juridiction de la Cour Européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg. Dans le cadre de l'Union Européenne, la Roumanie a signé le Traité de Lisbonne qui contient la « Charte des Droits Fondamentaux » en décembre 2007.

Les documents ci-dessus ne donnent pas une définition des notions de « droits de l'homme », de « libertés fondamentales », mais contiennent seulement une liste des droits et des libertés fondamentales qu'ils garantissent.

La notion de droits de l'homme est en général acceptée par les juristes comme ayant une ample signification, en renvoyant au droit naturel et en évoquant le contexte historique et idéologique où cette notion a pris naissance et elle s'est cristallisée, ayant une acception philosophique et morale.

Le droit international contemporain établit à la charge des états de nombreuses obligations relatives à l'observance des droits et des libertés fondamentales de l'homme.

« Tout en représentant un principe de droit international avec valeur de « jus cogens », le principe de l'observance universelle des droits de l'homme oblige tous les états dans la même mesure. Il implique

---

<sup>2</sup> G. Coca, *Intérêt général et droits fondamentaux de l'homme*, Editions Universul juridic, Bucarest, 2009, p. 159.

l'accomplissement de quelques devoirs fermes de chaque état soit envers ses propres citoyens soit envers la communauté internationale des états, regardée dans son ensemble. Une violation des obligations juridiques assumées peut attirer la sanction du respectif état par la communauté internationale »<sup>3</sup>.

Quoique le problème de la protection des droits de l'homme soit un problème international, sa solution concrète est faite dans le cadre de la législation de l'état nation qui doit adopter des politiques et mesures adéquates pour le résoudre. En même temps, l'état national est celui qui dispose de mécanismes appropriés pour la création de cette harmonie nationale et sociale, pour la prévention et l'élimination des discriminations.

La Convention Européenne des Droits de l'Homme n'oblige pas les états signataires à incriminer pénalement la transgression des droits fondamentaux, chaque état ayant la possibilité d'apprécier indépendamment les mesures légales qui doivent être prises afin d'assurer l'efficace défense de ces droits. Par la punition des états qui n'ont pas disposé des mesures suffisantes afin d'assurer sur le plan interne une véritable protection de ces droits fondamentaux, sans appliquer des sanctions qui appartiennent *stricto sensu* au droit pénal, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a déterminé les états signataires d'adopter à niveau interne une législation qui permette, en cas d'infraction de ces droits fondamentaux, l'application de sanctions pénales.

## **2. Protection juridique du droit à la liberté**

Le droit est un phénomène social puisqu'il est un produit de la société, il intervient par des normes juridiques dans la réglementation de tous les procès de la société. Le droit relie la relation entre les droits et les devoirs des citoyens, en limitant la liberté des individus lorsqu'ils portent atteinte à la liberté de ceux alentour.

Dans la doctrine, on utilise fréquemment l'expression « le droit à la liberté et à la sécurité », par cette expression comprenant la protection de la liberté physique de la personne contre toute arrestation ou détention abusive ou arbitraire. La liberté physique de la personne ne se réduit pourtant pas à protéger la liberté physique de la personne contre toute arrestation ou

---

<sup>3</sup> C.I. Ciora, *Déclaration universelle des droits de l'homme et la Constitution de la Roumanie*, *Revue Droits de l'Homme*, no. XVIII, 2008, p. 7.



détention puisqu'elle peut être influencée par toute personne physique ou juridique.

Soit dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme que dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme, les paroles « droit » et « liberté » sont employés dans des locutions et avec des sens différents, quelque fois étant incompatibles. Ainsi, en employant les locutions « les droits et libertés proclamées », « ses droits et libertés », on dirait que ce sont deux concepts différents. Malgré cela, dans les locutions « droit à la liberté », « ce droit inclut la liberté », il en résulte d'autres sens et significations pour les deux termes.

La Constitution de la Roumanie n'utilise pas l'expression « droit à la liberté » en faisant référence à la liberté, mais elle utilise des locutions comme « la liberté de la conscience, la liberté des opinions, la liberté des croyances, la liberté de la pensée » (art. 29), « la liberté d'expression » (art. 30), etc.

En analysant les différences des concepts de droit et de liberté, Frédéric Sudre montre que « outre le fait que la distinction entre les droits civils et politiques, d'une part, droits économiques, sociaux et culturels, d'une autre, respectivement entre » les droits de ... » qui présupposent un écart de la part de l'état et « les droits à ... » qui réclament prestation de sa part, provient d'une terminologie extrêmement exemplifiante, par laquelle plusieurs libertés individuelles apparaissent sous la dénomination de « droits à ... » dans les conventions internationales : le droit à la liberté et à la sécurité, le droit à un procès équitable, etc., il faut remarquer qu'il n'y a pas une opposition tranchante entre les 2 catégories »<sup>4</sup>.

« Le principe de la liberté est sûrement un principe de base en matière des droits et des libertés fondamentales.

Affirmé dans la « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » du 1789, il est constamment réaffirmé depuis, de nombreuses fois. Par des formulations juridiques variées, on le retrouve dans la jurisprudence qui parle en général de la liberté individuelle »<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> F. Saure, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Editions Polirom, Iași, 2008, p. 185.

<sup>5</sup> J.-J. Israel, *Droit de libertés fondamentales*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence", LGDJ, 1998, p. 371.

Conformément à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », la liberté c'est faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, le droit de chaque homme n'a pas de limites à l'exception de ceux qui assurent aux autres membres de la société l'exercice de mêmes droits. Ces limites peuvent être déterminées seulement par la loi ».

Mais le problème des limites de la liberté peut être réduit qu'à cela ? La réponse qu'on pourrait désirer positive, rencontre pourtant plusieurs problèmes. Ainsi, le problème principal apparaît lorsqu'on parle de la défense des libertés traditionnelles, dans une société qui est dans un perpétuel changement, ce qui conduit à l'apparition de nouveaux droits de nature différente aux précédents. Le devoir d'assurer ces droits revient au législateur, qui doit assurer un équilibre entre la défense de ces droits et déterminer les limites de la liberté.

Vu que le droit à la liberté présente ensemble avec le droit à la vie, à l'intégrité corporelle et à la santé, un droit fondamental de la personne, puisque sans ce droit les autres droits perdent considérablement de leur valeur, parce que seulement dans la mesure où il est libre, l'homme peut se réjouir sans réserve de sa vie et aussi des autres droits qui lui sont inhérents.

Le droit à la liberté qui est garanti à chaque personne, présente de nombreux aspects : le droit à la liberté physique ou le mouvement, le droit à la liberté morale ou psychique, le droit à l'inviolabilité du domicile, etc. Grâce à sa particulière importance en tant que valeur sociale et attribut essentiel de la personne, le droit à la liberté est protégé aussi par l'intermède du droit pénal, qui par ses normes prévoit et punit par rapport à la gravité des faits de danger social par lesquels on enfreint le droit à la liberté, sous tous les aspects qu'il implique, en assurant ainsi sa protection par l'intermède des moyens spécifiques au droit pénal.

Dans ce contexte, l'incrimination en tant que délits de la violation de certains droits, l'application de sanctions pénales, apparaît comme un de plus forts et efficace moyens de défense de ces droits.

Mais "incriminer, définir un délit, signifie d'abord les définir et les diviser. Définir une situation, un comportement indéfini peut-être jusqu'à ce moment-là, diviser l'espace social en licite et illicite, et plus précisément restreindre l'espace de liberté par une nouvelle interdiction »<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Quadrige/Puf, 2004, page 56.

A cause des nombreux éléments du droit à la liberté, c'est intéressant d'analyser l'incrimination de ceux-ci afin de pouvoir apprécier si par ces incriminations on assure ou pas une efficace protection juridique de ce droit.

### **3. Le délit de traite d'êtres humains et le droit à la liberté**

La traite d'êtres humains représente une violation des droits de l'homme, de la dignité et de la liberté de celui-ci, et ce phénomène existe et se manifeste dans tous les pays indifféremment du degré de développement. Etant connues les dimensions réelles et intégrales de ce phénomène, il est devenu absolument nécessaire construire un cadre législatif capable de contenir toutes les modalités de perpétration de celui-ci.<sup>76</sup>

Bien qu'il ne soit pas un phénomène récent, l'implémentation de mesures de politique pénale et de prévention, en assumant des obligations à niveau international, en traçant des lignes de politique des réglementations qui devaient être adoptées par les états afin de donner efficacité et applicabilité aux conventions internationale, c'est pourtant assez nouveau. Ainsi, la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui a été adoptée le 2 décembre 1949, et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, acte additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ont été adoptés en 2000 et ratifiés par la Roumanie en 2002.

En Roumanie, le phénomène du développement de la traite d'êtres humains a été favorisé par l'absence d'une législation appropriée dans la matière jusqu'au 2011. Ainsi, jusqu'à ce moment-là, étaient punies diverses formes de la traite d'êtres humains comme la soumission au travail forcé ou obligatoire, l'esclavage, privation de liberté en vue de la prostitution, mais celles-ci ne répondaient au besoin de sanctionner le phénomène de la traite d'êtres humains dans sa véritable dimension.

La traite d'êtres humains est un délit contre la liberté personnelle, commis par des trafiquants dans le but de l'exploitation de la personne et il peut impliquer ou pas le passage des frontières en représentant un phénomène complexe, qui a connu et continue à connaître une croissance

---

<sup>7</sup> F. Pasca, *Le fenomene criminal de traite d'êtres humains*, Editions Pro Universitaria, București, 2010, page 49.

constante ces dernières années, en devenant un problème national et international.

Etant donné que la défense des droits et des libertés fondamentales de la personne constitue une préoccupation constante de tous les systèmes de droit, en particulier de ceux connexes à l'Union Européenne, le fait que la traite d'êtres humains porte atteinte à des valeurs humaines fondamentales parmi lesquelles il y a aussi le droit à la liberté, les autorités roumaines ont adopté les mesures appropriées afin de contrecarrer ce phénomène en pleine croissance.

La sphère de limitation des droits enfreints par la traite d'êtres humains est difficile à surprendre puisque les nouvelles modalités de perpétration de ce phénomène arrivent à attaquer une gamme de plus en plus variée de droits et libertés.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Nouveau Code Pénal, le délit a été discipliné pour la première fois dans la législation roumaine par la loi no. 678/2001. A présent, le délit est réglementé dans le I<sup>er</sup> Titre (délits contre la personne), Chapitre VII (la traite et l'exploitation des personnes vulnérables), l'article 210.

L'objet de la protection pénale par l'incrimination de ce délit est constitué par la personne physique et les attributs essentiels de celle-ci, la traite d'êtres humains constituant une grave violation des droits de l'homme.

L'objet juridique spécial est constitué par les relations sociales dont la formation, le déroulement et le développement normaux sont conditionnés par le respect de la liberté de déplacement, d'action, d'expression, d'option, de manifestation sur le plan psychique de la personne physique, ainsi que d'autres valeurs intrinsèques à l'être humain : la vie, l'intégrité corporelle, l'inviolabilité sexuelle, la sécurité, l'honneur, la dignité.

Bien qu'il ne soit pas inclus dans le chapitre concernant les délits contre la liberté, le fait qu'il soit un délit contre la liberté de la personne est incontestable, comme il en résulte soit de la doctrine que de la jurisprudence. Ainsi, il y a eu beaucoup de cas où on a apprécié que le fait de enlever une personne et ensuite de l'exploiter, constitue soit délit de traite d'êtres humains (prévu par l'art. 12 alinéa (1) et (2) de la Loi no. 678/2001), soit le délit de privation illégale de liberté, prévu par l'art. 189 de l'ancien Code pénal, se trouvant en concours réel. Dans un recours en intérêt de la loi, la Cour Suprême de Cassation et Justice (no. 1/2008), a affirmé le caractère d'infraction complexe du délit de traite d'êtres humains, qui absorbe le délit

de privation de liberté, en appréciant qu'en vertu du principe de droit *specialia generalibus derogant* il est nécessaire que ce concours entre la loi spéciale (à cette époque-là le délit de traite d'êtres humains était discipliné par une loi spéciale, par rapport au délit de privation de liberté qui était réglementé par la loi générale – le code pénal) et la loi générale, soit décidé en faveur de la loi spéciale. En conséquence, le problème de retenir un seul délit (de traite d'êtres humains) ou deux délits en concours, a été solutionné en partant du fait que les deux délits étaient disciplinés par des dispositions légales contenues dans des actes différents, entre lesquels il y avait le rapport général-spécial.

Au sens des dispositions de l'art. 210 du Nouveau Code pénal, constitue délit de traite d'êtres humains : « Recruter, transporter, transférer, héberger ou accueillir une personne dans le but de son exploitation, commis :

a) avec l'emploi de contrainte, d'enlèvement, d'induction en erreur ou d'abus d'autorité

b) en profitant de l'impossibilité de se défendre ou d'exprimer sa volonté ou de l'état visiblement vulnérable de cette personne

c) par le fait d'offrir, donner, accepter ou recevoir de l'argent ou d'autres avantages en échange du consentement de la personne qui a autorité sur la victime. »

D'une autre part, au sens des dispositions de l'art. 205 du Nouveau Code pénal, constitue délit de privation illégale de liberté, la privation de liberté d'une personne de manière illégale.

On considère aussi comme privation de liberté, l'enlèvement d'une personne qui est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté ou de se défendre.

Dans les conditions où dans le nouveau Code pénal les deux délits sont disciplinés, les dispositions de la loi spéciale relatives à l'incrimination du délit de traite d'êtres humains, étant reprises par les nouvelles dispositions légales, le problème résout antérieurement par la Cour Suprême de Cassation et Justice dévient de nouveau d'actualité.

Pour sa solution il est nécessaire analyser aussi d'autres éléments de délimitation entre les deux délits, étant donné que le délit de traite d'êtres humains présuppose, incontestablement, aussi une privation de liberté.

Dans cette analyse, il faut partir du fait que le droit de liberté, qui est un droit fondamental de la personne, présuppose, avant tout, la possibilité de celle-ci de se déplacer et d'agir par rapport avec sa propre volonté, ce qui

constitue une condition absolument nécessaire pour sa manifestation active dans la société. Priver une personne de cette possibilité, l'empêcher de se déplacer et d'agir en conformité avec sa propre volonté et intérêts qui sont protégés par la loi, constitue un fait qui présente un danger social<sup>8</sup>.

Ce fait a été incriminé par le législateur sous la dénomination de « privation de liberté ».

De l'autre part, en cas de traite d'êtres humains, l'objet de la protection est constitué non seulement par le droit de liberté, vu comme la possibilité de se déplacer et d'agir selon la propre volonté mais aussi par le droit à l'inviolabilité sexuelle, le droit à la sécurité, à l'honneur, à la santé.

Les éléments qui caractérisent la traite d'êtres humains et par lesquels ce délit se distingue des autres délits contre la liberté de la personne, sont, dans la plupart des cas, précisément les éléments constitutif de celui-ci, comme : la privation de liberté, l'esclavage, la soumission de la personne au travail forcé, la menace, le chantage, le viol, et al. La traite d'êtres humains enfreint des droits et libertés fondamentales de l'homme, à partir de la liberté de mobilité, de communication ou d'expression, jusqu'au droit de chaque être humain à la dignité, à la sécurité, à l'intégrité physique et psychique, en arrivant jusqu'à la violation même du droit à la vie.

Dans chacune des modalités de l'élément matériel, le délit de traite d'êtres humains, la victime peut être privée de sa liberté physique, sans que cela soit aussi nécessaire. La privation de liberté, en soi, dans ce cas, représente un moyen de coercition, qui peut être réalisé par le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de la personne trafiquée. L'enlèvement, comme activité-moyen de réalisation de l'élément matériel du délit de traite d'êtres humains, représente aussi une modalité de privation de liberté.

Il est donc nécessaire démarquer le délit de privation de liberté du délit de traite d'êtres humains, lorsque la privation de liberté est réalisée par l'enlèvement.

En analysant le contenu du délit de traite d'êtres humains, on constate que la décision no. 1/2008 rendue par la Cour Suprême de Cassation et Justice conserve son actualité.

---

<sup>8</sup> O. Loghin, T. Toader, *Droit pénal romain*, Maison d'Edition et des medias" Şansa", 2001, p.150.

Selon les dispositions de l'art. 35 alinéa 2 du Code pénal : « le délit est complexe lorsque dans son contenu entre aussi, en tant qu'élément constitutif ou élément circonstanciel aggravant, une action ou inaction qui constitue par elle-même un fait prévu par la loi pénale ».

Le délit de traite d'êtres humains est une infraction complexe, qui absorbe dans son contenu constitutif le délit de privation illégale de liberté. Cela arrive dans les cas où la privation de liberté est nécessaire, intrinsèque à la réalisation de l'élément matériel du délit de traite d'êtres humains. En ce qui concerne la durée de temps pendant laquelle la victime est privée de liberté, afin de retenir le délit de traite d'êtres humains, il est essentiel d'analyser les circonstances dans lesquelles le fait est commis, étant nécessaire de déterminer si la victime a été ou pas empêchée effectivement de se déplacer selon la propre volonté. Dans ce cas, la privation de liberté sera absorbée dans le délit de traite d'êtres humains. Toute privation de liberté qui dépasse pourtant cette nécessité, réalisera néanmoins le contenu du délit de privation de liberté, les deux délits vont entrer en concours, puisqu'à ce moment-là la privation de liberté, épuisant sa finalité initiale, cesse d'être une condition attachée à l'élément matériel de la traite, et elle devient de nouveau un délit autonome, différente de l'activité antérieure du sujet actif.

La même situation est présente aussi dans l'hypothèse où la privation de liberté est réalisée par l'enlèvement.

Si dans la réglementation antérieure à l'apparition du Nouveau Code pénal, il y avait des disparités en ce qui concerne la sanction des deux délits, dans le sens que le délit de privation de liberté lorsqu'il est réalisé par enlèvement, il était puni d'une peine beaucoup plus grande (l'emprisonnement de 3 à 15 ans) par rapport au délit de traite d'êtres humains commis par enlèvement (dans ce cas la peine était l'emprisonnement entre 3 et 10 ans), à présent ces disparités ont été solutionnées par le législateur, par une sanction plus grave du délit de traite d'êtres humains (l'emprisonnement entre 3 et 10 ans), par rapport au délit de privation de liberté, qui prévoit une peine de prison entre un et 7 ans.

Par la corrélation des peines applicables aux deux délits, correspondant au danger social plus élevé, du délit de traite d'êtres humains, le législateur roumain a répondu aux critiques apportées à cet aspect antérieurement, mais surtout il a compris de protéger de manière appropriée les relations sociales violées par la perpétration de ce délit.

---

En conclusion, j'appécie qu'à présent, la législation roumaine assure une protection effective du droit à la liberté, enfreint par la perpétration du délit de traite d'êtres humains.



