

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

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM LXIV

2018

Supliment dedicat articolelor studențești

EDITURA UNIVERSITĂȚII “ALEXANDRU IOAN CUZA”
IAȘI

Volumul are bază lucrările elaborate de studenții Facultății de Drept a Universității "Alexandru Ioan Cuza" din Iași, în cadrul activităților de cercetare coordonate de cadrele didactice, materializate în lucrările de licență și de dizertație susținute.

ISSN-L 1221-8464

C U P R I N S

GEORGIANA LUCACHE , Managementul deșeurilor electrice și electronice în România: percepția cetățenilor asupra legislației europene în domeniu	1
DIANA MĂDĂLINA MOCANU , Proceduri de drept al refugiaților în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.....	11
ANA MARIA GEORGIANA ILIESCU , Necesitatea fiscalizării contribuțiilor sociale	41
IOAN DUMITRU APACHIȚEI, BOGDAN ALEXANDRU PETRESCU , Puncte de confluență între fraudă fiscală și terorism în spațiul juridic european.....	51
ALEXANDRA-ELENA LUNGU , Ocrotirea penală a familiei–scurt istoric privind reglementările anterioare	71
ROXANA-ANDREEA VĂDUVA , Terorismul actual – comitere și combatere..	93
VALENTINA ROȘCA , Posibilitatea brevetării unui program pentru calculator în viziunea oficiului european al brevetelor.....	109
VASILE ȘOLTAN , Hermeneutica unor condiții de validitate la înregistrarea mărcilor tridimensionale.....	123
GEANINA-ELENA MICU , Un debut „înnegurat” al brevetului unitar.....	137
COSTICĂ CIOCAN , Limitele libertății de exprimare a avocatului	151
MĂDĂLINA-ELENA MARIAN , Perspective de drept comparat asupra obligațiilor cumpărătorului	165
PANTELIMON MOVILĂ , Promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare și Legea 17/2014. Aussitôt dit, aussitôt fait.....	181

**MANAGEMENTUL DEȘEURILOR ELECTRICE ȘI ELECTRONICE
ÎN ROMÂNIA: PERCEPȚIA CETĂȚENILOR ASUPRA
LEGISLAȚIEI EUROPENE ÎN DOMENIU**

**ELECTRONIC AND ELECTRONIC WASTE MANAGEMENT IN
ROMANIA: THE PERCEPTION OF CITIZENS ON EU
LEGISLATION IN THE FIELD**

GEORGIANA LUCACHE¹

Rezumat: În acest studiu dorim să punem în discuție legislația europeană privind managementul deșeurilor de echipamente electrice și electronice și să facem o analiză a percepției cetățenilor români asupra acesteia. Am analizat prin metoda chestionarului gradul de conștientizare de către cetățeni a problematicii pe care acest tip de deșeuri o ridică, cunoașterea legislației din domeniu și, mai ales, atitudinea pe care aceștia o au în raport cu e-deșeurile.

Cuvinte-cheie: DEEE, management deșeuri, e-deșeuri, conștiință legală

Abstract: This study discusses the European legislation on electrical and electronic equipment waste management and it analyzes the Romanian citizens' perception of this issue. The questionnaire that has been used addresses the areas of people's awareness of the environmental issues that this type of waste raises, their knowledge of the legislation in the field and especially the attitude that they have in relation to e-waste.

Keywords: WEEE, waste management, e-waste, legal awareness

1. Introducere

Percepția și atitudinea cetățenilor asupra legislației europene privind managementul deșeurilor de echipamente electrice și electronice prezintă o importanță deosebită din punct de vedere practic și teoretic. Cantitatea de deșeuri electrice și electronice crește într-o măsură alarmantă,

¹Avocat în Baroul Iași, Absolvent al Facultății de Drept, UAIC, Master Drept european (2013-2015), email: gelucache@gmail.com.

cu precădere în statele dezvoltate, dar nu numai. Piețele sunt saturate de numărul mereu în creștere al produselor electronice, iar dezvoltarea tehnologiei nu face decât să diminueze perioada de viață utilă a acestora, creând nevoia de alte produse. Deși România a implementat legislația europeană impusă prin Directivele DEEE din 2002 și 2012, aplicarea acesteia este deocamdată defectuoasă, putând declanșa procedura de infringement împotriva României, iar acest fapt se datorează, în parte, comportamentului și atitudinii pe care o manifestă participanții la societate.

2. Considerații generale privind deșeurile de echipamente electrice și electronice

Noțiunea de deșeuri provenite din echipamentele electrice și electronice (în continuare DEEE), sau cum sunt acestea cunoscute la nivel global, e-waste, este adeseori greșit înțeleasă ca fiind compusă doar din computere și alte echipamente tehnologice asemănătoare sau ca reprezentând accepțiunea cuvântului „spam”, respectiv produse nedorite, fără valoare, din limbajul poștei electronice. În realitate, analizând noțiunea de deșeu observăm că acesta nu are aceeași conotație pentru toți participanții la o societate mărginită de un cadru legislativ și că, în definitiv, este doar decizia proprietarului de a considera ca fiind deșeu un echipament electric sau electronic, acesta putând găsi o folosință bunului indiferent dacă este funcțional sau nu. Este totuși acceptat că produsele electrice și electronice devin deșeuri într-o conjunctură spațială și temporară în care, prin structura echipamentelor sau condiția în care acestea se află nu mai sunt capabile să ofere performanța necesară în vederea satisfacerii scopului dorit de proprietar².

Noțiunea de DEEE mai este definită ca fiind „orice aparat ce folosește o sursă de energie electrică, care a ajuns la finele vieții”³ sau „un aparat alimentat cu energie electrică, care nu-l mai satisface pe proprietar în vederea obținerii scopului inițial”⁴.

² P. Tanskanen, *Management and recycling of electronic waste*, Acta Materialia Inc., Elsevier Ltd, 2012, p. 1001.

³ Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), *Extended Producer Responsibility – A Guidance Manual for Governments*, 2001.

⁴ Montrose Press, *Think before you shuffle*, News to Use (Wellcorps International), 2011.

Compoziția materială a DEEE, fiind compusă în mare parte din materiale reciclabile, dar și din compuși toxici și poluanți (arseniu, bariu, beriliu, plumb, mercur etc.), 40% din metalele grele găsite în deșeuri provenind din deșeurile electrice și electronice⁵, a determinat îngrijorarea autorităților de mediu și a dus la crearea unei legislații aparte în domeniu. Distribuția procentuală a materialelor folosite în EEE poate fi observată în Fig.1. Compușii toxici menționați pot cauza intoxicații, leziuni ale pielii, boli cronice, cancer, afectări ale sistemului nervos, sangvini⁶, afectând chiar dezvoltarea creierului copiilor⁷, acest lucru justificând atenția sporită a legislativului.

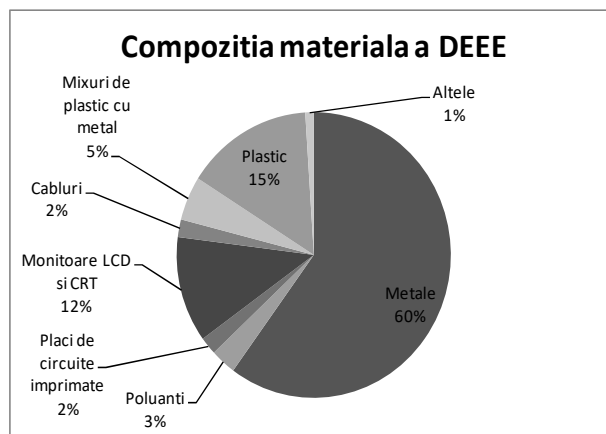


Fig.1:

Adaptat după
Widmer et al. (2005) și Ongondo et al. (2011)

3. Legislație europeană și națională

Într-o primă fază, Comunitatea Europeană nu a abordat problematica legislației privind mediul înconjurător, situație ce s-a modificat odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Maastricht și a Tratatului de la Amsterdam, însoțite de implementarea Programelor de Acțiune pentru Mediu (EAP – Environmental Action Programme), ce stabilesc principiile și prioritățile în politica comunitară de mediu. Ulterior, în spațiul european

⁵ O. Tsydenova, M. Bengtsson, *Chemical hazards associated with treatment of waste electrical and electronic equipment*, în *Waste Management*, Vol. 31, No. 1, 2012, pp. 45–46.

⁶ O.E. Osuagwu, C. Ikerionwu, *E-cycling e-waste: The way forward for Nigeria IT and electro-mechanical industry* în *International Journal of Academic Research*, Vol. 2, No. 1, 2010, pp. 142-149.

⁷ O. Manolache, *Tratat de drept comunitar*, Editura C.H. Beck, ediția 5, 2006, pp. 170-175.

apare Directiva 2002/96/EC, ce va fi înlocuită de Directiva 2012/19/EU care reglementează problematica deșeurilor provenite din echipamentele electrice și electronice. Scopul acestor reguli de drept european este de a promova armonizarea, apropierea sau coordonarea legislațiilor naționale. Ele tind să îngreuească în anumite domenii autoritatea statelor în materia de reglementare juridică prin stabilirea în sarcina lor a unor obligații de a face, a unor restricții sau a unor interdicții⁸.

Odată cu aderarea României la Uniunea Europeană, directivele menționate au căpătat forță obligatorie în ceea ce privește atingerea rezultatului, alegerea formelor și mijloacelor de aplicare rămânând la latitudinea autorităților naționale competente. Astfel, intră în vigoare Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 5 din 02 aprilie 2015 privind deșeurile de echipamente electrice și electronice, ce stabilește măsuri naționale cu privire la prevenirea și reducerea efectelor negative ale generării și gestionării DEEE.

Cele două directive ale Comisiei Europene și OUG nr. 5/2015 privind deșeurile electrice și electronice conțin o listă exhaustivă a obiectelor sau echipamentelor care pot intra sub incidența acestora. Nu toate echipamentele de acest tip se bucură de reglementare, ci doar cele menționate de Apendix-ul 1 și 2 al DEEE⁹.

Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 5 din 02 aprilie 2015 a introdus ținte anuale procentuale de colectare a DEEE ce pleacă de la 40-50% pentru anii 2016-2018 și ajung la un procent de 65% din cantitatea medie de echipamente electrice și electronice introduse pe piață în ultimii 3 ani începând cu anul 2021. Răspunderea colectării separate a DEEE revine autorităților publice locale și producătorilor, aceasta realizându-se prin implicarea serviciului public, a distribuitorilor și a sistemelor organizate de către organizațiile colective. Primăriile devin astfel obligate să înființeze cel puțin un punct de colectare de DEEE la cel puțin 50.000 de locuitori. Producătorii și distribuitorii devin răspunzători să informeze cumpărătorii cu privire la costurile colectării și tratării DEEE, la obligarea colectării separate

⁸ Directiva 2012/19/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 iulie 2012 privind deșeurile de echipamente electrice și electronice, Apendix 1, [Online] la: http://leg-armonizata.minind.ro/leg_armonizata/mediu_31_01/directiva_2012_19.pdf.

⁹ Idem.

a DEEE, informarea sistemelor de predare și colectare puse la dispoziția cetățenilor și potențialele efecte nocive asupra mediului, dar și a sănătății umane create de substanțele toxice din compoziția DEEE.

Se instaurează, de asemenea, obligația expresă a deținătorilor de DEEE de a le preda în mod gratuit către sistemele de colectare prevăzute de Ordonanță menționată. În același timp, colectorii de DEEE devin obligați să încheie contract cu un producător/organizație/operator de tratare a DEEE. Nerespectarea obligațiilor enumerate și a celorlalte obligații prevăzute de OUG nr. 5/2015 atrage sancționarea contravențională cu amenzi cuprinse între 500 lei și 50.000 lei.

Aceste prevederi legislative își pot atinge scopul de a preveni și proteja mediul înconjurător doar dacă normelor impuse li se dă eficiență prin aducerea lor la îndeplinire de către cetățeni. În vederea respectării obligațiilor, subiecții raporturilor de drept trebuie să cunoască aceste prevederi legislative și să manifeste o conștiință legală cu privire la acestea.

4. Studiu: percepția cetățenilor asupra legislației privind managementul deșeurilor echipamentelor electrice și electronice

Scopul acestui studiu este de a cerceta și verifica actuala poziționare față de DEEE a populației României, iar rezultatele sale pot fi adăugate rezultatelor din alte studii similare pentru realizarea unei metaanalize și obținerea unor concluzii pentru populații mai mari, urmând ca acestea să contribuie la optimizarea managementului deșeurilor de echipamente electrice și electronice.

4.1. Metode și material

Datele procesate în acest studiu au fost obținute prin distribuirea electronică a unui chestionar bine structurat din 19 întrebări, distribuit prin intermediul platformei online isondaje.ro. În perioada aprilie-mai 2017 au răspuns chestionarului un număr de 202 de persoane, dintre care 89 de bărbați și 113 femei, cetățeni români, cu o de vârstă cuprinsă între 18 și 82 de ani, vârsta medie fiind de 32,5 ani. Un procent de 87,7% dintre respondenți trăiesc în mediul urban, diferența de 12,3% în mediul rural.

Elementele urmărite prin intermediul celor 19 întrebări din chestionarul folosit sunt: profilul respondentului, comportamentul respondentului în ceea ce privește managementul DEEE și respectarea

legislației DEEE, cunoașterea legislației de către respondent și percepția respondentului asupra legislației.

4.2. Rezultate. Analiză și discuții

1. Cât de informată este populația despre problematica creată de deșeurile echipamentelor electrice și electronice?

Din datele colectate rezultă că aproape toți respondenții sondajului achiziționează în intervale de timp scurte diverse aparate și echipamente electrice și electronice (EEE). O astfel de interacțiune directă cu produsele, în care sumele investite sunt pentru jumătate dintre respondenți între 500 și 3.000 lei pentru ultimii doi ani sau chiar și mai mari ar trebui să aibă ca efect o cunoaștere generală a produselor și a efectelor pe care acestea le au pentru societate.

În concordanță cu prezumția enunțată, un procent însemnat al respondenților declară că au cunoștință despre componența toxică a DEEE, dar și despre prezența materialelor prețioase din acestea (aur, argint etc). Acest aspect ar trebui să conducă la o atitudine proactivă de grijă față de reciclarea și eliminarea DEEE.

2. Cât de informată este populația cu privire la legislația DEEE?

Legislația europeană transpusă prin OUG nr. 5/2015 în legislația românească rămâne neclară, neaplicată și mai ales necunoscută pentru cetățeni. Deși prevederile stipulează expres obligația de eliminare a DEEE din gospodăria proprie, cu direcționare spre un sistem de colectare, marea majoritate a respondenților consideră că acest lucru reprezintă un plan de viitor sau, cel mult, o posibilitate prezentă.

Deși nu avem cunoștință de aplicări a amenzilor pentru nerespectarea dispozițiilor privind DEEE față de persoane fizice, directivele europene și OUG nr. 5/2015 prevăd obligativitatea aplicării amenzilor diferențiate, atât față de persoanele juridice, cât și față de cele fizice. Acest fapt (existența și cuantumul amenzilor) este slab cunoscut și creează efecte în consecință.

3. Care este comportamentul populației în ceea ce privește managementul DEEE?

Puțin peste jumătate dintre respondenți au declarat că nu colectează separat DEEE de restul tipurilor de deșeuri. Deși majoritatea subiecților își achiziționează obiectele din magazine mari, specializate cu potențial real de implementare a obligației de informare cu privire la eliminarea EEE în

cadrul unui sistem de colectare la sfârșitul ciclului lor de viață, doar 25% dintre aceștia își amintesc să fi fost informați despre posibilitatea de returnare a EEE în locul achiziționării după încetarea folosirii lor.

Cele mai întâlnite modele de comportament adoptat la finalul perioadei de folosire al unui EEE sunt darea spre folosință altor persoane și depozitarea (de asemenea cu un scop ulterior de re folosire). Atitudinile studiate se pot observa procentual în Tabelul 2. Dintr-o anumită perspectivă, apreciem pozitiv atitudinea descrisă mai sus, întrucât corespunde principiilor dreptului european de mediu ce prevăd respectarea traseului reutilizare-reciclare-eliminare. Corelat însă și cu tradiția românească de a păstra și a re folosi un obiect până la defectare și chiar și ulterior cu riscul expunerii la diverse pericole, se poate pune întrebarea dacă pentru acest spațiu geografic nu ar fi indicat și util introducerea unui termen legal de valabilitate a unui echipament electric sau electronic.

Totuși, considerăm că stimularea unui comportament agreat ar putea fi mult mai benefică decât impunerea acestuia. Sistemele de colectare introduse de către marile magazine de retail în domeniul aparaturii electrocasnice (de exemplu, Altex, MediaGalaxy, Flanco etc.) își datorează succesul colectării prin oferirea unei reduceri (în prezent de 100 lei) din prețul de achiziție al unui aparat electrocasnic nou dacă se dă la schimb un aparat similar vechi. Aceste companii își recuperează reducerea acordată prin valorificarea aparatului electrocasnic vechi și, totodată, prin eliminarea acestuia de pe piață se evită repararea acestuia și re folosirea de către o terță persoană, care este astfel îndreptată spre achiziția unui aparat nou.

Motivele pentru care respondenții depozitează DEEE se învârt tot în jurul aceleiași idei, a valorii și a re folosirii. Procentele atribuite fiecărui motiv pot fi observate în Tabelul 1. Credem că rezultatul descris este și expresia culturală a unui popor ce nu demult a depășit o perioadă în care EEE erau greu de găsit și de procurat. Alături de alți factori economic-sociali, precum cel al sărăciei românilor, aceștia obișnuiesc să repare, adesea improvizând EEE decât să le elimine din patrimoniul lor.

Așa cum am arătat în considerațiile generale privind DEEE, pentru a deține această caracteristică, echipamentele nu trebuie doar să ajungă la finalul ciclului lor de viață, ci trebuie să intervină și un factor subiectiv, respectiv proprietarul să nu le mai considere funcționale. Însă mulți dintre respondenții chestionarului aleg ca indirect să prelungească viața EEE în

mod indirect, fie păstrându-le, uneori nostalgic, pentru o utilizare ulterioară, fie dăruindu-le în vederea utilizării.

În această situație, caracterul punitiv al legislației naționale în domeniul DEEE nu funcționează, neputând forța proprietarii să elimine definitiv EEE vechi. Alături de legislație, este necesară și o politică de stimulare, poate chiar agresivă, a înlocuirii echipamentelor vechi.

Un procentaj semnificativ mai redus consideră că eliminarea DEEE este complicată sau că aceștia nu știu cum ar trebui să procedeze, subliniind astfel necunoașterea, fie parțială sau integrală a normelor juridice privind managementul DEEE, dar și lipsa unui sistem de eliminare la îndemână.

Considerăm că executarea voluntară a unor norme impuse este influențată și de ușurința sau naturalețea prin care acest lucru poate fi realizat. Acțiunea ar trebui să fie una intuitivă în cazul în care s-ar cunoaște componența periculoasă pentru sănătatea umană a DEEE sau cunoscută prin efortul executivului și a societății civile.

Tabel 1. Motivele depozitării DEEE

Produsele încă au o valoare mare	15,1%
Echipamentul va folosi cândva din nou	19%
Doresc să le dăruiesc	23,2%
Nu am avut timp să le arunc	8,4%
Aruncarea este complicată și am amânat-o	7,4%
Nu știu cum și unde aş putea să le arunc	10%
Colecționez electronice vechi	1,9%
Nu depozitez DEEE	15,1%

Tabel 2. Activitate DEEE la finalul ciclului de viață

Au fost date spre folosință altor persoane	31,2%
Au fost depozitate	28,8%
Nu dețin DEEE	14,6%
Au fost aruncate la gunoi	9,8%
Au fost duse la un sistem de colectare	10,8%
Au fost înapoiate distribuitorilor de la care fuseseră achiziționate	4,7%

4.3. Studii similare

În urma studiului efectuat s-au colectat o serie de date și răspunsuri care, corect folosite și interpretate, pot conduce spre soluții concrete de ameliorare a stării de necunoaștere a legislației privind DEEE și de implementare efectivă. Rezultatele studiului privind percepția cetățenilor cu privire la legislația DEEE sunt cu atât mai valoroase cu cât se completează și se aseamănă cu alte studii similare efectuate pe alte eșantioane de oameni, situație reprezentată de rezultatele studiului ECOTIC și studiului ASE. Toate studiile consultate identifică ca impedimente în calea realizării unui management eficient a DEEE lipsa de informare a locațiilor în care se află sistemele de colectare, lipsa de interes a cetățenilor față de subiect, lipsa facilităților în sine și distanțele dintre gospodării și sistemele de colectare. Procentele corespunzătoare fiecărui studiu se regăsesc în Tabelul 3.

Tabel 3. Comparație studii

	Lipsă informare locație	Lipsă interes	Lipsă facilități (sisteme de colectare)	Distanțe mari între gospodării și sistemele de colectare
Studiul nostru	29,8%	30,4%	19,3%	17,2%
Studiul ECOTIC	24,2%	20%	33,9%	-
Studiul ASE	43,4%	5,9%	-	13%

Conștiința legală a oamenilor priviți ca un întreg este dovedită a avea un impact considerabil asupra îndeplinirii normelor juridice impuse¹⁰. În lipsa cunoașterii și a înțelegerii acestor norme, gradul de respectare al acestora este scăzut, iar legislația este ineficientă la nivel de execuție¹¹. În cadrul studiului *Why people obey the law*¹² s-au identificat principalele

¹⁰ M. Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Editura Universul Juridic, București, 2004, p. 45.

¹¹ A. Kumar, *Social science research network National Legal Literacy Mission – An Evaluative Analysis*, doi:10.2139/ssrn.2240008.

¹² T. Tom, *Why people obey the law*, Yale University Press, 1990, pp. 42-50, [Online] la: http://www.psych.nyu.edu/tyler/lab/Chapters_1-4.pdf.

motive pentru care indivizii respectă legea: teama de a fi prinși realizând o activitate în afara sferei legitime și de a fi sancționați, gradul de imoralitate pe care indivizii îl asociază cu fapta sancționabilă, și în cele din urmă, credința că aceasta nu va fi aprobată de societate, în mod special de familie și prieteni. Plecând de la aceste date, legea DEEE și aplicarea efectivă a acesteia trebuie în primul rând mediatizată și popularizată pentru a fi cunoscută atât pentru cei care intenționează să o încalce, cât și pentru cei care pot observa și condamna social nerespectările. De asemenea, ar trebui popularizate situațiile în care nerespectările au fost amendate pentru a crea sentimentul de frică la gândul propriei încălcări. Și nu în cele din urmă, considerăm utilă creșterea cuantumurilor amenzilor cu scopul de a trasa un comportament strict al cetățenilor.

5. Concluzii

În final, considerăm că România a implementat în mod corect directivele europene privind DEEE, însă percepția cetățenilor privind problematica adresată și comportamentul impus nu reflectă valorile și standardele europene. De cele mai multe ori, la sfârșitul ciclului de viață, DEEE sunt depozitate sau dăruite, încetinind considerabil procesul de înnoire al EEE. Obligațiile ce revin indivizilor sunt necunoscute, iar legislația este aproape în unanimitate considerată neclară, neaplicată și necunoscută. Alături de comportamentul și poziționarea cetățenilor, lipsa unui număr adecvat de sisteme de colectare sau distanțele mari dintre gospodării și acestea contribuie la situația actuală din România.

Soluția principală în vederea alinierii la comportamentul și atitudinea europeană constă în popularizarea comportamentului dorit. De asemenea, acesta poate fi stimulat prin discounturi sau alte beneficii, dar totodată prin aplicarea unor amenzi de un quantum mai ridicat și amenințarea cu expunerea publică a contraveniențelor.

PROCEDURI DE DREPT AL REFUGIAȚILOR ÎN JURISPRUDENȚA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE

REFUGEE LAW PROCEEDINGS IN THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

DIANA MĂDĂLINA MOCANU¹

Rezumat : Când oamenii sunt nevoiți să fugă din țările de origine și să caute adăpost în alt stat, aplică de cele mai multe ori la sosirea pe teritoriul acestuia din urmă pentru azil. Cât timp așteaptă o decizie, sunt recunoscuți ca solicitanți de azil. Dacă le este acordat, sunt recunoscuți ca beneficiari de protecție internațională în calitate fie de refugiat, fie ca persoană care beneficiază de protecție subsidiară. Cu rate ale deciziilor pozitive privitoare la acordarea azilului care variază enorm pe teritoriul Uniunii, prezentul articol își propune să urmărească traseul juridic al unui astfel de individ prin sistemul european de azil și migrație, prin analiza simultană a stadiului jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene relativ la procedurile aplicabile obținerii celor două tipuri de statut.

Cuvinte-cheie : dreptul refugiaților, jurisprudență, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cerințe procedurale

Abstract : When people need to flee their countries and seek refuge in another state, they apply in the majority of cases for asylum when they reach its territory. For as long as a decision is pending in their case, they are granted asylum seeker status. In case a favorable decision is reached in their case, they benefit from international protection either as refugees or subsidiary protection beneficiaries. Nevertheless, given that the rate of favorable decisions varies greatly across the European Union, this article aims at following in the legal footsteps of an asylum seeker's journey through the Common European Asylum System, analyzing all the while the case law of the Court of Justice of the European Union related to the procedures applicable for the recognition of the two types of protection mentioned.

Keywords : refugee law, case law, Court of Justice of the European Union, procedural safeguards

1. Context global

¹Absolventă a Masterului de Drept European la Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, Facultatea de drept, e-mail: dianamocanu@yahoo.com.

Fiecare a șaptea persoană din lume este astăzi migrant, numărul lor ridicându-se la aproape 250 milioane la nivel global². Dintre aceștia, numărul refugiaților - persoane forțate să își părăsească reședința obișnuită ca urmare a persecuției, conflictelor, violenței generalizate sau încălcării drepturilor omului - atinge în prezent aproximativ 20 milioane. Totuși, ceea ce îngrijorează cu precădere este mai curând creșterea accentuată în comparație cu anii anteriori, având în vedere că peste un million de persoane au căutat refugiu în statele membre ale Uniunii Europene în 2015³. O provocare fără precedent, deși numărul citat reprezintă doar 0,2 % din populația Uniunii. Ca rezultat al acordului cu Turcia⁴ însă, în 2016 s-a înregistrat o scădere semnificativă a fluxului migrator⁵.

Evenimentele au pus presiune pe sistemele naționale de azil ale țărilor de la frontierele externe ale Uniunii, ale celor de tranzit, dar și de destinație. Au apărut astfel răspunsuri fragmentate, unele luând măsuri pentru a restricționa accesul refugiaților și migranților la propriul teritoriu și inclusiv pentru a transfera responsabilitatea asupra țărilor vecine. De subliniat că 31% dintre cei care sosesc sunt copii, al căror număr pune la încercare capacitățile naționale de protecție în statele membre, ei fiind expuși unor riscuri crescute de-a lungul rutelor migratorii, ce pot include exploatarea sau violența de natură sexuală⁶.

² Din datele pentru 2016 ale Organizației Internaționale pentru Migrație (OIM) din cadrul Organizației Națiunilor Unite, [Online] la : <http://www.iom.sk/en/about-migration/migration-in-the-world> accesat 10.02.2017.

³ În comparație cu aproximativ 200 000 în 2014, după cifrele Frontex, devenit între timp Agenția Europeană pentru Poliția de Frontieră și Garda de Coastă, [Online] la : http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/FRAN_Q1_2016_final.pdf accesat 2.02.2017.

⁴ Un rezumat al acțiunilor întreprinse în cadrul acestei cooperări disponibil [Online] la: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/20160928/factsheet_implementation_of_the_eu-turkey_statement_en.pdf accesat 11.02.2017.

⁵ Conform Frontex de asemenea, date disponibile [Online] la : http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf accesat 2.02.2017.

⁶ D. Mocanu, *Curtea de Justiție a Uniunii Europene – curte pentru chestiunile refugiaților*, Revista Moldovenească de drept internațional și relații internaționale, nr. 4, 2016, p. 580, [Online] la : <http://rmdiri.md/wp-content/uploads/2016/03/RMDIRI-Nr.4-2016.pdf>.

În 2015 sirienii au constituit cel mai mare grup de refugiați, numărând aproape 4 milioane de oameni⁷. Pe teritoriul Uniunii, Germania a înregistrat cele mai multe sosiri, iar Suedia a devenit țara cu cel mai mare număr de cereri de azil *per capita*⁸. În 2016 și 2017, deși a scăzut fluxul provenind din Asia sau Orientul Mijlociu, s-a observat o creștere a celui dinspre Africa. Italia a înregistrat ca urmare propriul record primind, în special din Libia, peste 100 000 de migranți. Toate eforturile sale, conjugate cu cele ale Uniunii, ale societății civile sau ale unor actori privați prin intermediul vaselor comerciale proprii nu au reușit să împiedice numărul migranților care și-au pierdut viața în apele Mediteranei datorită condițiilor improprie de călătorie să se ridice la ordinul miilor⁹.

2. Dreptul refugiaților în cadrul Uniunii Europene

Statele fiind foarte atașate de cutuma - considerată de esența suveranității – care le stabilește competența de a reglementa asupra intrării și ieșirii străinilor de pe teritoriul național¹⁰ și având în vedere complexitatea distribuției competențelor în raportul UE cu statele membre, eforturile de armonizare a legislației Uniunii în materie de azil sunt relativ recente în cadrul procesului mai larg de integrare europeană.

Suveranitatea națională se află într-o latentă stare de contradicție cu universalismul drepturilor fundamentale, situație scoasă în evidență de cazul refugiaților, privați în iureșul în care sunt prinși de un loc în lume care le

⁷ Lăsând la o parte cele 5 milioane de refugiați palestinieni din Orientul Mijlociu de care se ocupă Agenția Națiunilor Unite pentru Refugiații Palestini din Orientul Apropiat (UNRWA). Raportul *Asylum and migration into the European Union in 2015* din mai 2016 al Agenției Europene pentru Drepturi Fundamentale, [Online] la: <http://www.refworld.org/docid/574fcdad4.html> accesat 13.09.2016.

⁸ 11, 5 la mia de locuitori, conform *Proposal for a Council decision establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Sweden in accordance with Article 9 of Council Decision (EU) 2015/1523 and Article 9 of Council Decision (EU) 2015/1601 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece*, Comisia Europeană (2015) 677 final, 15 decembrie 2015, p. 2, [Online] la: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/securing-eu-borders/legal-documents/docs/proposal_establishing_provisional_measures_in_the_area_of_international_protection_for_the_benefit_of_sweden_en.pdf accesat 13.09.2016.

⁹ Cuantificare conformă cu datele OIM, în cadrul Missing Migrant Project, [Online] la: <https://missingmigrants.iom.int/> accesat 13.09.2016.

¹⁰ D. Vitiello, *The Jurisprudence of the European Court of Justice on Refugee Law. Analysis and Perspectives*, AWR-BULLETIN, Quarterly on Refugee Problems, număr 3-4, 2012, p.183.

face opiniile să conteze și acțiunile să fie eficace, odată ce aleg să nu mai fie sau nu mai pot fi protejați de statele lor de origine. Grupuri sau chiar întregi sate și orașe fug de război, de greutăți economice, religioase sau alte motive de persecuție, uneori cauzate de propriile guverne. Pentru a relua o idee introdusă de Hannah Arendt¹¹, ei sunt privați în acest proces de statut politic și trebuie să li se redea „dreptul de a avea drepturi”. Le-au redobândit treptat în cursul secolului al XX-lea, prin acțiuni ale unor vizionari precum Fridtjof Nansen¹², fiind însă în continuare necesare soluții juridice cu un grad progresiv de complexitate pentru a-și dovedi eficiența.

2.1. Normele de drept internațional al refugiaților aplicabile

Dreptul internațional al refugiaților a fost dezvoltat pentru a proteja și pentru a asista persoanele care sunt nevoite să își părăsească țara de origine pentru că sunt sau riscă să fie victime ale persecuțiilor bazate pe o serie de motive limitativ prevăzute.

Deși Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) nu are competență propriu-zisă în ce privește convențiile internaționale aflate la baza mandatului Înalțului Comisariat al Națiunilor Unite pentru Refugiați (ICNUR sau UNHCR în varianta engleză), și anume Convenția din 1951 privitoare la statutul refugiaților și protocolul acesteia din 1967, Convenția privitoare la statutul apatrizilor din 1954 și Convenția din 1961 privitoare la reducerea cazurilor de apatridie.

Cu toate că statele membre UE le-au ratificat, Uniunea nu este semnatară a acestora și nici nu ar putea să devină, deoarece nu sunt deschise spre ratificare și organizațiilor internaționale. Ele ocupă totuși o poziție aparte în relație cu aceasta în virtutea faptului că art. 18 al Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene (CDFUE) prevede că „dreptul de azil este garantat cu respectarea normelor prevăzute de Convenția de la Geneva din 28 iulie 1951 și de Protocolul din 31 ianuarie 1967 privind statutul refugiaților și în conformitate cu Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE) și cu Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE)”.

¹¹H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Editura Harcourt Brace & Company, Orlando, Florida, SUA, 1973.

¹²Înalt comisar pentru refugiați al Ligii Națiunilor, a primit Premiul Nobel pentru Pace în 1922 pentru munca depusă în ajutorarea persoanelor dislocate în urma Primului Război Mondial și a conflictelor asociate acestuia. Printre inițiativele sale s-a numărat „pașaportul Nansen”, un certificat recunoscut de peste 50 de țări și care permitea deplasarea refugiaților din zonele de pericol. În onoarea sa se acordă anual la nivelul UNHCR premiul Nansen.

Art. 78 din TFUE prevede pe de altă parte că Sistemul European Comun de Azil (SECA) trebuie să fie în acord cu Convenția și Protocolul anexat acesteia și alte tratate relevante. Așadar, deși CJUE nu are competență să interpreteze direct aceste instrumente de drept internațional, are totuși nevoie să o facă pentru a se pronunța în interpretarea sau validitatea unei prevederi dedrept al Uniunii¹³.

Făcând un succint sumar al seriei de hotărâri în domeniu, CJUE statuează cu mici variațiuni de formulare în fiecare dintre acesteafaptul că reiese din instrumentelede drept al Uniunii interpretate¹⁴statutul Convenției de la Geneva de „element-cheie al sistemului juridic internațional de protecție a refugiaților”¹⁵.

Și Convenția Europeană a Drepturilor Omului (CEDO) are o influență particulară asupra SECA, nu numai datorită referinței din art. 78 TFUE, dar mai ales din cauza faptului că drepturile fundamentale garantate de CEDO fac parte dintre principiile generale de drept al UE¹⁶. Mai mult, așa cum prevede CDFUE la art. 52 (3)¹⁷, înțelesul și întinderea drepturilor care corespund în cele două instrumente sunt aceleași. Această dispoziție nu împiedică însă dreptul Uniunii să confere o protecție mai largă.

În jurisprudența sa, CJUE a susținut că SECA se bazează pe un principiu de încredere reciprocă ce face posibilă prezumția că toate statele participante garantează drepturile fundamentale, „inclusiv pe acelea ce

¹³ D. Mocanu, *Curtea de Justiție a Uniunii Europene – curte pentru chestiunile refugiaților*, Revista Moldovenească de drept internațional și relații internaționale, nr. 4, 2016, p. 580, [Online] la : <http://rmdiri.md/wp-content/uploads/2016/03/RMDIRI-Nr.4-2016.pdf>.

¹⁴ În speță Directiva 2004/83/CE a Consiliului din 29 aprilie 2004 privind standardele minime referitoare la condițiile pe care trebuie să le îndeplinească resortisanții țărilor terțe sau apatrizii pentru a putea beneficia de statutul de refugiat sau persoanele care, din alte motive, au nevoie de protecție internaționalăși referitoare la conținutul protecției acordate (JO L 304, 30.9.2004, p. 12). În forma revizuită, Directiva 2011/95/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 decembrie 2011 privind standardele referitoare la condițiile pe care trebuie să le îndeplinească resortisanții țărilor terțe sau apatrizii pentru a putea beneficia de protecție internațională, la un statut uniform pentru refugiați sau pentru persoanele eligibile pentru obținerea de protecție subsidiară și la conținutul protecției acordate (aplicabilă de la 21 decembrie 2013) (JO L 337, 20.12.2011, p. 9).În unele dintre cazurile ulterioare referitoare la aplicarea dispozițiilor directivei unor refugiați, CJUE a trebuit să interpreteze Convenția din 1951 pentru a putea interpreta directiva.

¹⁵ CJUE, Y și Z, C-71/11 și C-99/11, hotărârea din 5 septembrie 2012, para. 47.

¹⁶ Articolul 6 (3), TUE.

¹⁷ În măsura în care prezenta cartă conține drepturi ce corespund unor drepturi garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, înțelesul și întinderea lor sunt aceleași ca și cele prevăzute de convenția menționată. Această dispoziție nu împiedică dreptul Uniunii să confere o protecție mai largă.

rezultă din dispozițiile Convenției și Protocolului, dar și din CEDO”¹⁸. Dar o asemenea prezumție nu este absolută și poate fi contrazisă de argumente, așa cum CJUE a subliniat că fusese ilustrat în jurisprudența CEDO¹⁹. S-a afirmat de altfel că în spatele fațadei standardelor europene și încrederii reciproce se ascund grave încălcări ale drepturilor omului²⁰. Într-un spirit conciliatoriu, s-ar impune o abordare pluralist constructivă din perspectiva drepturilor omului, pentru a facilita o interacțiune ce cultivează deschiderea fiecăreia dintre aceste două ordini juridice²¹ către cealaltă, fără ca vreuna să își compromită integritatea²².

2.2. Normele de drept al Uniunii Europene

Pentru Uniunea Europeană, punctul de plecare în domeniu l-a reprezentat criza din Iugoslavia și influxul de solicitanți de azil pe care l-a provocat și care s-au îndreptat spre spațiul Schengen, lipsit de controale la frontierele interne și deci expus destabilizării prin fenomene precum cel de „asylum shopping”. În răspuns, se stabilește inițial o zonă de libertate, securitate și justiție prin adoptarea în Tratatul de la Amsterdam²³ de măsuri referitoare la azil care constau în criterii și mecanisme pentru a stabili statul membru responsabil cu examinarea cererii de azil, norme minimale legate de primirea solicitărilor de azil sau de condițiile pe care trebuie să le îndeplinească cetățenii statelor terțe pentru a avea statutul de refugiați. Aceasta este prima fază a SECA.

A doua fază sau programul multianual Stockholm a ocazionat în decembrie 2015 introducerea a două acțiuni în anulare de către Slovacia și Ungaria împotriva Consiliului Uniunii referitoare la cotele obligatorii

¹⁸ CJUE, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department al Marii Britanii și M.E. și alții / Refugee Applications Commissioner & Minister for Justice, Equality and Law Reform al Irlandei*, C-411/10 și C-493/10, hotărârea din 21 decembrie 2011, para. 78.

¹⁹ CEDO, *M.S.S./ Belgia și Grecia*, Nr. 30696/09, hotărârea din 21 ianuarie 2011, în care Curtea de la Strasbourg a decis că transferul sub egida Regulamentului Dublin II a unui solicitant de azil dintr-un stat membru în altul a supus persoana respectivă la un risc real de rele tratamente cu violarea articolului 3 CEDO.

²⁰ C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, 24 decembrie 2015, p. 323.

²¹ Dreptul Uniunii Europene și cel derivat din Convenția din 1951.

²² C. Costello, *The ECtHR and CJEU as Refugee Law Courts: An Assessment*, Conferința a 17-a a European Database on Asylum Law, Dublin, 18 ianuarie 2014, [Online] la: <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Dr.%20C%20Costello%20Plenary%20Presentation.pdf> accesat 14.09.2017.

²³ Titlul 4, articolul 63.

impuse. Și România a votat împotriva, însă nu a întreprins nicio altă acțiune în acest sens²⁴. Actualmente, în conformitate cu Declarația de la New York din 2016, statele membre UE ar urma să crească semnificativ cotele anuale de relocare pentru a le alinia mai bine la estimarea nevoilor de relocare globală întocmită de ICNUR²⁵ și pentru a răspunde la solicitarea sa de reînaltare sau admitere pe considerente umanitare a 10% din populația refugiată din Siria. Comparativ, cifrele Eurostat arată că doar 28.540 refugiați au fost relocați în UE între 2011 și 2015, cu o medie de aproximativ 5.700 persoane pe an²⁶.

O a treia faza poate fi distinsă de dată și mai recentă, suprapusă eforturilor de reformare a sistemului european comun de azil, una dintre prioritățile actuale²⁷. Ea constă în crearea bifazică a unui sistem mai echitabil, mai eficient și mai sustenabil de repartizare a cererilor de azil între statele membre, principiul de bază rămânând același: solicitanții de azil trebuie să depună cererea în prima țară în care intră, cu excepția cazului în care au familie în altă țară. Se aspiră bineînțeles la aceea ca niciun stat membru să nu ajungă să suporte presiuni disproporționate asupra sistemului său de azil.

3. Proceduri anterioare sau concomitente formulării cererii de azil

Odată cu trecerea frontierei externe a Uniunii și intrarea pe teritoriul acesteia, regulile SECA încep să se aplice. Nicio pedeapsă nu poate fi impusă ca urmare a intrării ilegale în țara de destinație, dacă persoana în cauză vine direct dintr-un teritoriu unde viața sa este amenințată și se prezintă fără întârziere autorităților. Procesul de solicitare de azil este în prezent similar în întreaga Uniune datorită directivei 2013/32/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind procedurile comune de

²⁴ T. Papademetriou, *Court of Justice of the European Union; European Union: Challenges to Mandatory Plan to Relocate Refugees*, decembrie 2015, articol [Online] la: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/court-of-justice-of-the-european-union-european-union-challenges-to-mandatory-plan-to-relocate-refugees/>, accesat 24.09.2016.

²⁵ ICNUR, *Projected Global Resettlement Needs 2017*, iunie 2016, [Online] la: <http://goo.gl/2NMh3R>, accesat 18.06.2017.

²⁶ Eurostat, *Persoane relocate – date anuale*, [Online] la: <http://goo.gl/qKVxXj>, accesat 18.06.2017.

²⁷ Comunicatul de presă al Comisiei Europene *Către un sistem european comun de azil sustenabil și echitabil* din 4 mai 2016, [Online] la: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1620_ro.pdf accesat 18.06.2017.

acordare și retragere a protecției internaționale sau pe scurt directiva privind procedurile de azil (DPA).

Într-o succesiune cronologică, amprente digitale ale fiecărui solicitant sunt mai întâi prelevate și transmise către o bază de date denumită Eurodac²⁸. Aceste date sunt utilizate pentru a facilita determinarea țării responsabile pentru cererea de azil conform sistemului Dublin și pentru a combate neregulile. Solicitantul de azil este apoi interviuat de un asistent social pregătit în domeniul legislației UE, cu ajutorul unui interpret, pentru a determina dacă se poate califica pentru statutul de refugiat sau pentru protecție subsidiară. Pe toată această perioadă inițială și atât timp cât sunt în așteptarea unei decizii, solicitanților de azil trebuie să li se pună la dispoziție anumite obiecte de primă necesitate care să le asigure un nivel de trai demn²⁹.

3.1. Condiții de primire

Directiva privind condițiile de primire (DCP)³⁰ vizează accesul la cazare, hrană, asistență medicală și locuri de muncă, precum și îngrijire medicală și psihologică. Condițiile de primire prevăzute pot fi limitate sau retrase numai în cazurile enumerate expres și limitativ în directivă, în care solicitantul de azil nu respectă sistemul de primire stabilit de statul membru în cauză.

În ce privește însă aplicabilitatea prevederilor DCP pe teritoriul Uniunii, trebuie menționat că Danemarca și Irlanda nu au luat parte la

²⁸ Guvernată de prevederile Regulamentului (UE) nr. 603/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 iunie 2013 privind instituirea sistemului „Eurodac” pentru compararea amprentelor digitale în scopul aplicării eficiente a Regulamentului (UE) nr. 604/2013 de stabilire a criteriilor și mecanismelor de determinare a statului membru responsabil de examinarea unei cereri de protecție internațională prezentate într-unul dintre statele membre de către un resortisant al unei țări terțe sau de către un apatrid și privind cererile autorităților de aplicare a legii din statele membre și a Europol de comparare a datelor Eurodac în scopul asigurării respectării aplicării legii și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 1077/2011 de instituire a Agenției europene pentru gestionarea operațională a sistemelor informatice la scară largă, în spațiul de libertate, securitate și justiție, (JOL 180, 29.6.2013, p. 1–30).

²⁹ S. Peers, *Could EU law save Paddington Bear? The CJEU develops a new type of protection*, [Online] la: <https://eulawanalysis.blogspot.ro/2014/12/could-eu-law-save-paddington-bear-cjeu.html>, accesat 18.06.2017.

³⁰ Directiva 2003/9/CE a Consiliului din 27 ianuarie 2003 de stabilire a standardelor minime pentru primirea solicitanților de azil în statele membre (JO L 31, 6.2.2003, p. 18) înlocuită actualmente de Directiva 2013/33/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 iunie 2013 de stabilire a standardelor pentru primirea solicitanților de protecție internațională (reformare) (aplicabilă de la 21 iulie 2015) (JO L 180, 29.6.2013, p. 96).

adoptarea directivei în forma sa inițială, și nici la a celei revizuite, fapt la care s-a adăugat și Marea Britanie (care rămâne însă legată de prevederile formei inițiale, cel puțin până la definitivarea Brexit)³¹.

Dispozițiile directivei inițiale trebuiau interpretate conform CJUE “în lumina economiei generale și a finalității acesteia”, precum și cu respectarea drepturilor fundamentale și a principiilor recunoscute în special de CDFUE, aceasta promovând respectarea deplină a demnității umane și garantarea aplicării art. 1 și 18³². În forma revizuită a DCP, reglementarea omoloagă se regăsește la considerentul 35.

Statele membre trebuie conform jurisprudenței Curții să garanteze condițiile de primire stipulate de DCP oricărui resortisant al unui stat terț sau apatrid care îndeplinește două condiții, și anume să fi depus cererea de azil la frontiera sau pe teritoriul unui stat membru, respectiv să fie autorizat să rămână pe teritoriul statului membru în cauză în calitate de solicitant de azil³³. În privința primei condiții, art. 2 (b) din DCP inițială prevedea că o cerere de azil trebuie doar să poată fi interpretată ca o cerere de protecție internațională de către un stat membru ca să poată fi considerată una în temeiul Convenției de la Geneva și că „oricare cerere de protecție internațională este prezumată a fi o cerere de azil, cu excepția cazului în care resortisantul unei țări terțe sau apatridul solicită în mod explicit o altă formă de protecție, care poate face obiectul unei cereri separate”. Relativ la cea de a doua condiție, Curtea precizează că „a rămâne în statul membru” înseamnă a rămâne atât pe teritoriul statului membru în care este examinată cererea de azil, inclusiv la frontieră sau în zonele de tranzit, cât și pe cel al statului membru în care a fost depusă cererea de azil.

Perioada pe parcursul căreia condițiile materiale de primire, incluzând cazarea, hrana și îmbrăcămintea, precum și o alocație zilnică, trebuie acordate solicitanților începe conform Curții atunci când solicitanții de azil formulează cererea³⁴. Cât despre momentul în care se stinge această

³¹ ICNUR, *The Case Law of the European Regional Courts: the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights on Refugees, asylum-seekers, and stateless persons*, 2015, p. 136, [Online] la: <http://www.refworld.org/pdfid/558803c44.pdf> accesat 8.02.2017.

³² CJUE, *Cimade, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)/ Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, C-179/11, hotărârea din 27 septembrie 2012, para. 42.

³³ *Idem*, paras. 38-46.

³⁴ Articolul 17 (1) din forma revizuită a DCP reiterează aceste prevederi.

obligație, el este acela al transferului efectiv al solicitantului de azil de către statul membru solicitat, prin care se finalizează examinarea cererii de azil de către acesta din urmă, încetând și responsabilitatea aferentă acordării de condiții minime de primire sau momentul în care încetează statutul de solicitant de azil, prin admiterea sau respingerea cererii de protecție internațională. Devreme ce demnitatea umană trebuie respectată și protejată, se interzice ca un solicitant de azil să fie privat, chiar și numai pentru o perioadă temporară ulterioară prezentării unei cereri de azil și înainte să fie transferat efectiv în statul membru responsabil, de protecția standardelor minime prevăzute de directivă³⁵. Sarcina de a stabili forma pe care trebuie să o ia această acoperire a nevoilor de bază ale resortisantului unei țări terțe interesat revine conform Curții statelor membre³⁶.

În ceea ce privește statul membru căruia îi revine sarcina financiară a asigurării acestor condiții, CJUE a arătat că ea incumbă celui care este obligat să asigure condițiile minime de primire, cu excepția cazului în care reglementarea Uniunii prevede altfel³⁷. Curtea încearcă o oarecare atenuare a impactului celor afirmate mai sus, amintind că Fondul european pentru refugiați³⁸ prevede posibilitatea pentru statele membre de a primi asistență financiară pentru a asigura, printre altele, condițiile de primire și aplicarea procedurilor de azil³⁹. Lesne de înțeles relevanța actuală a unor astfel de precizări.

Instanța de la Luxembourg are ulterior ocazia de a se pronunța, de manieră destul de vagă, cu privire la cuantumul ajutoarelor financiare. CJUE afirmă că, în cazul în care un stat membru alege să furnizeze ajutor de primire a solicitanților de azil sub forma unei alocații pecuniare, mai degrabă decât a unor servicii publice directe, alocația „trebuie să fie suficientă pentru a asigura un nivel de trai demn”. În plus, statul membru ar trebui să se

³⁵ CJUE, *Cimade, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)/ Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, C-179/11, hotărârea din 27 septembrie 2012, para. 56.

³⁶ *Idem*, para. 61.

³⁷ *Idem*, paras. 58-59.

³⁸ Instituit prin Decizia nr. 573/2007 a Parlamentului European și Consiliului Uniunii Europene ca parte a Programului general „Solidaritatea și gestionarea fluxurilor migratorii”.

³⁹ CJUE, *Cimade, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)/ Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, C-179/11, hotărârea din 27 septembrie 2012, para. 60.

asigure că este suficientă pentru a permite copiilor minori să fie adăpostiți împreună cu părinții lor, în scopul de a menține unitatea familială⁴⁰.

3.2. Sistemul Dublin

Sistemul Dublin își are originile în Convenția Schengen din 1990⁴¹ și în Convenția de la Dublin. Este de menționat și dimensiunea sa internațională, dată de o serie de convenții între UE și Danemarca, Islanda, Liechtenstein, Norvegia și Elveția, nelegate de prevederile dreptului intern UE în calitatea lor de state nemembre, sau, în cazul Danemarcei, datorită alegerii sale de a nu lua parte la adoptarea regulamentului Dublin, nici în forma inițială, nici în cea revizuită. Totuși, ca urmare a unui acord din 2006, Danemarca participă la sistemul Dublin în conformitate cu Regulamentul Dublin și Eurodac în forma inițială și este legată de hotărârile CJUE din trimiterile preliminare în materie.

Principiul de bază al Regulamentului Dublin în forma anterioară⁴² era acela că responsabilitatea de examinare a unei cereri de azil revine în primul rând statelor membre care au jucat cel mai important rol în ceea ce privește intrarea și șederea solicitantului pe teritoriul UE. Aplicarea regulamentului Dublin revizuit⁴³ este facilitată de compararea seturilor de date privind amprente digitale procesate conform Regulamentului EURODAC și de Regulamentul VIS⁴⁴.

⁴⁰ CJUE, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers/ Selver Saciri, Danijela Dordevic, Danjel Saciri, reprezentat de Selver Saciri și de Danijela Dordevic, Sanela Saciri, reprezentată de Selver Saciri și de Danijela Dordevic, Denis Saciri, reprezentat de Selver Saciri și de Danijela Dordevic, Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Diest, C-79/13*, hotărârea din 27 februarie 2014, paras. 38-41.

⁴¹ Convenția de punere în aplicare a acordului Schengen din 14 iunie 1985 între guvernele statelor din Uniunea Economică Benelux, Republicii Federale Germania și Republicii Franceze privind eliminarea treptată a controalelor la frontierele comune, 19 iunie 1990, art. 28-38, [Online] la : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:42000A0922(02)) accesat 19.06.2017.

⁴² Regulamentul (CE) nr. 343/2003 al Consiliului din 18 februarie 2003 de stabilire a criteriilor și mecanismelor de determinare a statului membru responsabil de examinarea unei cereri de azil prezentate într-unul dintre statele membre de către un resortisant al unei țări terțe (JO L 50, 25.2.2003, p. 1).

⁴³ Regulamentul (UE) nr. 604/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 iunie 2013 de stabilire a criteriilor și mecanismelor de determinare a statului membru responsabil de examinarea unei cereri de protecție internațională prezentate într-unul dintre statele membre de către un resortisant al unei țări terțe sau de către un apatrid (reformare) (aplicabil de la 1 ianuarie 2014) (JO L 180, 29.6.2013, p. 31).

⁴⁴ Regulamentul (CE) nr. 767/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 9 iulie 2008 privind Sistemul de informații privind vizele (VIS) și schimbul de date între statele

Criteriile de stabilire a responsabilității statelor pentru soluționarea cererilor de azil variază, în ordine ierarhică, de la considerente familiale la obținerea recentă a unei vize sau a unui permis de ședere într-un stat membru și până la modul legal sau ilegal în care solicitantul a intrat în UE. În cazul în care i se solicită, statul membru responsabil este obligat în cadrul unei proceduri de preluare să accepte transferul unui solicitant dintr-un alt stat membru. În cazul în care statul membru în care solicitantul se află nu acționează la timp conform procedurilor, devine responsabil. Statele membre rețin prerogativa de a examina o cerere de protecție internațională, indiferent dacă aceasta este responsabilitatea lor de a o face sau nu. Ele păstrează, de asemenea, dreptul de a trimite solicitantul în cauză într-o "țară terță sigură", nemembră UE, sub rezerva normelor și garanțiilor prevăzute în directiva privind procedurile de azil.

Referitor la obiectivele acestui regulament, Curtea a făcut frecvent trimitere la considerentele (3) și (4)⁴⁵, pentru instituirea unei metode clare și operaționale care să facă posibilă determinarea rapidă a statului membru responsabil de soluționarea unei cereri de azil, astfel încât să se garanteze accesul efectiv la procedurile pentru determinarea statutului de refugiat și să nu se compromită obiectivul prelucrării rapide a cererilor⁴⁶. Curtea derivă chiar o obligație pentru autoritățile naționale competente de a se asigura că punerea în aplicare a regulamentului este efectuată corespunzător acestor garanții⁴⁷.

Se afirmă „principiul încrederii reciproce” - neputându-se în schimb vorbi despre o prezumție irefragabilă în acest sens⁴⁸- permițând presupunerea că toate statele participante, indiferent dacă sunt state membre sau state terțe, respectă drepturile fundamentale. Acestei încrederi i se

membre cu privire la vizele de scurtă ședere (Regulamentul VIS)(JO L 218, 13.8.2008, p. 60–81).

⁴⁵ CJUE, *Migrationsverket/ Edgar Petrosian, Nelli Petrosian, Svetlana Petrosian, David Petrosian, Maxime Petrosian*, C-19/08, hotărârea din 29 ianuarie 2009; CJUE, *Migrationsverket/ Nuriye Kastrati, Valdrina Kastrati, Valdrin Kastrati*, C-620/10, hotărârea din 3 mai 2012; CJUE, *K/ Bundesasylamt*, C-245/11, hotărârea din 6 noiembrie 2012; CJUE, *The Queen, la cererea: MA, BT, DA/ Secretary of State for the Home Department*, C-648/11, hotărârea din 6 iunie 2013; CJUE, *Shamso Abdullahi/ Bundesasylamt*, C-394/12, hotărârea din 10 decembrie 2013.

⁴⁶ CJUE, *Shamso Abdullahi/ Bundesasylamt*, C-394/12, hotărârea din 10 decembrie 2013, para. 59.

⁴⁷ CJUE, *K/ Bundesasylamt*, C-245/11, hotărârea din 6 noiembrie 2012, para. 48.

⁴⁸ *Idem*, para. 99.

atribuie însăși adoptarea regulamentului și a acordurilor cu statele terțe, din dorința de a raționaliza soluționarea cererilor de azil și pentru a evita aglomerarea sistemului prin obligarea autorităților statelor membre de a soluționa cereri multiple introduse de același solicitant, pentru a întări securitatea juridică prin determinarea eficientă a statului responsabil și a evita astfel *forum shopping*-ul⁴⁹.

În forma revizuită a regulamentului se extinde aplicarea sa la cererile de protecție internațională în general, nu doar cele referitoare la statutul de refugiat, incluzându-se deci și protecția subsidiară. Cu titlu de noutate apare și referirea din considerentul 22 la nevoia unui proces de alertă timpurie, pregătire și gestionare a crizelor în domeniul azilului, menit să prevină orice deteriorare sau colaps al sistemelor de azil, în care European Asylum Support Office (EASO) să joace un rol major prin utilizarea competențelor sale. Art. 33 din regulament prevede un mecanism în acest sens. O ultimă precizare cu privire la textul revizuit se impune, și anume prevederea din art. 18 (1) (c), posibil rezultat al jurisprudenței Curții⁵⁰ și care dispune că statul membru responsabil va fi obligat să reprimească, în anumite condiții, un resortisant al unei țări terțe sau un apatrid care și-a retras cererea aflată în curs de examinare și care a depus o cerere în alt stat membru sau care se află pe teritoriul altui stat membru fără permis de ședere.

Pentru o aplicare mai recentă a acestor precizări într-o cauză complexă, analiza hotărârii din cauza *Karim*⁵¹ se poate dovedi edificatoare. Astfel, domnul Karim, sirian, solicitase protecție internațională în Suedia în 2014. Întrucât o căutare în sistemul EURODAC a arătat că persoana interesată solicitase deja această protecție în Slovenia, oficiul a cerut autorităților slovene să o reprimească. Acestea au acceptat cererea, fiind informate ulterior că domnul Karim dovedise că părăsise teritoriul statelor membre pe o perioadă mai mare de trei luni după prima sa cerere de azil. Oficiul a respins așadar cererea de permis de ședere și cererea sa de protecție internațională formulată, a clasat cauza referitoare la declararea statutului și

⁴⁹ CJUE, cauzele conexate *N. S. / Secretary of State for the Home Department și M. E. A. S. M., M. T., K. P., E. H. / Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10 și C-493/10, para. 78-79.

⁵⁰ CJUE, *Migrationsverket/ Nuriye Kastrati, Valdrina Kastrati, Valdrin Kastrati*, C-620/10, para. 43 : „legiuitorul Uniunii nu a reglementat în mod expres situațiile în care solicitanții de azil și-au retras cererile fără să mai fi depus cereri în cel puțin un alt stat membru”.

⁵¹ CJUE, *George Karim/ Migrationsverket*, C 155/15, hotărârea din 7 iunie 2016.

a decis transferul persoanei interesate în Slovenia. Decizia a fost contestată în instanță, acțiunea fiind respinsă pentru motivul că, din moment ce un stat membru acceptă să reprimească un solicitant de azil, acesta din urmă nu poate contesta transferul său acolo decât dacă invocă existența unor „deficiențe sistemice”. În urma unei contestații subsecvente, instanța europeană arată că situația în care un resortisant al unei țări terțe care, după introducerea unei prime cereri de azil într-un stat membru, a părăsit teritoriul statelor membre pe o perioadă de cel puțin trei luni, înainte de a introduce o nouă cerere de azil într-un alt stat membru, impune statului membru în care a fost depusă noua cerere de azil să finalizeze, pe baza normelor stabilite prin regulament, procesul de determinare a statului membru responsabil de examinarea acestei noi cereri.

Cauza ulterioară *Mirza*⁵² ne înfățișează un resortisant pakistanez intrat ilegal pe teritoriul maghiar, venind din Serbia. Acesta a introdus o primă cerere de protecție internațională în Ungaria, însă a părăsit locul de ședere care îi fusese atribuit în cursul procedurii. Cererea sa a fost considerată ca fiind retrasă în mod implicit, iar ulterior, a fost reținut în Republica Cehă în timp ce încerca să ajungă în Austria. Autoritățile cehice au solicitat Ungariei să reprimească persoana interesată, cerere căreia Ungaria i-a dat curs. Potrivit instanței de trimitere, din actele de procedură care i-au fost prezentate nu reieșea că, în cadrul procedurii de reprimire, autoritățile cehice fuseseră informate în legătură cu reglementarea maghiară sau cu practica autorităților maghiare potrivit căreia cererea de protecție internațională urma să facă obiectul unei examinări prealabile a admisibilității care putea conduce, din cauza faptului că Republica Serbia, în calitate de stat candidat la aderarea la Uniune, figura pe lista țărilor terțe sigure stabilită de reglementarea maghiară, la trimiterea persoanei interesate în Serbia fără examinarea pe fond a cererii sale. Drept dovadă, oficiul ungar a respins cea de-a doua cerere ca inadmisibilă, pentru motivul că, în ceea ce privește persoana interesată, există o țară terță sigură, și anume Serbia.

Pentru a se evita așadar crearea unei situații mai favorabile resortisantului care părăsește locul de ședere atribuit în caz de reprimire, dreptul de a trimite un solicitant de protecție internațională către o țară terță sigură poate fi exercitat de un stat membru și după ce acesta din urmă a

⁵² CJUE, *Shiraz Baig Mirza/ Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-695/15 PPU, hotărârea din 17 martie 2016.

admis că este responsabil, și în cadrul procedurii de reprimire⁵³. Cât despre efectul neinformării cu privire la reglementarea statului membru responsabil aplicabilă trimiterii solicitanților către țări terțe sigure și cu privire la practica autorităților sale competente în materie, Curtea spune că „regulamentul nu impune statului membru responsabil o obligație de a informa statul membru care efectuează transferul cu privire la conținutul reglementării sale naționale în materie sau a practicii”⁵⁴. Nu în ultimul rând, se impune ca statul membru responsabil să se asigure că examinarea cererii de protecție internațională este finalizată, nu și ca acesta să reia examinarea cererii de protecție internațională dintr-un anumit stadiu procedural⁵⁵.

3.2.1. Criteriile de determinare a statului membru responsabil

O cerere de azil trebuie examinată de un singur stat membru, responsabil conform criteriilor din Capitolul III al regulamentului. Ordinea aplicării acestora este actualmente integrată la art.3 (2).Astfel, atunci când niciun stat membru responsabil nu poate fi desemnat pe baza criteriilor menționate, primul stat membru în care a fost prezentată cererea de protecție internațională este responsabil de examinarea acesteia.

Paragraful al doilea al acestui articol conține pozitivarea testului deficiențelor sistemice propus de CJUE⁵⁶. Astfel, atunci când este imposibilă transferarea solicitantului către statul membru desemnat inițial drept responsabil, pentru că există temeiuri substanțiale de a crede că în acel stat membru există deficiențe sistemice ale procedurii de azil și ale condițiilor de primire a solicitanților care duc la un risc de tratament inuman sau degradant în sensul art. 4, CDFUE, statul membru care îndeplinește procedura de determinare a celui responsabil continuă examinarea criteriilor, pentru a determina dacă un alt stat membru poate fi desemnat. Atunci când transferul nu poate fi efectuat către unul dintre statele membre desemnate pe baza criteriilor stabilite și nici către primul stat membru în care a fost prezentată cererea, statul membru care îndeplinește procedura de determinare a statului membru responsabil devine statul membru responsabil.

⁵³ *Idem*, para. 53.

⁵⁴ *Idem*, para. 56.

⁵⁵ *Idem*, para. 65.

⁵⁶ CJUE, *Bundesrepublik Deutschland / Kaveh Puid*, C-4/11, hotărârea din 14 noiembrie 2013.

Chestiunea minorilor neînsoțiți fără vreun membru de familie aflat într-un stat membru a suscitât interesul Curții în cadrul problemei determinării statului membru responsabil cu examinarea cererii unui astfel de minor depusă succesiv în mai multe state membre⁵⁷. Ulterior răspunsului Curții, întrebarea devine care trebuie considerat statul unde minorul a depus cererea de azil. Răspunsul îl desemnează pe cel în care minorul este prezent după depunerea cererii de protecție, datorită și faptului că minorii neînsoțiți fac parte din categoria persoanelor vulnerabile, fiind importantă o durată a procedurii cât mai mică și, de principiu, lipsa transferului acestora. Un alt argument l-a constituit principiul interesului superior al copilului⁵⁸, în conformitate și cu prevederile CDFUE. Rezultă de aici și o obligație de informare de către statul responsabil a celorlalte state în care s-au formulat cereri de protecție, devreme ce examinarea trebuie să fie unică⁵⁹. Formularea pare să permită și excepții de la regula statului responsabil detaliată, atât timp cât ele respectă imperativul interesului superior al minorului. La interpretarea sa vor trebui însă luate în considerare și prevederile care cuprind garanțiile acordate minorilor.

Curtea a avut nu de puține ori ocazia de a se pronunța cu privire la criteriul unității familiale din această perspectivă. Din punct de vedere operațional, un sistem comun de înregistrare coordonat cu procesarea cazurilor⁶⁰, ar garanta faptul că informațiile necesare pentru reîntregirea familiei sunt colectate cât mai devreme și sub o formă care poate fi partajată

⁵⁷ CJUE, *The Queen, la cererea: MA, BT, DA /Secretary of State for the Home Department*, C-648/11, para. 46.

⁵⁸ Best Interest Assessment (BIA) sau evaluarea interesului superior al copilului are trebui să fie conformă recomandărilor multidisciplinare ICNUR și să îl implice, alături de consilieri juridici sau un avocat cu experiență în domeniu, tutorele, asistenții sociali și alți experți, după caz.

⁵⁹ CJUE, *The Queen, la cererea: MA, BT, DA /Secretary of State for the Home Department*, C-648/11, para. 65.

⁶⁰ Manualul UNHCR „*Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR's Mandate*” stabilește abordarea comună pe care UNHCR se angajează să o adopte pentru înregistrarea realizată pe teren. Se folosește un formular standardizat de înregistrare. Acesta permite evaluarea informată a numărului și profilului persoanelor vizate (inclusiv identificarea persoanelor cu nevoi speciale), și determinarea tipului de proceduri către care trebuie direcționate persoanele vizate.[Online] la: <http://www.refworld.org/pdfid/42d66dd84.pdf> accesat 16.09.2017. A se vedea și Manualul UNHCR pentru înregistrare, [Online] la: <http://www.refworld.org/docid/3f967dc14.html> accesat 16.09.2017.

cu alte state membre. Acest lucru ar aborda câteva dintre obstacolele actuale din calea reîntregirii familiei conform Regulamentului Dublin⁶¹.

3.2.2. Derogări de la criteriile de responsabilitate

3.2.2.1. Clauza suveranității

Se desemnează conform Curții prin această clauză de suveranitate sau „*clauză discreționară*” posibilitatea fiecărui stat membru să decidă în mod suveran, în funcție de considerații politice, umanitare sau de natură practică, să accepte examinarea unei cereri de azil chiar dacă nu îi revine această responsabilitate în aplicarea criteriilor prevăzute de regulament⁶². Răspunsul statului membru responsabil la o cerere de reprimire sau absența sa nu afectează astfel posibilitatea ca un alt stat membru să examineze o cerere de azil.

Statul membru în care se află solicitantul de azil trebuie să se asigure însă că respectarea drepturilor fundamentale ale acestui solicitant nu este compromisă printr-o procedură de determinare a statului membru responsabil cu o durată nerezonabilă, revenindu-i la nevoie acestuia obligația de a examina cererea⁶³. Cu toate acestea, situația trebuie înțeleasă în contextul cauzei în care s-a pronunțat Curtea, și anume acela că solicitantului îi fuseseră deja încălcate drepturile fundamentale de către un alt stat membru, fapt care excludea transferul său pe teritoriul acestuia din urmă fără a-l supune unui risc real de a fi expus la tratamente inumane sau degradante. Obligația statului membru în care se află solicitantul la momentul respectiv era așadar aceea de a se asigura că nu îi înrăutățește situația prin prelungirea procedurii.

Curtea a analizat⁶⁴ și dacă există cazuri în care un stat membru trebuie să aplice clauza suveranității. Problema din acțiunea principală era dacă transferul solicitantului din statul membru responsabil ar încălca interdicția torturii și pedepselor sau tratamentelor inumane ori degradante

⁶¹ ICNUR, *O mai bună protecție a refugiaților în cadrul UE și la nivel global - Propunerile UNHCR pentru restabilirea încrederii printr-o gestionare mai bună, parteneriate și solidaritate*, decembrie 2016, p. 11.

⁶² CJUE, cauzele conexate *N. S. / Secretary of State for the Home Department și M. E., A. S. M., M. T., K. P., E. H. / Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10 și C-493/10, hotărârea din 21 decembrie 2011, para. 37.

⁶³ *Idem*, para. 108.

⁶⁴ CJUE, *K/ Bundesasylamt*, C-245/11, hotărârea din 6 noiembrie 2012.

sau a dreptului la respectarea vieții private și familiale, devreme ce ar însemna separarea reclamantei de nora dependentă de asistență, fapt care ar agrava starea sănătății acesteia și ar expune-o unui pericol. Un transfer ar fi dus de asemenea la separarea acesteia de nepoții minori, care ar risca la rândul lor o separare de mamă, devreme ce reclamanta nu ar mai putea garanta îngrijirea lor⁶⁵. Se concluzionează că primează totuși clauza umanitară în acest caz.

3.2.2.2. Clauza umanitară

S-a examinat după cum am menționat anterior⁶⁶ situația de dependență a unei persoane de o alta din cauza prezenței unui nou-născut, a bolii grave și a handicapului serios de care suferă cel dependent ca urmare a unui eveniment traumatizant grav. Mai mult, dacă în cauză situația persoanei dependente ar fi fost descoperită, date fiind tradițiile culturale menite să restabilească onoarea familiei, persoana dependentă ar fi riscat să fie maltratată de membrii de sex masculin ai familiei. Întrebarea din perspectiva dreptului refugiaților devine așadar dacă un stat membru poate să devină responsabil cu examinarea unei cereri de azil pe motive umanitare.

Astfel, regulamentul trebuie să se poată aplica conform răspunsului Curții și situațiilor referitoare la persoane care nu se încadrează în definiția noțiunii de „membri ai familiei”, cu posibilitatea încadrării lor în categoria „alte rude”⁶⁷ și cu condiția ca legăturile de familie pe care se bazează relația de dependență să fi existat în țara de origine. Relația de dependență poate fi înțeleasă în oricare sens între solicitant și membrul respectiv al familiei sale. Trebuie apoi să se verifice dacă solicitantul de azil sau persoana care prezintă legăturile familiale cu acesta are în mod efectiv nevoie de asistență și, dacă este cazul, dacă cel care trebuie să asigure asistența celuilalt este în măsură să facă acest lucru⁶⁸. Curtea adaugă că atunci când există o situație de dependență în care persoanele în cauză se află pe teritoriul unui alt stat membru decât cel care este responsabil, acest stat membru este „în mod normal” obligat să lase împreună aceste persoane, cu condiția ca legăturile familiale să fi existat în țara de origine. O derogare este justificată doar de

⁶⁵ Concluziile Avocatului General Verica Trstenjak prezentate la 27 iunie 2012 în Cauza *K/ Bundesasylamt*, C-245/11, para.67.

⁶⁶ CJUE, *K/ Bundesasylamt*, C-245/11, paras. 13-15.

⁶⁷ *Idem*, para. 40.

⁶⁸ *Idem*, para. 42.

existența unei situații excepționale⁶⁹, iar statul care își asumă astfel responsabilitatea informează cu privire la acest aspect statul membru anterior responsabil.

3.2.3. Transferul către statul membru responsabil

Transferul unui solicitant de azil către statul membru care este obligat să îl reprimească se efectuează după consultări între cele două state membre în cauză, cât de repede posibil și în cel mult 6 luni de la acceptarea cererii de a prelua sau reprimi persoana în cauză sau de la hotărârea definitivă privind apelul sau revizuirea atunci când există efect suspensiv. Atunci când transferul nu se efectuează în termenul de 6 luni, responsabilitatea aparține statului membru în care s-a prezentat prima dată cererea⁷⁰.

Întrebarea care s-a pus a fost dacă termenul de executare al transferului începe să curgă încă de la decizia provizorie a instanței de suspendare a punerii în aplicare a procedurii de transfer sau numai de la decizia instanței care statuează cu privire la caracterul întemeiat al respectivei proceduri. Curtea afirmă că el trebuie să curgă numai de la decizia instanței care statuează cu privire la caracterul întemeiat al procedurii și care nu mai poate împiedica respectiva punere în aplicare⁷¹. Alte justificări în acest sens, pe lângă menținerea caracterului util al dispoziției respective a regulamentului au fost protecția jurisdicțională garantată de statele membre ale căror instanțe pot suspenda executarea unei decizii de transfer și principiul autonomiei procedurale a statelor membre ale Uniunii.

Nu poate fi exclus conform Curții⁷² ca în practică SECA să întâmpine dificultăți majore de funcționare într-un anumit stat membru, astfel încât să existe un risc serios ca, în cazul transferului către acest stat membru, solicitanții de azil să fie tratați într-un mod incompatibil cu drepturile lor fundamentale. Totuși nu orice încălcare a unui drept fundamental de către statul membru responsabil ar afecta obligațiile celorlalte state membre de a respecta dispozițiile regulamentului, cu atât mai mult cu cât luăm în considerare principiul încrederii reciproce și faptul că

⁶⁹ *Idem*, para. 46.

⁷⁰ CJUE, *Migrationsverket/ Edgar Petrosian, Nelli Petrosian, Svetlana Petrosian, David Petrosian, Maxime Petrosian*, C-19/08, hotărârea din 29 ianuarie 2009, para. 32.

⁷¹ *Idem*, para. 46.

⁷² CJUE, cauzele conexate *N. S și M.E.*, C-411/10 și C-493/10, para. 81.

realizarea spațiului de libertate, securitate și justiție și, mai concret, a SECA în sine este un *raison d'être* al Uniunii⁷³. Altfel s-ar goli de conținut aceste obligații și s-ar compromite realizarea obiectivului de a desemna rapid statul membru responsabil cu examinarea⁷⁴.

Definiția deficiențelor sistemice este dată de CJUE prin referire la o hotărâre a CEDO⁷⁵, în care s-a statuat că Regatul Belgiei a încălcat art. 3 din Convenție, pe de o parte întrucât a expus reclamantul la riscurile care decurgeau din deficiențele procedurii de azil din Grecia, din moment ce autoritățile belgiene știau sau trebuiau să știe că acesta nu avea nicio garanție că cererea sa de azil va fi examinată în mod serios de autoritățile elene și, pe de altă parte, întrucât l-a expus pe reclamant în deplină cunoștință de cauză la condiții de detenție și de existență care constituiau tratamente degradante.

Conform Curții⁷⁶, în împrejurări în care un stat membru a acceptat preluarea unui solicitant de azil în calitate de stat membru al primei intrări a solicitantului de azil pe teritoriul Uniunii, solicitantul respectiv nu poate pune în discuție alegerea acestui criteriu decât dacă invocă existența unor deficiențe sistemice⁷⁷. Cu alte cuvinte, este necesar și nu doar suficient ca riscul real de tratamente contrare art. 4, CDFUE să fie datorat acestor deficiențe sistemice pentru ca transferul să fie interzis în condițiile dreptului UE. Ar rezulta însă că protecția împotriva returnării din cadrul dreptului UE este mai restrânsă decât sub imperiul dreptului internațional, devreme ce nu ar fi posibil ca riscul real menționat să provină din vreo altă cauză decât implementarea SECA sau respectarea de către statul membru vizat a drepturilor fundamentale. Totul pare să depindă de conținutul conceptului de deficiențe sistemice. Clauza suveranității oferă în acest caz soluția îndeplinirii obligațiilor internaționale.

Nu este așadar necesar să existe deficiențe sistemice în ambele laturi, fiind suficientă prezența lor fie în cadrul procedurilor de azil, fie în cadrul condițiilor de primire. Introducerea unei căi de atac în temeiul versiunii revizuite a regulamentului nu poate fi asimilată⁷⁸ *forum shopping*-

⁷³ *Idem*, paras. 82-83.

⁷⁴ *Idem*, para. 85.

⁷⁵ CEDO, cauza *M. S. S./ Belgia și Grecia*, hotărâre din 21 ianuarie 2011.

⁷⁶ CJUE, *Shamso Abdullahi/ Bundesasylamt*, C-394/12, hotărârea din 10 decembrie 2013.

⁷⁷ *Idem*, para. 62.

⁷⁸ Astfel cum a arătat AG Eleanor Sharpston la punctul 74 din concluziile sale la cauza cauza *Mehrdad Ghezelbash/ Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C 63/15, hotărârea din 7 iunie 2016.

ului pe care sistemul de la Dublin urmărește tocmai să îl evite⁷⁹. Deși exercitarea unei căi de atac poate eventual să amâne finalul procesului de determinare a statului membru responsabil, legiuitorul Uniunii nu a înțeles să sacrifice protecția jurisdicțională a solicitanților de azil imperativului celerității în soluționarea cererilor de azil. Această constatare este valabilă *afortiori* în ceea ce privește Regulamentul Dublin III, în măsura în care, prin acest regulament, legiuitorul Uniunii a dezvoltat în mod semnificativ garanțiile procedurale oferite solicitanților de azil în cadrul sistemului Dublin⁸⁰.

Situațiile pe care le acoperă calea de atac în această situație au fost examinate de Curte în ce privește parcursul cel puțin sinuos al unei resortisante somaleze în vârstă de 22 de ani⁸¹, care a intrat cu avionul în Siria, a tranzitat apoi prin Turcia, înainte de a intra ilegal cu o ambarcațiune în Grecia. Nu a depus cerere de azil la guvernul elen și cu ajutorul unor călăuze ilegale a ajuns ulterior, împreună cu alte persoane, în Austria, trecând ilegal prin Macedonia, Serbia și Ungaria. În Austria a formulat o cerere de protecție internațională, autoritatea solicitată înaintând Ungariei o cerere de preluare, care a acceptat-o. S-a respins deci ca inadmisibilă cererea de azil din Austria și s-a decis transferul său către Ungaria. Resortisanta a introdus o cale de atac împotriva acestei decizii, care a fost admisă, ca urmare a unor vicii de procedură. În calea de atac a formulat în principal critici privind situația în materie de azil din Ungaria în raport cu art. 3, CEDO, care interzice tortura, pedepsele și tratamentele inumane sau degradante. Procedura întorcându-se la instanța anterioară și cererea fiind din nou respinsă, decizia a făcut obiectul unei noi căi de atac, în care s-a arătat pentru prima dată că statul membru responsabil de examinarea cererii de azil nu era Ungaria, ci Grecia. Cu toate acestea, ea susținea că acest din urmă stat membru nu respecta, în anumite privințe, drepturile omului, astfel încât revenea autorităților austriece sarcina de a examina cererea sa de azil⁸². După ce această instanță a respins ca nefondată calea de atac, a fost sesizată Curtea Constituțională, invocându-se în esență același argument.

⁷⁹ CJUE, cauzele conexate *N. S. și alții*, C-411/10 și C-493/10, hotărârea din 21 decembrie 2011, para. 79.

⁸⁰ CJUE, *Mehrdad Ghezelbash/ Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C 63/15, para. 57.

⁸¹ CJUE, *Shamso Abdullahi/Bundesasylamt*, C-394/12, hotărârea din 10 decembrie 2013.

⁸² *Idem*, paras. 27-32.

CJUE este așadar întrebată preliminar dacă statele membre sunt obligate să îi acorde solicitantului dreptul în cadrul unei căi de atac împotriva unei decizii de transfer către statul membru responsabil de a cere reexaminarea modului în care s-a determinat acest stat membru responsabil, pe motivul aplicării eronate a criteriilor stabilite de regulament⁸³. Conform răspunsului, solicitantul respectiv nu poate pune în discuție alegerea acestui criteriu decât dacă invocă existența unor deficiențe sistemice ale procedurii de azil și ale condițiilor de primire a solicitanților de azil, care constituie motive serioase și întemeiate să se creadă că solicitantul menționat va fi expus unui risc real de a fi supus unor tratamente inumane sau degradante, în sensul art. 4, CDFUE⁸⁴. Curtea și-a bazat raționamentul pe o interpretare teleologică a regulamentului, în contextul mai larg al SECA.

4. Proceduri ulterioare formulării cererii de azil

4.1. Standarde minime comune în procedurile de azil

Două instrumente secundare de drept al UE stabilesc limitele autonomiei procedurale naționale în ce privește procedurile naționale de azil, și anume directiva relativă la procedurile de azil (DPA)⁸⁵ și regulamentul Dublin. Trebuie subliniată independența celor două, ceea ce nu înseamnă însă că DPA se aplică solicitanților doar după încheierea procedurii Dublin. Așa cum a observat Curtea⁸⁶, procesul de determinare a statului membru responsabil în temeiul regulamentului Dublin începe imediat ce cererea de azil este prezentată pentru prima oară într-un stat membru. Considerentul 53 al DPA prevede că nu se aplică procedurilor dintre statele membre reglementate de Regulamentul Dublin revizuit, ci în plus și fără a aduce atingere dispozițiilor acestuia. Directiva leagă toate statele membre, cu excepția Danemarcei, care nu a luat parte nici la adoptarea DPA în forma

⁸³ *Idem*, para. 42.

⁸⁴ *Idem*, paras. 51-59.

⁸⁵ Inițial Directiva 2005/85/CE a Consiliului din 1 decembrie 2005 privind standardele minime cu privire la procedurile din statele membre de acordare și retragere a statutului de refugiat (JO L 326, 13.12.2005, p.13). În forma revizuită Directiva 2013/32/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 iunie 2013 privind procedurile comune de acordare și retragere a protecției internaționale (reformare) (aplicabilă de la 21 iulie 2015) (JO L 180, 29.6.2013, p. 60).

⁸⁶ CJUE, *Cimade, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)/Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, C-179/11, hotărârea din 27 septembrie 2012, para. 41.

inițială, nici în cea revizuită. Marea Britanie și Irlanda pe de altă parte rămân legate de temenii directivei în forma sa inițială.

S-a afirmat⁸⁷ că obiectivul directivei constă în stabilirea unui cadru comun al garanțiilor care permit să se asigure deplina respectare a Convenției de la Geneva și a drepturilor fundamentale. Ulterior Curtea completează⁸⁸ spunând că, astfel cum se menționează în considerentele 3 și 4 ale DPA, precum și la art. 1 din aceasta, are ca obiect instituirea unor standarde minime comune ale unei proceduri de azil echitabile și eficace în statele membre. Pe de altă parte, statele membre se bucură în același timp de o marjă de apreciere pentru punerea în aplicare a acestor dispoziții, ținând seama de particularitățile dreptului lor național și posibilitatea unor prevederi mai favorabile⁸⁹.

4.2. Proceduri în primă instanță

4.2.1. Solicitări inadmisibile

Lista exhaustivă a cazurilor în care statele membre pot considera o cerere de azil inadmisibilă se află momentan la art. 33 DPA. Ea enumeră astfel situația în care un alt stat membru a acordat protecție internațională, cea în care o țară care nu este stat membru este considerată ca prima țară de azil a solicitantului, sau cea în care o țară care nu este stat membru este considerată ca țară terță sigură pentru solicitant, respectiv cazul în care cererea este o cerere ulterioară și nu au apărut sau nu au fost prezentate de către solicitant elemente sau date noi referitoare la examinarea menită să stabilească dacă îndeplinește condițiile pentru a fi beneficiar de protecție internațională în temeiul DPA și, nu în ultimul rând, situația în care o persoană aflată în întreținerea solicitantului depune o cerere, după ce și-a dat consimțământul în sensul tratării cazului său în cadrul unei cereri făcute în numele său și nu există elemente de fapt referitoare la situația persoanei aflate în întreținere care să justifice o cerere separată.

⁸⁷ CJUE, *Brahim Samba Diouf /Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, C-69/10, hotărârea din 28 iulie 2011, para. 61.

⁸⁸ CJUE, *H. I. D. și B. A./Refugee Applications Commissioner, Refugee Appeals Tribunal, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, C-175/11, hotărârea din 31 ianuarie 2013, para. 57.

⁸⁹ *Idem*, para. 63.

Cazul cererii identice ulterioare a fost tranșat de CJUE⁹⁰ afirmându-se că, în afara cazurilor în care o cerere nu este examinată în conformitate cu regulamentul Dublin, statele membre nu au obligația de a verifica dacă solicitantul are calitatea de refugiat în cazul în care cererea se consideră inadmisibilă întrucât, printre altele, solicitantul de azil a introdus o cerere identică după ce a fost adoptată o decizie finală împotriva sa. Altfel spus, nu contează că cererea inițială a fost făcută într-un alt stat membru, atâta timp cât a fost luată o decizie finală împotriva reclamantului, statul membru sesizat cu o a doua cerere de azil nu poate fi constrâns să o examineze.

4.2.2. Proceduri de examinare prioritare și accelerate

Solicitanții de azil cu cereri în mod evident întemeiate sau neîntemeiate pot fi direcționați către proceduri simplificate. Astfel, pentru a scurta durata generală a procedurii în anumite cazuri, statele membre ar trebui să aibă flexibilitatea, în conformitate cu nevoile lor naționale, de a acorda *prioritate* examinării oricărei cereri⁹¹. De asemenea, în circumstanțe bine definite, atunci când este probabil ca o cerere să nu fie fondată sau atunci când există preocupări serioase privind securitatea națională sau ordinea publică, statele membre ar trebui să poată să *acelereze* procedura de examinare, în special prin introducerea unor termene mai scurte dar rezonabile pentru anumite etape procedurale, fără a aduce atingere efectuării unei examinări adecvate și complete și accesului efectiv al solicitantului la principiile și garanțiile de bază prevăzute de directivă⁹².

Atât timp cât un solicitant poate demonstra un motiv întemeiat, lipsa documentelor la intrare sau utilizarea unor documente falsificate nu ar trebui să determine *per se* recurgerea automată la procedurile la frontieră sau accelerate⁹³. Ca și garanții procedurale, solicitanții de azil trebuie să poată beneficia de un termen suficient pentru a strânge și a prezenta elementele necesare pentru a-și susține cererea, permițând astfel autorităților decizionale

⁹⁰ CJUE, *The Queen, la cererea: MA, BT, DA/ Secretary of State for the Home Department, cu participarea: The AIRE Centre (Advice on Individual Rights in Europe)*, C-648/11, hotărârea din 6 iunie 2013, para. 64.

⁹¹ Considerentul 19, referitor la prioritizare, DPA revizuită.

⁹² Considerentul 20, referitor la procedura accelerată, DPA revizuită.

⁹³ Considerentul 21, DPA revizuită.

să efectueze o examinare echitabilă și completă a acestor cereri, precum și să se asigure că solicitanții nu sunt expuși la pericole în țara lor de origine⁹⁴.

Curtea a afirmat în jurisprudența sa că motivele listate sunt nelimitative. Dacă inițial⁹⁵ Curtea nu a fost întrebată despre aceste motive, ulterior⁹⁶ a avut ocazia de a statua în sensul intenției legiuitorului Uniunii de a lăsa o marjă de apreciere semnificativă statelor membre în implementarea procedurii de examinare.

4.2.4. Dreptul de a fi audiat

Problema s-a pus într-o cauză⁹⁷ care a prilejuit examinarea situației în care un stat membru, Irlanda în speță, a ales să instituie două proceduri separate în vederea examinării cererii de azil și, respectiv, a cererii de protecție subsidiară, cea de a doua neputând fi introdusă decât ulterior respingerii celei dintâi⁹⁸. Dreptul irlandez prevede respectarea garanțiilor și a principiilor enunțate de DPA -în special dreptul de a fi ascultat- doar în cadrul examinării cererilor de acordare a statutului de refugiat. Așadar întrebarea pentru Curte devenea dacă acest drept poate să fie derivat de solicitant dintr-o altă sursă de drept al UE în cadrul procedurii legate de acordarea protecției subsidiare.

Se afirmă că „respectarea dreptului la apărare constituie un principiu fundamental al dreptului Uniunii”, fiind consacrat nu numai de art. 47 și 48 din CDFUE, care garantează respectarea dreptului la apărare, precum și a dreptului la un proces echitabil în cadrul oricărei proceduri jurisdicționale, ci și de art. 41 din aceasta, care prevede dreptul la bună administrare. El trebuie așadar obligatoriu aplicat oricărei proceduri susceptibile de a conduce la un act cauzator de prejudiciu, chiar în cazul în care reglementarea aplicabilă nu o prevede în mod expres, deoarece garantează oricărei persoane posibilitatea să își exprime în mod util și efectiv punctul de vedere înainte de adoptarea oricărei decizii susceptibile să îi afecteze în mod defavorabil interesele și

⁹⁴ CJUE, *H. I. D. și B. A. /Refugee Applications Commissioner, Refugee Appeals Tribunal, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, C-175/11, hotărârea din 31 ianuarie 2013, para. 75.

⁹⁵ CJUE, *Brahim Samba Diouf /Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, C-69/10, hotărârea din 28 iulie 2011.

⁹⁶ CJUE, *H. I. D. și B. A.*, C-175/11, para. 65.

⁹⁷ CJUE, *M. M. / Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, C-277/11, hotărârea din 22 noiembrie 2012.

⁹⁸ *Idem*, para. 80.

implică de asemenea că administrația acordă toată atenția necesară prin examinarea, cu grijă și cu imparțialitate, a tuturor elementelor relevante ale speței și prin motivarea deciziei sale în mod detaliat⁹⁹.

4.3. Căi de atac

Pornind de la faptul că principiul protecției jurisdicționale efective constituie un principiu general al dreptului Uniunii¹⁰⁰, Curtea continuă prin a sublinia că acest principiu face și obiectul art. 39 din DPA inițială. Se impune astfel statelor membre să asigure solicitanților de azil dreptul la o cale de atac efectivă în fața unei instanțe judecătorești împotriva actelor enumerate neexhaustiv la alineatul (1) al articolului menționat¹⁰¹. Dreptul la o cale de atac efectivă este prevăzut în art. 46, DPA revizuită, fără precizări adiționale care să facă hotărârea Curții din cauza sus-menționată superflue.

CJUE a trebuit să decidă dacă un termen mai scurt pentru atacarea unei decizii finale în cadrul unei proceduri accelerate decât în cadrul procedurii standard era compatibil cu dreptul UE. S-a stabilit astfel¹⁰² că este necesar, cum arătase și Avocatul General în concluziile sale, ca termenul acordat să fie suficient din punct de vedere material pentru a pregăti și a formula o cale de atac efectivă, condiție îndeplinită de termenul de 15 zile din speță.

În cazul căii de atac împotriva unei decizii luate în cadrul procedurii ordinare, efectivitatea în ceea ce privește examinarea faptelor relevante, depinde de sistemul administrativ și judiciar din fiecare stat membru în ansamblu¹⁰³. Reclamanții din litigiile principale susțineau că *Refugee Appeals Tribunal* nu este o „instanță” în sensul art. 267, TFUE, pentru neîndeplinirea în particular a criteriilor privitoare la existența unei proceduri *inter partes*, a jurisdicției obligatorii și independenței. Acesta din urmă este singurul care a ridicat însă în final oarecare îndoieli, datorate faptului că membrii ordinari ai acestui tribunal puteau fi eliberați din funcție de ministru¹⁰⁴. Cu toate acestea, solicitanții de azil puteau de asemenea contesta validitatea recomandărilor și a deciziilor, hotărâri ce puteau la rândul lor face

⁹⁹ *Idem*, paras. 85-88.

¹⁰⁰ CJUE, *Brahim Samba Diouf/ Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, C-69/10, hotărârea din 28 iulie 2011, para. 49.

¹⁰¹ *Idem*, para. 35.

¹⁰² *Idem*, para. 68.

¹⁰³ CJUE, *H. I. D. și B. A.*, C-175/11, para. 102.

¹⁰⁴ *Idem*, para. 100.

obiectul unui recurs. Existența acestor căi de atac pare prin ea însăși a împiedica tentația eventuală de a ceda intervențiilor sau presiunilor exterioare care pot pune în pericol independența unui organism. Așadar CJUE concluzionează că se respectă dreptul la o cale de atac efectivă în acest caz¹⁰⁵.

În jurisprudența CJUE privind întinderea protecției disponibile în conformitate cu legislația UE resortisanților țărilor terțe care suferă de boli grave a căror returnare ar constitui un tratament inuman sau degradant¹⁰⁶ se postulează că returnarea unei persoane care suferă de o boală gravă într-o țară în care un tratament adecvat nu este disponibil ar putea, în circumstanțe excepționale, fi contrară CDFUE și ar trebui să fie suspendată în temeiul DPA. Așadar prevederile de drept al Uniunii se opun unei legislații naționale care nu conferă efect suspensiv unei căi de atac exercitate împotriva unei astfel de decizii, atunci când executarea ei îl poate expune pe resortisantul în cauză unui risc serios de deteriorare gravă și ireversibilă a stării de sănătate, și care nu prevede acoperirea, în măsura posibilului, a nevoilor sale de bază, pentru a garanta că îngrijirea medicală de urgență și tratamentul de bază al bolii pot fi efectiv acordate, în perioada în care statul membru respectiv este obligat să amâne returnarea sa ca urmare a exercitării căii de atac în discuție¹⁰⁷.

5. Concluzie

Natura obligatorie a dispozițiilor CDFUE și competențele lărgite ale CJUE în materie drept al refugiaților au plasat judecătorii de la Luxemburg într-o poziție aptă de a avea un impact real asupra dezvoltării și consolidării SECA, procesul legislativ fiind favorizat și jurisprudențial, cu toate că persistă o serie de ambiguități în interpretarea și aplicarea normelor sale componente. Indubitabile sunt însă dificultățile în căutarea compromisului la nivelul Uniunii, mai ales în contextul actual și având în vedere impactul dispart al evenimentelor asupra statelor membre.

În ce privește însă măsura în care jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene reușește să adreseze și eventual să înlăture temerile și scepticismul legate de acordarea protecției aferente statutului de refugiat,

¹⁰⁵ *Idem*, para. 104.

¹⁰⁶ CJUE, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve/ Moussa Abdida*, C-562/13, hotărârea din 18 decembrie 2014.

¹⁰⁷ *Idem*, para. 63.

respectiv protecției subsidiare, stau mărturie numeroasele derive din statele membre, pentru a nu menționa situația inacceptabilă din perspectiva protecției drepturilor omului din centrele de primire sau problemele referitoare la detenție, fundal pentru lentul și infimul progres ce se poate distinge analizând spre exemplu rapoartele periodice ale FRA¹⁰⁸. Deși misiunea Curții are fără îndoială un impact pozitiv, permițând comparativ afirmarea în principiu a existenței unor standarde mai ridicate în materie de protecție decât garantează CEDO prin „testul încălcării flagrante”, este îndoielnic că acesta ar putea măcar pretinde să contrabalanseze cifrele recente referitoare la creșterea numărului de refugiați morți în încercarea de a traversa Marea Mediterană¹⁰⁹.

Dincolo de orice efort jurisprudențial de conturare a unui „portret robot” al refugiatului în Uniunea Europeană, într-o lume ideală, nu ar trebui să aibă vreo importanță cine suntem și de unde venim pentru a ni se oferi protecție în situații de criză. În realitatea imediată însă, există numeroase variabile ce trebuie luate în calcul pentru funcționarea unui sistem de azil comun cu obiective cel puțin la fel de ambițioase precum provocările. Este poziția Uniunii că azilul nu trebuie să reprezinte o loterie. Statele membre au responsabilitatea comună de a asigura primirea solicitanților de azil într-un mod demn, garantând faptul că aceștia sunt tratați echitabil și că situația lor este examinată în baza unor standarde uniforme, astfel încât, indiferent de statul vizat de solicitant, rezultatul să fie similar. Curtea de Justiție, având în cadrul procedurii trimiterilor preliminare exact obiectivul de a asigura o aplicare efectivă și omogenă a legislației Uniunii și de a evita orice interpretare divergentă, a contribuit așa cum am arătat la clarificarea standardelor în vigoare pentru acordarea statutelor protectoare definite în norma analizată și va continua să o facă, la ivirea oportunităților.

Eforturile susținute și concertate ale statelor membre rămân din perspectivă proprie, translate și în planul protecției jurisdicționale prin intermediul activității Curții de Justiție, pariul cu cele mai mari șanse de reușită. Așa cum se sublinia și recent, este nevoie mai înainte de toate de o

¹⁰⁸ Agenția Europeană a Drepturilor Fundamentale, Regular overviews of migration-related fundamental rights concerns, [Online] la :<http://fra.europa.eu/en/theme/asylum-migration-borders/overviews>

¹⁰⁹ Organizația Internațională pentru Migrație, devenită în 2016 parte a ONU, *Missing Migrants Project*, instrument de cuantificare interactiv disponibil la: <http://missingmigrants.iom.int/>, accesat la 16.09.2017.

schimbare de optică și deci de discurs, în sensul sublinierii avantajelor pe care aceste milioane de cetățeni străini ajunși pe tărâm european le pot aduce societății, dacă li se oferă posibilități reale de integrare. Banca Mondială afirma de altfel că trebuie să li se dea oportunitatea de a munci, numind-o o investiție înțeleaptă, iar studii recente realizate de Organizația Economică pentru Cooperare și Dezvoltare arată de asemenea modul în care refugiații pot aduce beneficii economiei, în special când statele investesc de timpuriu în integrarea și incluziunea socială a acestora¹¹⁰.

Competențele și calificările refugiaților ar putea pentru început fi recunoscute prin maximizarea Agendei Noilor Competențe pentru Europa și prin revizuirea Cadrului European al Calificărilor. Țările care găzduiesc majoritatea refugiaților au însă nevoie de suport fiabil, predictibil și susținut pentru a crea un mediu în care refugiații pot trăi în siguranță și își pot reconstrui viețile. Responsabilitatea și solidaritatea față de aceste țări reprezintă expresiile principale ale acestui suport, în conformitate cu Tratatul privind Uniunea Europeană¹¹¹ și stau la baza Declarației de la New York¹¹² adoptată în septembrie 2016. Ca parte a acesteia, statele au aprobat recent un Cadru Comprehensiv de Răspuns la Situația Refugiaților, pentru gestionarea fluxurilor masive de refugiați și pentru dezvoltarea inițiativei Compact Global pentru Refugiați în anul 2018. Comisia Europeană¹¹³ cere de altfel o abordare orientată spre dezvoltare.

Așadar, în finalul acestui itinerariu prin hățișul juridic al dreptului refugiaților și jurisprudenței aferente, trebuie subliniat că și în eventualitatea fericită a declarării unui migrant refugiat sau beneficiar al protecției subsidiare conform dispozițiilor dreptului Uniunii, călătoria lui continuă. Partea dificilă e departe de a se fi sfârșit și ca să nu rămână angajat în aceeași luptă pentru supraviețuire de care a fugit, oportun ar fi să ne reamintim

¹¹⁰ OECD, *Making Integration Work*, [Online] la: <https://goo.gl/037jlh>, accesat 16.09.2017.

¹¹¹ Articolul 21 se referă printre altele la principiile egalității și solidarității și la respectarea principiilor Cartei ONU și a dreptului internațional ca valori fundamentale cheie ale UE. De asemenea, angajează UE să caute și să dezvolte parteneriate cu țări terțe care împărtășesc aceste principii și valori. [Online] la <http://goo.gl/wo5jjX> accesat 16.09.2017.

¹¹² Adunarea Generală a ONU, Declarația de la New York privind Refugiații și Migrații, [Online] la: <http://goo.gl/OpFVA0>, accesat la 16.09.2017.

¹¹³ Comisia Europeană, *Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, Vieți Demne: de la dependența de ajutor la autonomie*, Bruxelles, 26 aprilie 2016, COM(2016) 234 final, [Online] la: <http://goo.gl/xgvusR>, accesat la 17.09.2017.

constant scopul umanitar al instituirii tuturor acestor proceduri, să materializăm solidaritatea în integrare și să continuăm să dăruim în loc de a construi - efemer- ziduri.

NECESITATEA FISCALIZĂRII CONTRIBUȚIILOR SOCIALE

THE NECESSITY OF FISCALISING SOCIAL CONTRIBUTIONS

ANA MARIA GEORGIANA ILIESCU¹

Rezumat: În contextului transferului de competențe dintre casele de asigurări sociale și Agenția Națională de Administrare Fiscală în ceea ce privește colectarea creanțelor privind contribuțiile sociale, prezenta lucrare își propune să analizeze succint noțiunea de fiscalizare a contribuțiilor sociale în spațiul românesc. Justificarea acestui demers legislativ constă în subvenționarea anuală a bugetului de asigurări sociale de către bugetul de stat, demers antrenat de dificultățile ivite în procesul de colectare a dărilor pe care le ridică dezvoltarea impetuoasă a economiei subterane.

Cuvinte-cheie: contribuții sociale, fiscalizare, administrare fiscală, anti-fraudă, colectare, dreptul securității sociale, drept financiar, buget de stat, impozit pe venit.

Abstract: Taking into account the transfer of competence which operated between the social security houses and the National Agency for Fiscal Administration regarding the collection of social contribution claims, our paper aims to briefly analyze how, in Romania, the legal intricacies of social contributions are now similar to those of income taxation. This new legislative approach is justified by the annual subsidies directed towards the social security budget, in the context of an evergrowing underground economy which raises numerous difficulties in terms of tax collection.

Keywords: social contributions, tax system, tax collection, fiscal administration, anti-fraud, social security law, financial law, national budget, income taxation.

1.Context

Până în iulie 2010, Codul Fiscal utiliza noțiunea de „contribuții sociale obligatorii” doar pentru a indica faptul că acestea reprezintă cheltuieli deductibile care se scad din baza impozabilă, iar legiuitorul nu acorda Agenției Naționale de Administrare Fiscală² atribuții în calcularea și

¹ Absolvent al Facultății de Drept, UAIC, Licență (2013-2017), email: ana.iliescu26@gmail.com.

² În continuare ANAF.

colectarea acestora. Până la data respectivă, competența de administrare a contribuțiilor sociale și a soluționării contestațiilor împotriva actelor administrative prin care se făcea stabilirea obligațiilor de plată revenea caselor de asigurări sociale. Practic, ceea ce până atunci avea caracter parafiscal, fiind esențialmente generat de raporturi *ope legis* sinalagmatice a intrat în sfera de reglementare fiscală³.

Ulterior, reglementarea detaliată a acestora în Legea nr. 227/2015 privind Codul Fiscal sedimentează paralelismul dintre contribuții sociale și impozite, aceste două tipuri de dări fiind analizate într-o manieră similară, pornind de la enumerarea celor obligați la plată, la obiectul impunerii și continuând cu analiza bazei de calcul și a regimului de declarare. Doctrina a adoptat ulterior același sistem de prezentare a celor două instituții, fapt lesne de observat în orice lucrare de specialitate. În cele ce urmează vom prezenta succint principalele motive ce au stat la baza procesului de fiscalizare.

2. Fiscalizare

Menționăm că ANAF are în prezent următoarele atribuții:

- colectarea veniturilor bugetul asigurărilor sociale de stat, bugetului asigurărilor pentru șomaj, bugetul fondului național unic de asigurări sociale de sănătate, reprezentând contribuția de asigurări sociale, contribuția de asigurări pentru șomaj, contribuția pentru asigurări sociale de sănătate, contribuția de asigurări pentru accidente de muncă și boli profesionale datorată de plătitori, persoane juridice și persoane fizice, care au calitatea de angajator sau sunt asimilați ai acestora;
- aplicarea unitară a prevederilor legislației privind contribuțiile sociale în domeniul său de activitate;
- elaborarea și avizarea proiectele de acte normative care conțin prevederi referitoare la proceduri de administrare a contribuțiilor sociale;
- coordonarea, îndrumarea și verificarea modului de respectare a legislației contribuțiilor sociale de către structurile de administrare, prin efectuarea de acțiuni de monitorizare și revizie a activității desfășurate de acestea;

³ I. Dobrinescu, *Fiscalizarea Contribuțiilor Sociale*, publicat pe JURIDICE.ro, [Online] la: <https://www.juridice.ro/>, accesat la 6 octombrie 2017.

- soluționarea contestațiilor împotriva deciziilor de impunere ce au ca obiect sume al căror quantum este de 500.000 sau mai mare reprezentând, *inter alia*, contribuții sociale⁴.

Aspectul inedit al transferului de competență ce a operat între casele de asigurări sociale și ANAF vizează aparenta diferență de natură juridică dintre contribuții sociale și impozite – dacă cele din urmă par să aibă o natură unilaterală, fiind percepute de contribuabil ca o prevalare arbitrară de venit direcționată către nevoi impersonale și abstracte, contribuțiile sociale promit o „recuperare” a investiției, sub forma unor servicii (e.g. medicale) sau a unor indemnizații (e.g. de șomaj, pensia).

În ceea ce ne privește, raliem la opinia domnului profesor Dan Drosu Șaguna, care consideră că trăsătura esențială a impozitelor este reversibilitatea, potrivit căreia sumele concentrate de stat pe calea impozitelor de la persoanele fizice și juridice se reîntorc sub forma unor acțiuni, servicii și gratuități de care beneficiază cei care au contribuit la formarea fondurilor generale ale societății. Spre deosebire de contribuțiile sociale, contraprestația nu este directă și imediată, fapt ce justifică reticența contribuabilului de a-și achita dările la stat și necesitatea unui mecanism amplu și exigent de colectare.

Argumentăm astfel că deși, în aparență, cele două tipuri de dări sunt diferite, grație unei aparente nerambursabilități a impozitelor, esența lor este identică – principala diferență – și aceea de ordin tehnic – (puternic estompată, după cum vom arăta în cele ce urmează) constă în destinația veniturilor colectate cu titlu de impozit, respectiv contribuție socială: cele din urmă au o destinație specifică, și anume bugetul asigurărilor speciale, respectiv al fondurilor speciale, pe care ar trebui să le finanțeze integral, fără transferuri de venit sau subvenții.

3. Deficit bugetar

Aceasta idee fundamenta sus-menționatul caracter parafiscal al contribuțiilor: atât timp cât salariații contribuiau la fondurile de asigurări și veniturile erau direct proporționale cu cheltuielile, existând o atare suficiență în acest sens, ANAF nu avea de ce să intervină într-un raport bine reglementat și delimitat.

⁴ Extras din Regulamentul de Funcționare al Agenției Naționale de Administrare Fiscală.

În realitate, situația economică arăta – și continuă să arate – diferit. Din motive felurite – îmbătrânirea populației, emigrația, evaziunea fiscală – cheltuielile ocazionate de plata indemnizațiilor sociale (cu precădere a pensiilor) sunt mult mai mari decât veniturile prelevate cu titlu de contribuții sociale. Astfel, fondurile deficitare sunt subvenționate prin intermediul alocărilor bugetare din legea bugetului de stat an de an. Mai mult, aceste subvenții cresc simțitor, într-atât încât anul 2017 a adus cu sine un deficit record al bugetului asigurărilor sociale de stat: 4,5 miliarde de euro, respectiv 2,45% din Produsul Intern Brut. Acest deficit trebuie acoperit din bugetul de stat, finanțat de impozite. Practic, pensiile vârstnicilor din ziua de astăzi nu sunt plătite doar de contribuțiile sociale ale salariaților, ci și de impozitele acestora și de taxele pe consum.

Cu titlu exemplificativ, veniturile CAS s-au situat la finalul anului 2016 la un nivel cu 1,25% mai mic față de estimările inițiale, în condițiile în care dinamica salariilor la nivelul întregii economii a fost net superioară așteptărilor de la momentul formulării proiectului de buget⁵.

Estimările bugetare privitoare la colectarea de contribuții sociale se ajustează în defavoarea bugetului de stat an de an. În acest sens, prezentăm următoarele pasaje din Legile Bugetului de Asigurări Sociale de Stat din anii 2014-2017, simplificate pentru accesibilitate:

Denumire Indicator ⁶	Program 2014	Estimări 2015	Estimări 2016	Estimări 2017
Venituri – Total	52.200.063	54.334.241	57.544.650	59.874.568
Venituri Curente	39.680.882	41.613.849	43.393.673	45.766.349
Subvenții ⁷	12.519.181	12.720.392	14.150.977	14.108.219

Anexa nr. 1/03 la Legea nr. 340/2013 a bugetului asigurărilor sociale de stat pe anul 2014

Denumire Indicator	Program 2015	Estimări 2016	Estimări 2017	Estimări 2018
--------------------	--------------	---------------	---------------	---------------

⁵ Raportul Anual al Consiliului Fiscal al României, iunie 2017, p. 60.

⁶ În lei.

⁷ Subvenții primite de la alte nivele ale administrației Publice – Subvenții de la Bugetul de Stat.

Venituri – Total	55.044.730	56.917.945	59.373.267	61.864.268
Venituri Curente	35.251.397	35.245.424	37.433.864	39.709.268
Subvenții	19.755.892	21.672.521	21.939.403	22.155.002

Anexa nr. 1/03 la Legea nr. 187/2014 a bugetului asigurărilor sociale de stat pe anul 2015

Denumire Indicator	Program 2016	Estimări 2017	Estimări 2018	Estimări 2019
Venituri – Total	52.598.670	53.379.698	55.529.004	57.768.901
Venituri Curente	38.149.232	41.033.963	44.485.643	48.227.108
Subvenții	14.449.438	12.345.735	11.043.361	9.541.793

Anexa nr. 1/03 la Legea nr. 340/2015 a bugetului asigurărilor sociale de stat pe anul 2016

Denumire Indicator	Program 2017	Estimări 2018	Estimări 2019	Estimări 2020
Venituri – Total	57.087.123	63.703.543	67.720.341	71.655.386
Venituri Curente	43.007.324	46.510.569	52.511.799	59.408.764
Subvenții	14.079.799	17.192.974	15.208.542	12.246.622

Anexa nr. 1/03 la Legea nr. 7/2017 a bugetului asigurărilor sociale de stat pe anul 2017

Putem observa că în anul 2014 subvențiile reprezintă 23,98% din veniturile încasate de Bugetul Asigurărilor Sociale. Anul 2015 urcă acest procentaj la un indice record de 35,89%, 2016 îl coboară la 27,47%, iar în 2017 acesta ajunge la 24,66%⁸ pe fondul creșterii economice ce a adus cu

⁸N.b. În scurta noastră analiză nu vom analiza și legile de rectificare bugetară, întrucât informațiile din legile bugetului de stat sunt suficiente pentru conturarea unei imagini de ansamblu cu privire la subvenționarea bugetului de asigurări sociale. Menționăm, cu titlu exemplificativ, că prima rectificare bugetară pe anul 2017 a alocat Ministerului Muncii și Justiției Sociale încă 795 milioane lei pentru pensii și alte drepturi de asistență socială.

cifre mai bune în materie de venituri colectate. Notăm, de asemenea, că deși estimările par să întrevadă scăderi ale subvențiilor (cel puțin începând cu anul 2016), programele efective le contrazic. Respectivul cifre includ și suplimentările bugetul asigurărilor pentru șomaj. Totodată, notăm că mai primesc subvenții de la bugetul de stat și pensiile din Ministerul de Interne, Ministerul Apărării, precum și foștii deputați sau senatori. Astfel, doar anul 2017 comportă un deficit de aproape 20 de miliarde de lei⁹.

Menționăm că în același spirit, Bugetul Fondului Unic Național de Asigurări Sociale de Sănătate beneficiază periodic de subvenții de la bugetul de stat – doar anul 2017 comportă o alocare de 2.815.749 lei, conform Legii nr. 6/2017 privind bugetul de stat pe anul 2017.

Observăm, așadar, că este necesară fiscalizarea contribuțiilor sociale, întrucât acestea nu reușesc să facă față cheltuielilor aflate într-o pantă ascendentă.

4. Evaziune Fiscală – Problema Colectării

După cum am menționat mai sus, odată fiscalizate, contribuțiile sociale au intrat în domeniul ANAF, ceea ce înseamnă că organul de specialitate aflat în subordinea Ministerului Finanțelor Publice are competența de a adresa procedura de colectare a acestora și de a le verifica legalitatea. În activitatea sa, ANAF are rolul de a combate fraudă prin promovarea unui control fiscal de calitate superioară. Până recent, eventualele nereguli cu privire la procesul de colectare a contribuțiilor sociale erau sancționate conform normelor Capitolului VII – Secțiunea I din Legea nr. 19/2000 privind sistemul public de pensii și alte drepturi de asigurări sociale.

Astfel, constituiau infracțiuni doar:

- fapta persoanei care dispune utilizarea în alte scopuri și nevirarea la bugetul asigurărilor sociale de stat a contribuției de asigurări sociale, reținută de asigurat, sancționându-se cu închisoarea de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă;
- completarea formularelor tip privind contribuția de asigurări sociale de către funcționar cu date nereale, având ca efect denaturarea evidențelor privind asigurații, stagiul de cotizare sau contribuția de asigurări

⁹ M. Bechir, *Bugetul Asigurărilor Sociale de Stat – 4,5 miliarde euro deficit record la pensii*, publicat pe Curs de Guvernare, [Online] la: <https://cursdeguvernare.ro>, accesat la 25 noiembrie 2017.

sociale ori efectuarea de cheltuieli nejustificate din bugetul asigurărilor sociale de stat, reprezentând o modalitate a infracțiunii de fals intelectual și fiind sancționată ca atare.

A se observa sfera limitată de cuprindere a obiectului material al primei infracțiuni, precum și lipsa severității sancțiunii. Legea nr. 263/2010 privind sistemul unitar de pensii publice, care abrogă expres Legea nr. 19/2000 păstrează doar sus-menționata trimitere la infracțiunea de fals intelectual, iar nevirarea contribuțiilor de asigurări sociale a intrat în sfera dreptului comun din materia fiscalității¹⁰. Contribuabilii răspund contravențional conform art. 336 din Codul de Procedură Fiscală, iar anumite neregularități pot constitui elementul material al infracțiunii de evaziune fiscală, fiind sancționate ca atare, conform prevederilor Legii nr. 241/2005 privind prevenirea și combaterea evaziunii fiscale¹¹.

Astfel, intră în sfera de incidență a evaziunii fiscale, *inter alia*, faptele ce vizează contribuțiile sociale și care:

- au drept scop ascunderea materiei impozabile și deci alterarea acesteia;

- sunt de natură de a altera datoria fiscală prin neîndeplinirea ori îndeplinirea defectuoasă a unor obligații de disciplină financiar-contabilă;

- sunt săvârșite de contribuabil în legătură cu atribuțiile de control fiscal ale organelor competente și realizarea creanțelor fiscale, în scopul împiedicării cunoașterii de către organul fiscal a realității fiscale și împiedicarea recuperării sumelor datorate bugetului consolidat.

¹⁰ Legea nr. 241/2005 prevedea la art. 6 că reținerea și nevărsarea cu intenție, în cel mult 30 de zile de la scadență, a sumelor reprezentând impozite și contribuții cu reținere la sursă constituie infracțiunea și se pedepsește ca atare. Decizia Curții Constituționale a României nr. 363 din 7 mai 2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor acestui articol stabilește că norma nu întrunește condițiile de claritate, previzibilitate și accesibilitate întrucât nu definește noțiunea de *impozite sau contribuții cu reținere la sursă*. În prezent, reținerea și nevărsarea de către plătitorii obligațiilor fiscale a sumelor reprezentând impozite și contribuții cu reținere la sursă constituie contravenție, conform art. 336 lit. p din C.proc.fisc. În lumina viitoare modificări legislative, președintele Camerei Deputaților a declarat la 3 noiembrie 2017 că urmează definirea noțiunii ce nu satisface exigențele legislative așa cum au fost evidențiate de Curte, motiv pentru care anticipăm că reținerea și nevărsarea contribuțiilor sociale va reîntra în câmpul infracțional.

¹¹ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 672 din 27 iulie 2005.

Ionuț Dumitru, președintele Consiliului Fiscal, declara în 2016¹² că la nivelul anului 2017 România va avea cele mai mici venituri din taxe și impozite din ultimele decenii, de doar 25,4% din PIB – cu mult sub media europeană de 40%. În ultimii ani, prejudiciul la bugetul de stat cauzat de evaziunea fiscală a ajuns aproape dublu, de la 9,1% în 2001 la 16,2% în 2013, an în care economia subterană reprezenta nu mai puțin de 28,4% din PIB¹³. Consiliul Fiscal arată că în țara noastră unul din trei muncitori nu plătește impozitul pe venit și nu achită contribuții de asigurări sociale.

Mai mult, potrivit datelor publicate de acesta, 1,45 milioane de români munciau la negru în 2012, reprezentând 23% din numărul total de angajați. Cel mai afectat sector este cel al construcțiilor, unde se estimează că 60% din muncitori lucrează la negru. În ceea ce privește această categorie de muncitori, ne însușim punctul de vedere potrivit căruia în România se practică o exploatare necinstită a forței de muncă, în care se profită de necunoașterea prevederilor legislative și se aplică practici de optimizare fiscală ce dezavantajează profund anumite clase sociale – în speță, lucrătorii în construcții. Faptul că „fiscul” se concentrează în activitățile sale anti-evazioniste asupra marilor contribuabili, omițând să monitorizeze îndeaproape sectoare ale economiei curente, precum piața construcțiilor în considerarea eventualului prejudiciului de mică însemnătate, creează cadrul propice pentru desfășurarea activităților nelegale care ajung, în timp, să își pună amprenta asupra bugetului de stat și a sistemului de asigurări sociale ca atare (printr-un *snowball effect*). Cu toate acestea, suntem de părere că cea mai mare complicitate în perpetuarea practicilor evazioniste din domeniul construcțiilor o are însuși beneficiarul lucrării, care preferă serviciile unor muncitori necalificați ce își anunță serviciile în ziare și pe platforme de socializare, din considerente pur financiare: prețul mult mai mic și, de altfel, nefiscalizat, neînțelegând că prin faptul că alege să lucreze cu astfel de muncitori sprijină economia subterană și perpetuează practici nelegale și prejudicioase. Astfel, grație faptului că, în conformitate cu un principiu de bază al economiei de piață, cererea dictează oferta, muncitorii din construcții

¹² A.-M. Vasile, *Dumitru: România va avea, în 2017, cele mai mici venituri fiscale înregistrate vreodată, de 25,4% din PIB*, [Online] la: <https://agerpres.ro>, accesat la 30 noiembrie 2017.

¹³ A. Amarița, *Evaziunea Fiscală în România*, în *Revista Română de Statistică Supliment*, nr.1/2017.

sunt încurajați să lucreze nelegal pentru a face față competiției din acest sector.

În ceea ce privește optimizarea fiscală, inadvertențele și omisiunile legislative permit manipularea fiscalității într-un mod profund nociv pentru contribuabil – utilizarea salariului minim pe economie ca etalon al normalității prejudiciază numeroase categorii sociale, printre care și proaspeții absolvenți de studii superioare; mai mult, așa-zisele *internship*-uri neplătite sunt prezentate tinerilor neexperimentați drept oportunități de învățare, drept favoruri pentru care trebuie să mulțumească și să fie recunoscători, deghizând astfel activități generatoare de profit ce în mod normal ar crea îndatoriri fiscale pentru angajatori în favoruri pentru care ar fi absurd să se solicite remunerație.

O altă industrie în care muncitorii sunt defavorizați în baza „optimizării” fiscale este cea ospitalieră, unde angajatorii se orientează în permanență către salariul minim pe economie, promițând venituri suplimentare din bacșișuri. Deși țări precum Olanda și Marea Britanie impozitează bacșișurile, în România aceste venituri rămân într-o *zonă gri* a fiscalității, nefiind nici reglementate, dar nici scoase în afara legii. Consecința majoră pentru angajați a acestei practici – pe care, din păcate, marea majoritate a acestora o ignoră cu desăvârșire – este scoaterea acestor venituri din baza de calcul pentru contribuții sociale și, implicit, prejudicierea bugetului asigurărilor sociale.

Carențe legislative ce afectează muncitorii necalificați se găsesc în cuprinsul Legii nr. 52/2011 privind executarea unor activități cu caracter ocazional desfășurate de zilieri, care dispune expres că pentru activitățile prestate de zilieri nu se datorează contribuții sociale obligatorii nici de către zilier, nici de către beneficiar.

Putem observa, așadar, cum în condițiile economiei de piață, ne confruntăm cu un eveniment evazionist ce ia proporții de masă, din cauza tendinței de a fi sustrate de sub incidența legii venituri cât mai substanțiale. Evaziunea fiscală este rezultanta logică a defectelor și inadvertențelor unei legislații imperfecte și rău asimilate, a metodelor și modalităților defectuoase de aplicare, precum și a neprevăderii și nepriecării legiuitorului a cărui fiscalitate excesivă este tot așa de vinovată ca și cei pe care îi provoacă prin

aceasta la evaziune¹⁴. În cuvintele profesorului Dan Drosu Șaguna, „spiritul de evaziune fiscală se naște din interes, iar această mentalitate există din păcate și la omul cel mai cinstit: unii, cărora nu le-ar veni vreodată ideea cea mai nedelicată asupra proprietății aproapelui se vor sustrage de la îndatoririle lor față de fisc fără nicio ezitare, întrucât se consideră că a înșela fiscalul este o probă de abilitate, nu de necinste; a plăti ceea ce fiscalul pretinde este o dovadă de naivitate, nu de integritate”¹⁵. Cu atât mai mult, în materia delicată a contribuțiilor sociale, în care salariații de astăzi practic „îi întrețin” pe salariații de ieri, și în considerarea frustrărilor provocate de un nivel de trai scăzut și un sistem sanitar defectuos, trebuie avute în vedere precepte morale și etica socială, care, într-o societate ideală, ar avea întâietate în fața unui aparat de stat defectuos, ineficient și/sau imoral.

Menționăm, de asemenea, că România se plasează pe ultimul loc în ceea ce privește eficiența colectării contribuțiilor sociale, comparativ cu celelalte țări din regiune, având și unul dintre cei mai scăzuți indici de eficiență ai impozitării. În acest sens, este depășită doar de Letonia¹⁶.

5. Concluzie

Concluzionăm, așadar, că prin neachitarea contribuțiilor sociale este sporit deficitul bugetar, urmând ca bugetul asigurărilor sociale să fie echilibrat prin intermediul subvențiilor de la bugetul de stat, motiv pentru care a fost necesară fiscalizarea acestora și, implicit, luarea unor măsuri pentru asigurarea echității intergeneraționale și prevenirea fraudei.

¹⁴ D. Drosu Șaguna, D.I. Radu, *Drept fiscal*, ediția a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2017, pp. 264 – 265.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Raportul anual al Consiliului Fiscal al României, p. 63.

PUNCTE DE CONFLUENȚĂ ÎNTRE FRAUDA FISCALĂ ȘI TERORISM
ÎN SPAȚIUL JURIDIC EUROPEAN

CONFLUENCE POINTS BETWEEN TAX FRAUD AND TERRORISM
IN THE EUROPEAN JURIDICAL AREA

IOAN DUMITRU APACHIȚEI¹, BOGDAN ALEXANDRU PETRESCU²

Rezumat: Frauda fiscală este un fenomen global cu diferite variațiuni, atât sub aspectul metodelor de realizare cât și a demersurilor ulterioare dobândirii ilegale a sumelor. Din acest spectru, articolul își propune să trateze circuitul sumelor fraudate de la momentul eludării obligației fiscale și până la utilizarea respectivelor sume în vederea finanțării terorismului. Importanța rezidă în ideea de a identifica punctele de confluență între terorism și finanțarea acestuia prin fraudă, în vederea combaterii acestui circuit infracțional. Partea finală se focusează pe implicațiile pe care le poate dezvolta instituția Parchetului European în contextual finanțării terorismului prin fraudele aduse la bugetul Uniunii Europene.

Cuvinte-cheie: fraudă fiscală, terorism, Parchet European, fraudă carusel, competență

Abstract: Tax fraud is a global phenomenon with different variations, both in terms of implementation methods and follow-up steps to the illegal acquisition of amounts. Following this given perspective, the article aims to explore the movement of fraudulent amounts from the moment of circumventing the tax obligation to the use of those amounts to fund terrorism. The relevance of the present topic resides in the idea of identifying the points of confluence between fraud and funding of terrorism, with the purpose of combating this given criminal network. The final part focuses on the implications that the European Public Prosecutor's Office may have in the context of terrorist financing through frauds brought to the European Union budget.

Keywords: tax fraud, terrorism, European Public Prosecutor's Office

I. Noțiuni preliminare

Odată cu accentuarea procesului de globalizare s-au realizat și noi metode de procurare a unor venituri financiare la nivel internațional. În acest context, creșterea numărului de mecanisme destinate fraudei fiscale³ de la nivel național,

¹ Masterand, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: ioandumitruapachitei@gmail.com

² Student, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: bogdanalexandrupetrescu@yahoo.com

³ La stabilirea conceptului de *fraudă fiscală* avem în vedere atât legislația Uniunii Europene, cât și legislația națională, între acestea existând o puternică interdependență, în

europen și internațional devenea o certitudine. Frauda fiscală constituie astăzi un fenomen global cu diferite variațiuni, atât a metodelor de realizare, cât și a direcției acordate sumelor fraudate. Din această perspectivă, este importantă observarea traseului urmat de fondurile ilicite de la momentul eludării obligației fiscale și până la ajungerea respectivelor sume sub controlul organizațiilor teroriste. Importanța urmăririi traseului infracțional rezidă în ideea de a identifica punctele de confluență în care acest circuit devine vulnerabil.

Susținerea terorismului cu fondurile obținute prin intermediul fraudei fiscale și tranzitați în economia curată prin spălarea banilor reprezintă excepția de la regula finanțării terorismului. De regulă, fondurile destinate terorismului au proveniență legală ori ilegală și se cuantifică în sume mici, comparativ cu cele obținute prin fraude fiscale. Cu toate acestea, structura infracțională *fraudă fiscală* – *spălarea banilor* – *finanțarea terorismului* este mai complexă și creează similitudini sporite cu criminalitatea organizată. Având în vedere opiniile frecvent exprimate în doctrină cu privire la o intensificare a cooperării între organizațiile teroriste și criminalitatea organizată ne poate conduce pe ideea dezvoltării unei ponderi a circuitului infracțional menționat. Pe de altă parte, cu toate că atentatele teroriste nu necesită sume considerabile, aportul financiar consistent este justificat pe temeiul ansamblului organizațional care trebuie susținut. Astfel, în condițiile în care numărul statelor „sponsor”⁴ al activităților teroriste a scăzut în mod considerabil ca urmare a implicării consistente a Statelor Unite după atentatele de la New York din 11 septembrie 2001, obținerea finanțării prin activități frauduloase rămâne cea care poate să aducă cea mai consistentă contribuție. În acest context,

sensul în care normele naționale au fost puternic armonizate cu celelalte legislații ale statelor europene prin intermediul actelor normative ale Uniunii. Sub acest aspect, vom continua să utilizăm noțiunea de *fraudă fiscală* în accepțiunea legiuitorului european pentru a realiza o identitate de formă cu normele europene și internaționale, prin aceasta înțelegând totodată și noțiunea de *evaziune fiscală ilicită* utilizată în doctrina română. Pentru detalii, a se vedea: I.M. Costea, *Combaterea evaziunii fiscale și fraudă comunitară*, Editura C.H. Beck, București, 2010.

⁴ Nu de puține ori atenția Uniunii Europene este îndreptată către identificarea țărilor ce reprezintă un potențial risc de finanțare a terorismului. În acest sens, la data de 14 iulie 2016, Comisia a alcătuit o listă cuprinzând unsprezece țări cu deficiențe în ceea ce privește măsurile de combatere a spălării banilor și finanțării terorismului, și anume Afganistan, Bosnia și Herțegovina, Guyana, Irak, Republica Democrată Populară Laos, Siria, Uganda, Vanuatu, Yemen, Iran și Republica Populară Democrată Coreeană – a se vedea paragraful 33 din Proiectul de raport al Parlamentului European referitor la ancheta privind spălarea de bani, evitarea sarcinilor fiscale și evaziunea fiscală, din 28 iunie 2017.

spălarea banilor⁵ obținuți prin fraude fiscale constituie *infracțiunea tampon* care păstrează viabilă sursa provenienței fondurilor⁶.

Activitatea de finanțare a terorismului constituie o anexă la ansamblul măsurilor care converg către realizarea unui act terorist. Având în vedere pagubele considerabile produse prin atacurile teroriste –și nu ne referim îndeosebi la pagube materiale, ci la cele care privesc mentalul colectiv –, acestea au determinat statele lumii să adopte o atitudine reactivă față de pericolul ca activitățile teroriste să fie finanțate. În acest context, încercările de reglementare s-au concretizat încă din anul 1937, la Geneva, prin Convenția pentru prevenirea și represiunea terorismului⁷.

⁵ Noțiunea de *spălare a banilor* va fi înțeleasă în accepțiunea dată de legiuitorul național prin art. 23 alin. (1)-(3) din Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism. Astfel, va constitui spălare a banilor: „a) schimbarea sau transferul de bunuri, cunoscând că provin din săvârșirea de infracțiuni, în scopul ascunderii sau al disimulării originii ilicite a acestor bunuri sau în scopul de a ajuta persoana care a săvârșit infracțiunea din care provin bunurile să se sustragă de la urmărire, judecată sau executarea pedepsei; b) ascunderea sau disimularea adevăratei naturi a provenienței, a situării, a dispoziției, a circulației sau a proprietății bunurilor ori a drepturilor asupra acestora, cunoscând că bunurile provin din săvârșirea de infracțiuni; c) dobândirea, deținerea sau folosirea de bunuri, cunoscând că acestea provin din săvârșirea de infracțiuni.

⁶ Legiuitorul român definește noțiunea de *fonduri destinate activităților teroriste* în cuprinsul art. 4 pct. 8 din Legii nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului, acestea constând în *bunuri de orice natură, corporale sau necorporale, mobile ori imobile, dobândite prin orice mijloc și documente sau instrumente juridice în orice formă, incluzându-se forma electronică ori numerică, care atestă un drept de proprietate sau un interes asupra acestor bunuri, credite bancare, cecuri de călătorie, cecuri bancare, mandate, acțiuni, titluri, obligațiuni, drepturi speciale de tragere și scrisori de credit, fără ca această enumerare să fie limitativă.*

⁷ Încercarea alcătuirii unei definiții universale a terorismului a fost lipsită de succes pe de o parte datorită volatilității semnificațiilor pe care le incumbă noțiunea, și, pe de altă parte, datorită evoluției sale continue. În esență, atât la nivel normativ, cât și doctrinar, am identificat mai mult o înlănțuire de trăsături care descriu terorismul. Legiuitorul național a conturat noțiunea de terorism prin art. 1 din Legea nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului ca reprezentând *ansamblul de acțiuni și/sau amenințări care prezintă pericol public și afectează securitatea națională, având următoarele caracteristici: a) sunt săvârșite premeditat de entități teroriste, motivate de concepții și atitudini extremiste, ostile față de alte entități, împotriva cărora acționează prin modalități violente și/sau distructive; b) au ca scop realizarea unor obiective specifice, de natură politică; c) vizează factori umani și/sau factori materiali din cadrul autorităților și instituțiilor publice, populației civile sau al oricărui alt segment aparținând acestora; d) produc stări cu un puternic impact psihologic asupra populației, menit să atragă atenția asupra scopurilor urmărite*”. Pe de altă parte, în doctrină se precizează că în „volumul

La nivelul Națiunilor Unite am identificat două principale acte normative incidente în prezenta lucrare⁸: Convenția internațională a Organizației Națiunilor Unite privind reprimarea finanțării terorismului, adoptată la New York la 9 decembrie 1999, semnată de România la 26 septembrie 2000 și ratificată prin Legea nr. 623/2002⁹ și Rezoluția Consiliului de Securitate al Organizației Națiunilor Unite nr. 1373 din 2001.

Consecințele actelor normative internaționale și ale atacurilor teroriste desfășurate pe continent au impulsionat legiuitorul european să aibă o preocupare în vederea conturării cadrului legal de prevenire, descoperire și combatere a finanțării terorismului¹⁰. Actele normative ale Consiliului Europei și Uniunii Europene s-au concretizat îndeosebi prin Convenția Europeană pentru reprimarea terorismului, adoptată la Strasbourg, 27 ianuarie 1977, Convenția Consiliului Europei privind spălarea, descoperirea și confiscarea produselor infracțiunii și finanțarea terorismului, adoptată la Varșovia la 16 mai 2005 semnată de România

Political Terrorism de Schmidt și Youngman (1988) sunt citate 109 definiții ale formelor de intimidare folosite de teroriști (...) elementele definitorii ale terorismului sunt: violența, forța (care apar în 83,5% din definiții), politica în 65%, frica accentuată, teroarea în 51%, amenințarea în 47%, efectele psihologice în 41,5%, discrepanța între ținte și victime-civili în 37,5%, acțiunea intenționată, planificată, sistematică și acțiunea organizată în 32%, metode de luptă, strategii, tactici în 30,5%, în C.G. Gîrleanu, Combaterea spălării banilor și a fenomenului finanțării terorismului, Editura Rovidem Publishers, Bacău, 2012, pp. 29.

⁸ A se vedea și <http://www.un.org/en/counterterrorism/legal-instruments.shtml>, accesat la data de 21 februarie 2018.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 852 din 26 noiembrie 2002.

¹⁰ Preocuparea Uniunii Europene pentru combaterea terorismului s-a dezvoltat atât drept consecință a actelor normative internaționale, cât și ca urmare a propriilor carențe în asigurarea securității și stabilității în Europa. În acest sens, sunt relevante mențiunile privitoare la traseele financiare destinate teroriștilor ce tranzitează Uniunea și statele offshore, astfel Europol și-a comparat propria bază de date a persoanelor fizice și a întreprinderilor suspectate de activități infracționale cu dosarul Panama Papers și a identificat 3469 de corelații probabile; observă că 1722 dintre aceste corelații sunt legate de spălarea banilor, iar 116 de terorism; constată că cea mai mare parte a acestor cazuri au fost identificate în Regatul Unit, cel mai probabil datorită mărimii sectorului său financiar; constată că băncile aflate sub controlul Statului Islamic au acces la SWIFT și, prin urmare, pot trimite fonduri către și prin UE; constată că băncile au confirmat în fața membrilor comisiei de anchetă că au depus numeroase RTS în legătură cu finanțarea terorismului; observă că nici Comisia, nici Consiliul, nici băncile și nici unitățile de informații financiare nu ar putea oferi informații referitoare la numărul de conturi bancare din statele membre ale UE care au fost înghețate ca urmare a finanțării terorismului, în paragraful 65 din Raportul Parlamentului European referitor la ancheta privind spălarea de bani, evitarea sarcinilor fiscale și evaziunea fiscală, din 16 noiembrie 2017, [Online] la <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2017-0357+0+DOC+PDF+V0//RO>, accesat 22.02.2018.

și ratificată prin Legea nr. 420/2006¹¹. Scopul convenției este acela de a eficientiza eforturile naționale prin cooperarea internațională, în contextul unui cadru juridic care să permită stabilirea liniilor de colaborare. Convenției de la Varșovia din 2005, i s-a atașat la 19 mai 2015 un protocol adițional care oferă un plus de reglementare cu privire la flagelul luptătorilor teroriști străini. Evoluția legislativă are un parcurs descendent, normele influențându-se reciproc în funcție de nivelul internațional, regional sau național căruia îi corespund. În situația prezentată, aducem în vedere că Protocolul adițional la Convenția de la Varșovia din 2015 este o consecință legislativă (regională) a Rezoluția nr. 2178/2014 a Consiliului de Securitate al ONU (norma internațională).

Reglementările legislative de la nivelul Uniunii Europene au suferit frecvente reajustări în vederea menținerii unui cadru legal actual cu evoluția metodelor de finanțare a terorismului. În acest sens, avem în vedere Directiva (UE) nr. 2015/849 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor sau finanțării terorismului și Directiva (UE) nr. 2017/541 privind combaterea terorismului¹².

În contextul aprofundării reglementărilor la nivel internațional și al Uniunii Europene, legiuitorul român a preluat direcțiile de reglementare prin intermediul Legii nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului¹³ și prin Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism¹⁴.

Ca urmare a aderării României la Uniunea Europeană am asistat la o asimilare a dreptului național de către cel european pe domeniile de competență determinate, aspect care, după cum vom vedea, devine în anumite domenii insuficient. Însăși Uniunea Europeană, prin expunerea de motive aferentă Directivei (UE) nr. 2015/849, în paragraful al patrulea nuanțează ideea unei armonizări globale a legislației în domeniul finanțării terorismului, având ca fundament, printre altele, standardele internaționale în materia combaterii spălării banilor și finanțării terorismului adoptate de Grupul de Acțiune Financiară privind

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 968 din 04 decembrie 2006.

¹² Cele două directive nu au fost transpuse în legislația română până la data publicării prezentului articol.

¹³ Publicată în M. Of. nr. 1161 din 08 decembrie 2004.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 904 din 12 decembrie 2002 și republicată în M.Of. nr. 702 din 12 octombrie 2012.

spălarea banilor (GAFI)¹⁵. Acest aspect este justificat de raționamentul conform căruia terorismul internațional constituie un act infracțional transnațional, iar la acesta se poate răspunde tot cu măsuri coordonate aplicate la scară internațională.

II. Frauda fiscală ca infracțiune mijloc pentru finanțarea actelor teroriste

Debutul lanțului infracțional este concretizat prin manoperele de evitare a suportării sarcinii fiscale prin fraudă fiscală. Organizarea activității teroriste debutează cu „înființarea grupărilor teroriste, constituite din persoane, grupări sau organizații care fie pregătesc comiterea unor acte teroriste (...), fie promovează sau încurajează terorismul (activități de propagandă, îndoctrinare și finanțare) ori îl sprijină sub orice formă (pe linie financiară, logistică ori materială)”¹⁶, operând complementar prin *grupări de acoperire – societăți paravan*. Astfel, „vasta rețea europeană a extremiștilor islamici și-a perfecționat capacitatea operativă a grupărilor de acțiune în clandestinitate”¹⁷. Prezентându-se într-atât de eficienți în a nu se situa în atenția autorităților, descoperirea și contracararea surselor de finanțare ori de susținere a acestora poate constitui un mijloc mai eficient de combatere a activității teroriste, decât descoperirea, anchetarea și condamnarea personalului, „perisabil”, „fungibil” al structurilor de acest gen, chiar în considerarea faptului că practica investigativă și acuzatorială promovează o strategie a organelor de anchetă de a nu trimite în justiție cauze în care sunt implicați simpli executanți, ci preferând „tergiversarea”, întârzierea demarării procesului până în momentul în care se obțin probe pentru atragerea răspunderii penale a „capilor” organizației, ceea ce presupune o investiție pe timp îndelungat, perioadă pe parcursul căreia activitatea continuă este susținută de fondurile ilicite de flux constant.

¹⁵ Înființat în 1989, GAFI a formulat propuneri atât în privința necesității ca țările membre să incrimineze spălarea banilor precum și extinderea reglementării la toate formele grave de infracțiuni, cât și propuneri privitoare la necesitatea incriminării finanțării actelor și organizațiilor teroriste, dar și a persoanelor fizice teroriste. A se vedea *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation The FATF Recommendations*, [Online] la [http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations %202012.pdf](http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf), pp. 9-28, accesat 22.02.2018.

¹⁶ C. Olaru, *Particularitățile criminalității organizate în România*, Editura Hamangiu, București, 2014, pp. 206.

¹⁷ *Idem*, pp. 209.

Legiuitorul național a înțeles să reglementeze fraudă fiscală¹⁸ prin art. 8 și art. 9 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale¹⁹. Odată actul de fraudare realizat și nedescoperit în cadrul inspecției fiscale, rezultatul se concretizează prin prezența *banilor murdari* în economie, circuitul infracțional putând fi scurtat prin virarea directă a acestora către organizațiile teroriste, însă acest fapt ar expune într-o mare măsură societatea *sponsor*. În consecință, protejarea parcursului infracțional necesită existența actului complementar de transformare a veniturilor obținute prin fraude fiscale într-un venit cu aparență legală. În esență, activitatea teroristă poate fi finanțată deopotrivă cu bani murdari sau spălați ori cu bani curați, distincția constând în vulnerabilitatea la care este supus canalul de finanțare și actorii implicați. Odată finanțarea realizată, este dificil de determinat în ce proporție fondurile disponibile sunt provenite pe cale licită sau ilicită. Concretizarea finanțării activităților grupărilor teroriste pornind de la fraudele fiscale și continuând cu spălarea banilor are marele avantaj de a oferi o aparență de legalitate circuitului infracțional. În acest context, păstrarea unei discreții între societățile care fraudează bugetele statelor și grupările teroriste este esențială și creează perspective de finanțare ulterioare. Pe de altă parte, finanțarea prin activități frauduloase este mai puțin detectabilă decât, de exemplu, extorcările de bani, diverse fonduri sau chiar și cotizații. Nu este neglijabil nici faptul că activitățile frauduloase au capacitatea de a oferi spre finanțare sume considerabile²⁰.

¹⁸ Corespunzător acestor precizări aducem în vedere faptul că doctrina națională a creat o distincție între evaziune fiscală licită (optimizare fiscală) și evaziune fiscală ilicită (frauda fiscală). Sub acest aspect, propunem ca de *lege ferenda* să se renunțe la conceptul de evaziune fiscală ilicită, acesta putând fi înlocuit cu cel de fraudă fiscală, în acord cu legislația statelor europene. Aducem în vedere și incompatibilitatea noțiunilor de *evaziune* și *liceitate*, acestea excluzându-se reciproc. Pe de altă parte, un argument hotărâtor în acest sens este reprezentat și de eroarea de reglementare din cuprinsul art. 306 alin. (2) din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, în care legiuitorul național utilizează concomitent atât noțiunea de evaziune fiscală, cât și pe cea de fraudă fiscală, în condițiile în care Legea nr. 241/2005 conturează noțiunea de evaziune fiscală ca fiind *de facto* o fraudă fiscală. Această eroare este explicată prin faptul că s-a operat o transpunere exactă a directivei europene, fără a se ține cont de particularitățile de ansamblu ale normelor naționale.

¹⁹ Publicată în M. Of. nr. 672 din 27 iulie 2005. Pentru o prezentare a infracțiunilor de fraudă fiscală din legislația națională, a se vedea: I.M. Costea, *Fiscalitate europeană. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2016, pp. 370-385.

²⁰ În doctrina analizată am identificat în mod frecvent opinia conform căreia grupările teroriste se diferențiază de criminalitatea organizată prin aceea că nu au interese financiare, ci de impunere a unei ideologii prin instaurarea fricii, colectarea fondurilor fiind realizată doar în vederea susținerii activităților. În acest sens, a se vedea și C.G. Gîrleanu,

Părăsind spectrul teritorial național, de remarcat este faptul că, „de cele mai multe ori, teroristul este cetățeanul statului A, dar are naționalitatea statului B, acționează împotriva statului C, cu arme procurate din statul D de intermediari din statul E”²¹, eventual folosind fonduri obținute din statele F, G, H etc. Pe cale de consecință, observăm că activitatea teroristă propriu-zisă reprezintă doar finalitatea unui proces catalizat de coagularea de putere economică prin obținerea de finanțare. Se conturează, astfel, un pericol transnațional, ce implică o reacție echivalentă, printr-un parcurs preventiv de ordin legislativ obișnuit, transnațional de prevenire, descoperire și combatere, concretizată în norme de ordine publică cu aplicabilitate internațională (la nivel global – Recomandările Speciale emise de GAFI; pe plan regional – blocul normativ al UE), precum și, eventual, existența unor foruri de autoritate comune statelor implicate care să pună în aplicare legislația internațională în materie.

Având în vedere contextul prezentat, legiuitorul european a elaborat Directiva (UE) nr. 2015/849 care are în vedere transparentizarea relațiilor de afaceri sau a desfășurării tranzacțiilor cu potențial risc de a se concretiza într-o spălare de bani sau o finanțare destinată organizațiilor teroriste²². Măsurile evidențiate constau în obligația fiecărui stat de a stabili o entitate de supraveghere a tranzacțiilor la nivel național și identificarea beneficiarului real al tranzacției. Directiva abordează problematica în sens preventiv, vizând acele tranzacții cu bani obținuți în urma unor infracțiuni grave, precum și colectarea de bani sau bunuri în scopul finanțării organizațiilor teroriste. În acest sens, instituția abilitată va stabili gradul de risc în cazul concret analizat. Stabilirea riscului fundamentată pe informațiile colectate va permite crearea legăturii dintre tranzacțiile suspecte și activitățile infracționale sub-adiacente. În esență, directiva menționată stabilește competențe în sarcina unei noi instituții naționale de a centraliza și analiza date cu privire la tranzacțiile cu potențial risc de a spăla bani sau a finanța terorismul, iar instituția de supraveghere va oferi informațiile astfel colectate autorităților

Combaterea spălării banilor și a fenomenului finanțării terorismului, Ed. Rovimed Publishers, Bacău, 2012, pp. 155.

²¹ C.G. Gîrleanu, *Spălarea banilor și fenomenul finanțării terorismului*, Ed. Rovimed Publishers, Bacău, 2011, p. 8.

²² Directiva (UE) nr. 2015/849 definește prin art. 1 alin. (5) noțiunea de *finanțare a terorismului* ca fiind *furnizarea sau colectarea de fonduri prin orice mijloace, în mod direct sau indirect, cu intenția folosirii acestora, sau cunoscând faptul că urmează să fie folosite, în totalitate sau parțial, în vederea comiterii de acte teroriste.*

competente în vederea prevenirii, depistării și investigării faptelor presupuse a viza spălarea banilor sau finanțarea terorismului²³.

Avem în vedere faptul că Directiva (UE) nr. 2015/849 este o readaptare a Directivei nr. 2005/60/CE privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor și finanțării terorismului²⁴, transpusă prin OUG nr. 53/2008 de modificare a Legii nr. 656/2002, lege care constituie baza normativă națională în privința spălării banilor și instituire a măsurilor de prevenire și combatere a terorismului. În această ordine de idei, Directiva (UE) nr. 2015/849 și legea amintită au o bază comună, cu distincția că norma europeană aduce un plus de claritate și cooperare între statele membre²⁵. În acest punct al circuitului infracțional analizat, legiuitorul național și cel european oferă elementele pentru a fi oprit. Acestea constau, conform art. 3 din Legea nr. 656/2002, în sesizarea Oficiului Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor, de către un angajat al persoanei juridice suspectate de încercarea spălării banilor. Oficiul astfel sesizat va informa de îndată Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

Baza reglementărilor împotriva terorismului pe plan european a fost pusă prin Decizia-cadru nr. 2002/475/JAI. Cu toate acestea, evoluția practicilor teroriste au determinat necesitatea actualizării metodelor de contracarare. În acest sens, Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene au adoptat Directiva (UE) nr. 2017/541 privind combaterea terorismului. Punând în prim plan valorile pe care se bazează Uniunea, creșterea amenințării teroriste în statele membre, dar și Rezoluția nr. 2178/2014 a Consiliului de Securitate al ONU privitoare la necesitatea unor incriminări mai solide în privința luptătorilor teroriști străini, directiva stabilește o serie de infracțiuni grave privind acțiunile teroriste. Incriminările reglementate sunt în consonanță cu necesitatea consolidării raporturilor între statele membre și dintre acestea și organismele competente ale Uniunii, incluzând în mod special Europol,

²³ Printre cele mai uzitate manopere de spălare a banilor se numără: filiera „Pizza”, metoda Hawala, sistemul bancar, jocurile de noroc, casele de schimb valutar și în special societățile comerciale care au la bază operațiuni cu numerar.

²⁴ JO L 309 din 25 noiembrie 2005.

²⁵ Tot în vederea intensificării cooperării între statele membre, la nivelul Uniunii Europene statele au obligația de a institui o unitate de informații financiare (FIU) în scopul combaterii spălării banilor și finanțării grupurilor teroriste. Prin acestea se acordă accesul la informațiile financiare, administrative și judiciare necesare pentru luarea măsurilor în mod corespunzător. În acest sens, a se vedea și paragraful 46 din Raportul Parlamentului European referitor la ancheta privind spălarea de bani, evitarea sarcinilor fiscale și evaziunea fiscală, din 16 noiembrie 2017.

Eurojust²⁶ și, considerăm noi, Parchetul European. Această din urmă instituție la care am făcut trimitere nu este menționată în cuprinsul Directivei (UE) nr. 2017/541, în special pentru că a fost adoptată înaintea Regulamentului (UE) nr. 2017/1939 de implementare a Parchetului European, însă acest fapt considerăm că nu îi limitează competența, aspecte pe care le vom nuanța ulterior. Revenind la conținutul Directivei (UE) nr. 2017/541, am observat că aceasta stabilește un punct de confluență între actele de finanțare ale terorismului și variabilitatea destinației ulterioare. În concret, directiva stabilește necesitatea ca incriminarea faptelor de finanțare a actelor teroriste să *acopere nu numai finanțarea actelor de terorism, ci și finanțarea unui grup terorist²⁷, precum și alte infracțiuni legate de activități de terorism, cum ar fi recrutarea și instruirea sau deplasarea în scopuri teroriste, astfel încât să se neutralizeze structurile de sprijin care facilitează comiterea de infracțiuni de terorism*. De asemenea, se consideră ca fiind un act de finanțare a terorismului și cumpărarea sau schimbul de diverse obiecte de interes arheologic, artistic, istoric sau științific provenit în mod ilegal dintr-o zonă controlată de un grup terorist. Bunul respectiv va tranzita granițele Uniunii și implicit va cădea în mod direct sub jurisdicția acesteia.

Prin prevederea de la art. 11, Directiva (UE) nr. 2017/541 pune în sarcina statelor obligația de a incrimina finanțarea terorismului. Incriminarea se concretizează într-o infracțiune comisă cu intenție și care constă în *furnizarea sau colectarea de fonduri, prin orice mijloace, în mod direct sau indirect, cu intenția ca acestea să fie utilizate sau având cunoștință de faptul că acestea vor fi utilizate, în vederea comiterii unui act terorist*. Necesitatea utilizării fondurilor astfel procurate nu este o condiție de existență a infracțiunii. Având în vedere că obiectul prezentei lucrări îl face finanțarea terorismului prin banii proveniți din fraude fiscale, subliniem faptul că legiuitorul european a stabilit compatibilitatea

²⁶ Conform prevederilor Directivei (UE) nr. 2017/541, prin Eurojust ar urma să fie facilitată cooperarea și în vederea stabilirii statului care va efectua urmărirea penală, în situația în care infracțiunea a fost săvârșită pe teritoriul mai multor state. Pentru o prezentare detaliată a regulilor privind stabilirea competenței în cazul infracțiunilor prevăzute de Directiva (UE) nr. 2017/541 și Legea nr. 535/2004, a se vedea punctul 4.2 din R. Juri-Tudoran, *Compatibilitatea legislației din România cu prevederile Directivei (UE) 2017/541 a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2017 privind combaterea terorismului și de înlocuire a Deciziei-cadru 2002/475/JAI a Consiliului și de modificare a Deciziei 2005/671/JAI a Consiliului*, în Revista Pro Lege, [Online] la: <http://www.revistaprolege.ro/compatibilitate-legislatie-romania-directiva-ue-2017-541-combaterea-terorismului/>, accesat la 20.02.2018.

²⁷ Directiva (UE) nr. 2017/541 definește în cuprinsul art. 2 noțiunea de grup terorist ca fiind un grup organizat, structurat, cu o alcătuire durabilă din minim două persoane și care acționează în mod concentrat în vederea săvârșirii unor acte teroriste.

subiectului activ al infracțiunii de finanțare a terorismului și în persoana juridică, neexcluzând posibilitatea declanșării în paralel și a urmăririi penale pentru persoanele fizice care, având calitatea de autor, instigator sau complice, au acționat în vederea îndeplinirii infracțiunii. Directiva stabilește o serie de sancțiuni privitoare la persoana juridică, precum: a) *decăderea din dreptul de a primi beneficii publice sau ajutor public*; b) *interdicția temporară sau permanentă de a desfășura activități comerciale*; c) *punerea sub supraveghere judiciară*; d) *o hotărâre judecătorească de lichidare*; e) *închiderea temporară sau permanentă a unităților care au servit la săvârșirea infracțiunii*.

Legiuitorul național sancționează într-o manieră similară fapta privitoare la finanțarea terorismului, prin art. 36 din Legea nr. 535/2004. Distincțiile față de prevederile cuprinse în Directiva (UE) nr. 2017/541 constau în faptul că legiuitorul național nu condiționează existența faptei de intenția ca fondurile să fie utilizate, ci doar de cunoașterea utilizării acestora în vederea comiterii de acte teroriste. Considerăm astfel redundant surplusul de reglementare dat de norma europeană, întrucât punerea la dispoziție sau furnizarea de fonduri pentru o organizație teroristă având cunoștință de acest fapt implică automat și intenția ca acestea să fie utilizate, iar o eventuală lipsă de intenție se analizează pe latura subiectivă a infracțiunii²⁸. În plus, legiuitorul român incriminează și săvârșirea faptelor în vederea obținerii fondurilor cu care ar urma să fie realizată finanțarea, între infracțiunea de dobândire a fondurilor și cea de finanțare propriu-zisă urmând a se aplica regulile de la concursul de infracțiuni.

Având în vedere precizările privitoare la incriminarea faptelor de dobândire a fondurilor care vor face obiectul finanțării organizațiilor teroriste, legiuitorul a stabilit că sancțiunea va fi stabilită prin fapta prevăzută de lege pentru acea infracțiune, al cărei maxim se majorează cu 3 ani.

În esență, putem observa trei puncte de confluență al demersului infracțional: primul, reglementat prin art. 8 și art. 9 din Legea nr. 241/2005, care stabilește condițiile incriminării fraudei fiscale; fapta astfel comisă va cădea, prin al doilea punct de confluență, pe reglementarea dată de art. 36 alin. (2) din Legea nr. 535/2004 care stabilește, cum anterior precizam, un spor fix, obligatoriu de 3 ani la pedeapsa stabilită pentru infracțiunea comisă în vederea colectării fondurilor

²⁸ A se vedea și punctul 4.1 din R. Juri-Tudoran, *Compatibilitatea legislației din România cu prevederile Directivei (UE) 2017/541 a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2017 privind combaterea terorismului și de înlocuire a Deciziei-cadru 2002/475/JAI a Consiliului și de modificare a Deciziei 2005/671/JAI a Consiliului*, în Revista Pro Lege, [Online] la: <http://www.revistaprolege.ro/compatibilitate-legislatie-romania-directiva-ue-2017-541-combaterea-terorismului/>, accesat la 20.02.2018.

destinate finanțării activităților teroriste, deci la fraudă fiscală. Și în final, al treilea punct de confluență corespunde incriminării faptelor de finanțare propriu-zisă a activității teroriste, care este reglementată prin art. 36 alin. (1) din Legea nr. 535/2004, urmând ca pedeapsa corespunzătoare fraudei fiscale, la care se adaugă sporul obligatoriu de 3 ani, să fie reținută în concurs cu pedeapsa corespunzătoare faptei de a furniza fondurile astfel colectate. Situația prezentată a presupus excluderea din circuitul infracțional a faptei de spălare a banilor obținuți prin fraudă fiscală, această infracțiune urmând a fi poziționată în mod natural ulterior faptelor de eludare de la plata obligațiilor fiscale. Interesant de menționat este faptul că sporul de pedeapsă de 3 ani prevăzut de art. 36 alin. (2) din Legea nr. 535/2004 va fi aplicat tot pentru infracțiunea privitoare la fraudă fiscală. În final, considerăm că va fi incident un concurs real de infracțiuni între fraudă fiscală, la care se aplică sporul precizat anterior, spălarea banilor și finanțarea terorismului.

Corespunzător fiecărui punct de confluență analizat, legiuitorul stabilește organele competente în vederea investigării și, în final, a opririi traseului infracțional. În acest sens, vom face trimitere la două acte normative. În ordinea comiterii faptelor, în cazul fraudei fiscale, competența va fi partajată între Direcția Națională Anticorupție și procurorul european delegat din cadrul PE, care ar urma să aibă competențe în acest sens. În privința infracțiunii ce presupune spălarea banilor, art. 6 din Legea nr. 656/2002 stabilește competența materială de anchetă în sarcina Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție. Același parchet va rămâne competent, în virtutea dispozițiilor legale citate, și în situațiile privitoare la finanțarea terorismului. Sub acest din urmă aspect, Legea nr. 146/2008²⁹ a desemnat Serviciul Român de Informații ca autoritate informativ-operativă în privința schimbului internațional de informații privitoare la faptele de terorism³⁰. În cadrul Serviciului Român de Informații, competent este Centrul de Coordonare Operativă Antiteroristă, care asigură coordonarea tehnică a Sistemului Național de Prevenire și Combatere a Terorismului.

Observăm că spectrul legislativ este deosebit de cuprinzător, acoperind o dimensiune largă a prevenției, descoperirii și combaterii terorismului și a

²⁹ Legea nr. 146/2008 pentru aderarea României la Tratatul dintre Regatul Belgiei, Republica Federală Germania, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Marele Ducat de Luxemburg, Regatul Țărilor de Jos și Republica Austria privind aprofundarea cooperării transfrontaliere, în special în vederea combaterii terorismului, criminalității transfrontaliere și migrației ilegale, semnat la Prum la 27 mai 2005, publicată în M. Of. nr. 590 din 06 august 2008.

³⁰ A se vedea și A.C. Moise, *Particularități privind investigarea finanțării terorismului*, în Revista Universul Juridic, nr. 3/2017, pp. 79-81.

operațiunilor adiacente (în special finanțarea terorismului). Cu toate acestea, o legislație voluminoasă prezintă riscurile sale. Excesul de legiferare este de natură a îngreuna activitatea jurisdicțională, poate naște neconcordanțe ori lacune, poate prevedea un regim sancționator excesiv ori o sarcină prea oneroasă pentru subiecții cărora se adresează ori poate atinge niveluri paroxistice, precum situația inedită a Canadei, unde, în materia combaterii spălării banilor, excesul de legiferare conduce către aplicarea legislației specifice și situațiilor în care factorul terorist ori de crimă organizată nu se regăsește, precum în cazul fluctuațiilor/transferurilor ilegale de capital dintr-o țară în alta.³¹

În practică, fraudă fiscală și metodele concrete de finanțare a terorismului se prezintă în forme din cele mai variate³². De regulă, „cel mai comun instrument, folosit în special de organizația Al-Qaida, în vederea sprijinirii celulelor teroriste, este reprezentat de «sistemul informațional de circulație a banilor», așa-numitul sistem «Hawala». Hawala este o metodă tradițională de transfer folosită în sudul Asiei de câteva sute de ani, utilizat acum aproape în tot Orientul Mijlociu. Sistemul se bazează pe încredere și pe asigurarea anonimatului, deoarece toate operațiunile de transfer nu se realizează pe hârtie sau cu instrumente financiare. Utilizatorii unui astfel de sistem transmit banii în străinătate, peste granițe, fără a-i transfera în mod fizic, principala caracteristică a sistemului fiind compensarea, persoanele implicate fiind asigurate și convinse că în contul lor sau într-un anumit cont precizat de ei se vor depune bani sau bunuri de valoare, ce pot fi apoi returnați printr-o tranzacție reversibilă viitoare. Persoana care primește în final banii folosește o parolă pentru a demonstra că este cel îndreptățit să-i primească, astfel că nu există nicio înregistrare scrisă privind această operațiune financiară, iar detectarea persoanelor este aproape imposibilă»³³.

Astfel, până astăzi, Al-Qaida subzistă chiar după moartea principalului sponsor, Osama bin Laden, fiind finanțată în principal prin intermediul unor simpatizanți ori grupuri de simpatizanți operând în mediul online, fraude bancare, ajutoare sociale, fraudă fiscală, donații ori chiar fonduri de caritate, cu titlu exemplificativ menționând o organizație de tip caritabil din Kuweit (Revival of Islamic Heritage Society – RIHS), care a fost acuzată ca oferind sprijin material și

³¹ J. D'Souza, *Terrorist Financing, Money Laundering, and Tax Evasion*, CRC Press, 2011, pp. 41.

³² M. Normark, M. Ranstorp, *Understanding Terrorist Finance – Modus Operandi and National CTF Regimes*, Swedish Defence University Report from 18 december 2015, [Online] la http://www.fi.se/contentassets/1944bde9037c4fba89d1f48f9bba6dd7/understanding_terrorist_finance_160315.pdf, accesat la 25.02.2018.

³³ C. G. Gârleanu, *op cit*, pp. 163-164.

financiar către Al-Qaida; ca urmare, filialele acesteia au fost în mare parte închise în țările în care operau³⁴.

Deosebit de comună în materie de finanțare a terorismului este și fraudă *carusel*, anume „o combinație frauduloasă a tranzacțiilor din interiorul unui stat membru al Uniunii Europene (tranzacții care sunt purtătoare de TVA) cu operațiunile intracomunitare (la care nu se percepe TVA între părțile contractante)”³⁵. Cu titlu exemplificativ, un bărbat de origine pakistaneză este suspectat că ar fi fraudat 1 miliard de dolari în Italia, prin intermediul unei firme-fantomă înregistrate în Milano pentru a finanța grupări teroriste din Orientul Mijlociu, după ce serviciile de informații britanice și americane au descoperit probe în 2014 în vecinătatea locului unde Osama Bin Laden a fost ucis. Tehnica folosită a fost aceea a fraudei *carusel*, operând tranzacții cu certificate de CO₂. Interesant este faptul că o parte a fondurilor obținute a fost reinvestită către afaceri imobiliare în Dubai, aspect mai rar întâlnit în cazul organizațiilor teroriste, în acest caz aceasta părând a fi acționat pe termen lung prin afaceri specifice crimei organizate (reinvestirea fondurilor ilicite)³⁶. Deosebit de cunoscut este și cazul Samir Azizi, care, conform precizărilor lui Howard Lloyd, judecătorul american ce a semnat ordinul de extrădare a lui Azizi din SUA pentru a fi judecat în UE, construisese o rețea de societăți în vederea fraudării statului german (*frauda carusel*), prin neplata de TVA, iar sumele astfel obținute, conform procurorului care instrumenta cazul, purtau suspiciunea a fi folosite pentru finanțarea terorismului³⁷.

III. Parchetul European

III.1. Necesitate. Apariție

Reacția tradițională a comunității internaționale față de amenințarea teroristă în raport cu prevenirea, descoperirea și combaterea acestuia (operațiunile complementare și necesare de finanțare a terorismului și spălarea banilor, precum și actele propriu-zise de terorism) s-a materializat în decursul timpului prin

³⁴ C. P. Clarke, *Terrorism, Inc: The Financing of Terrorism, Insurgency, and Irregular Warfare*, ABC-CLIO/PRAEGER, 2015, pp. 136.

³⁵ O. I. Șanta, O. Șanta, *Criminalitatea organizată „Finanțator” al terorismului*, în *Revista de investigare a criminalității* nr. 1/2015., pp. 31.

³⁶ The Independent, *Briton used carbon trading to fund terror*, 24.9.2014, [Online] la <http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/briton-used-carbon-trading-to-fund-terror-9754108.html>, accesat la 25.02.2018.

³⁷ R. T. Ainsworth, *VAT Fraud and Terrorist Funding – The Azizi extradition allegation, Part II*, Boston University School of Law, Law & Economics Working Paper no. 15-29, September 24, 2015, [Online] la <http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/documents/updatedainsworthr09242015.pdf>, accesat la 24.02.2018.

încheierea convențiilor și stabilirea de standarde transnaționale, mobile ce au obligat statele (prin voința acestora) să-și asume respectarea normelor și principiilor din cuprinsul acestor documente în vederea sincronizării și adaptării practicii și legislației naționale în materie.

Organizația Națiunilor Unite acționează ca un vârf de lance în coordonarea politicilor globale de menținere a păcii; documentele emise îndeplinesc rolul de linii directoare generale ce facilitează cooperarea între state și sprijină consolidarea legislațiilor naționale. Astfel, *Convenția ONU împotriva traficului ilicit de droguri și substanțe psihotrope* (1988) reprezintă *fundamentul procesului de reglementare la nivel internațional a domeniului juridic orientat în direcția prevenirii și contracarării fenomenului spălării banilor*³⁸, completată de *angajamentul Națiunilor Unite de a acționa împotriva amenințărilor legate de spălarea banilor, fenomen aflat în directă legătură cu traficul de droguri, și de a încuraja cooperarea dintre statele membre în combaterea acestui fenomen*³⁹ prin *Declarația Politică și Planul de Acțiune împotriva spălării banilor*, semnată de Adunarea Generală ONU – Rezoluția A/RES/S-20/2 din 10 iunie 1998 și *Convenția de la Palermo împotriva crimei organizate transnaționale* din 15 decembrie 2000. Acestea li se adaugă o serie de alte Rezoluții ce se alătură aceluiași scop.

Complementar măsurilor ONU, la inițiativa statelor membre G7, în 1989 s-a înființat Grupul de Acțiune Financiară Internațională (GAFI), cu scopul de a stabili standarde și promova implementarea de măsuri legislative de nișă prin emiterea de Recomandări. GAFI acționează în scopul coagulării voinței politice necesare pentru îmbunătățirea legislației naționale în domeniul financiar, prezentând, astfel, un caracter activ mai pronunțat în realizarea obiectivelor. Alte structuri internaționale, precum Grupul Egmont al Unităților de Informații Financiare (structură informală ce se axează pe studiul și combaterea fenomenului spălării banilor), Comitetul de la Basel (prin enunțarea Principiilor esențiale pentru activitatea bancară), Asociația Internațională a Supraveghetorilor în Asigurări (1994), Secretariatul Commonwealth (1996) ori Organizația Internațională a Comisiilor de Valori Mobiliare (1983), urmează un tipic asemănător de operare, însă specificitatea măsurilor emise este de natură a dinamiza spectrul legislativ contra-terorist internațional, înzestrându-l cu o mai consistentă dimensiune concretă, efectivă de aplicare și implementare.

³⁸ C. Popa, *Managementul prevenirii spălării banilor și combaterii finanțării terorismului*, Editura Universitară, București, 2012, pp. 114.

³⁹ *Idem*, pp. 116.

Auspiciile timpului au surprins, astfel, evoluția normaticii contra-teroriste (*lato sensu*) internaționale, dinspre norme directoare generale transpuse în legislația fiecărui stat către norme specifice integrate, la rândul lor, individual, de către state, anticipând inevitabilul viitor al instituirii unor foruri transnaționale cu puterea de a aplica direct norme internaționale, debutând cu inițiativa Uniunii Europene de înființare a Biroului Procurorului European.

III.2. Competențe derivate ale Parchetului European, de la fraudă fiscală la terorism

Realizarea instituției Parchetului European (European Public Prosecutor's Office, denumit în continuare și EPPO) se fundamentează pe art. 86 din Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene (TFUE) și are în vedere din punct de vedere procedural întregirea competențelor în materia combaterii fraudei fiscale pe care Uniunea le-a dat OLAF (European Anti-Fraud Office), Europol și Eurojust. Întregirea competențelor la care facem referire vizează atribuția legală în desfășurarea anchetelor penal, EPPO devenind singura instituție a Uniunii cu astfel de sarcini.

Justificarea unei astfel de instituții este oferită atât prin dispozițiile TFUE, cât și a actelor normative ce reglementează competența materială și funcțională a EPPO și vizează în esență combaterea infracțiunilor care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii Europene și a infracțiunilor indisolubil legate de acestea.

Debutul fundamentării EPPO are loc la patru ani de la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona și se realizează printr-o propunere de regulament a Comisiei Europene⁴⁰, urmând ca aceasta să se concretizeze prin adoptarea Regulamentului (UE) nr. 2017/1939⁴¹.

Noțiunea de interese financiare ale Uniunii Europene la care făceam anterior trimitere este definită prin Regulamentul (UE) 2017/1939 ca fiind *toate veniturile, cheltuielile și bunurile acoperite de, dobândite prin sau datorate bugetului Uniunii și bugetelor instituțiilor, organelor, oficiilor și agențiilor înființate în temeiul tratatelor, precum și bugetelor gestionate și monitorizate de acestea*. O definiție similară este dată și de art. 2 alin. (1) pct. (a) din Directiva (UE) nr. 2017/1371⁴², act normativ care, conform art. 22 din Regulamentul (UE) nr. 2017/1939, reglementează competența materială a Parchetului European. Din prevederea enunțată concluzionăm că normele dispuse prin Directiva (UE) nr.

⁴⁰ COM (2013) 534 final, din 17 iulie 2013.

⁴¹ JO L 283 din 31 octombrie 2017.

⁴² JO L 283 din 31 octombrie 2017.

2017/1371 reglementează infracțiunile care vor urma să fie anchetate prin intermediul EPPO.

Atribuțiile EPPO sunt stabilite prin intermediul art. 4 din Regulamentul fundamentare. Acesta stabilește competența Parchetului European în procedurile de investigare, urmărire penală și trimitere în judecată a autorilor și complicilor, care prin acțiunile sau inacțiunile lor au adus atingere intereselor financiare ale Uniunii. În acest sens, norma la care facem referire face o trimitere directă la infracțiunile reglementate prin Directiva (UE) nr. 2017/1371. Noutatea pe care o aduce Directiva (UE) nr. 2017/1371 în spațiul juridic european este fraudă la taxa pe valoare adăugată (TVA), fapt care leagă competența materială a EPPO de circuitul infracțional reprezentat de fraudă fiscală – spălarea banilor – finanțarea terorismului.

Prin coroborarea dispozițiilor privitoare la competența materială a EPPO și dispozițiile Directivei (UE) nr. 2017/1371, care prin art. 3 reglementează fraudă fiscală care aduce atingere intereselor financiare ale Uniunii și a art. 4 privitoare la alte infracțiuni care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii, norma făcând expres referire la infracțiunea de spălare a banilor, se instituie astfel o competență a EPPO asupra a două puncte de confluență din traseul infracțional analizat. Cu alte cuvinte, Parchetul European va avea competență în privința instrumentării cauzelor privitoare la fraude fiscale și spălarea banilor, ca infracțiuni care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii Europene.

Competența prevăzută de art. 3 alin. (2) lit. a), b) și c) din Directiva (UE) nr. 2017/1371 face referire la fraudă la venituri și fraudă la cheltuieli legate de bugetul Uniunii. Incriminările nu au caracter de noutate, acestea fiind deja reglementate de către legiuitorul român prin prevederile art. 18¹ - art.18³ din Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție⁴³. Cu toate acestea, norma europeană își extinde aplicabilitatea prin incriminarea fraudei la TVA prin cuprinsul art. 3 alin. (2) lit. d) din Directiva (UE) nr. 2017/1371. Noua incriminare este o consecință atât a dificultăților întâmpinate de statele membre în privința combaterii fraudei la TVA, cât și a dorinței Uniunii de a-și proteja unul dintre pilonii principali ai bugetului propriu⁴⁴.

⁴³ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 219 din 18 mai 2000.

⁴⁴ Conform unui comunicat al Comisiei Europene din 04 octombrie 2017 „TVA reprezintă o sursă majoră și tot mai consistentă de venituri pentru UE, generând, în 2015, aproximativ o mie de miliarde euro, adică 7% din PIB-ul UE”, în condițiile în care „pierderile anuale de venituri din TVA depășesc 150 miliarde de euro” din care „aproximativ 50 de miliarde de euro - 100 de euro pentru fiecare cetățean european pe an

Competența de instrumentare a infracțiunilor care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii este limitată, EPPO nefiind abilitat în sfera infracțiunilor privitoare la impozitele naționale directe sau în legătură cu acestea ori dacă fapta constând în fraudă la TVA se desfășoară pe teritoriul unui singur stat membru ori pe teritoriul unui stat membru și a unuia sau mai multor state care nu sunt membre ale Uniunii, indiferent de prejudiciu, ori se comite pe teritoriul a două sau mai multe state membre și prejudiciul este mai mic de 10 milioane de euro. În aceste cazuri competența va fi a parchetelor naționale.

Putem observa așadar existența competenței Parchetului European asupra primelor două puncte de confluență din traseul infracțional: fraudă fiscală – spălarea banilor – finanțarea terorismului. În ceea ce privește primul punct de confluență, baza legală o constituie, pe de o parte, art. 18¹-18³ din Legea nr. 78/2000, iar pe de altă parte, prevederile viitoarei transpuneri a art. 3 alin. (2) lit. d) din Directiva (UE) nr. 2017/1371. Al doilea punct de confluență corespunde incriminării privitoare la spălarea banilor din Legea nr. 656/2002.

Din perspectiva faptei de finanțare a terorismului remarcăm lipsa unor dispoziții legale europene care să confere competența necesară EPPO de a instrumenta astfel de cazuri. Deși rezervat în această privință, legiuitorul european a evidențiat în mai multe situații pe de o parte necesitatea acționării la nivel supranational împotriva finanțării terorismului, iar pe de altă parte a lăsat deschisă calea către extinderea competenței Parchetului European în această direcție.

Necesitatea abordării infracționalității privitoare la finanțarea terorismului prin prisma afectării intereselor financiare ale Uniunii se desprinde din însăși comunicarea dintre instituțiile Uniunii Europene. În acest sens, prin Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliu și Comitetul Economic și Social European, din data de 04.10.2017, s-a reliefat încă din introducere că *50 de miliarde EUR (...) se datorează fraudei transfrontaliere în domeniul TVA, fraudă săvârșită în mare parte de organizații criminale, iar, potrivit rapoartelor recente, o parte din această sumă a fost folosită pentru finanțarea terorismului*⁴⁵. Nu fac abatere de la această direcție nici prevederile Regulamentului (UE) nr. 2017/1939, care prin paragraful 11 din expunerea de motive subliniază faptul că orice extindere a competențelor EPPO în vederea

- se pierd prin fraude la TVA-ul pentru tranzacții transfrontaliere”, [Online] la: http://www.europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3443_ro.htm, accesat la 22.02.2018.

⁴⁵ [Online] la <http://www.eur-lex.europa.eu/legalcontent/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0566&from=RO>, p.3, accesat la 23.02.2018. În același sens, O. Șanta, *op. Cit.*, pp. 188.

incluserii infracțiunilor grave cu dimensiune transfrontalieră va necesita o *decizie unanimă a Consiliului European*.

În consonanță cu necesitățile factice ale combaterii terorismului și complementar acestuia de a combate finanțarea organizațiilor teroriste, Comisia Europeană și-a exprimat intenția de extindere a competențelor EPPO și în această direcție. În acest sens, Comisia și-a asumat obiectivul de extindere a *atribuțiilor noului Parchet European pentru a include combaterea terorismului, înainte de summitul special al liderilor care va avea loc la Viena în septembrie 2018 și care va fi consacrat aspectelor legate de securitate*⁴⁶.

În legătură cu oportunitatea și fezabilitatea ideii de extindere a competențelor Parchetului European la nivelul infracțiunilor legate de terorism, în doctrină au fost exprimate anumite rezerve relativ la complexitatea procedurilor din faza de urmărire penală în cazul infracțiunilor transfrontaliere⁴⁷. Autorii citați fac referire la dificultățile pe care le-ar presupune mijloacele de administrare a probelor, în concret făcând trimitere la procedura audierii în contextul posibilității administrării probelor de către un procuror european aflat în alt stat decât cel în care își au domiciliul sau reședința martorii, victimele sau inculpații, precum și apărătorii acestora. Față de aceste precizări avem unele mențiuni, întrucât legiuitorul european a optat pentru o formă descentralizată a EPPO, în sensul în care fiecare stat membru al Uniunii Europene care implementează noua instituție a Parchetului European va avea cel puțin doi procurori europeni⁴⁸. În acest sens, art. 31 din Regulamentul (UE) nr. 2017/1939 stabilește faptul că procurorii europeni acționează în strânsă cooperare acordându-și asistență reciprocă și consultându-se periodic în cazurile transfrontaliere. De asemenea, în cazul în care se impune luarea unei măsuri, cum ar fi cele privitoare la audierea unui martor sau, conform art. 33 din același act normativ, arestarea preventivă sau predarea transfrontalieră, procurorul european care instrumentează cazul va atribui luarea măsurii unui procuror european din statul corespunzător. Practic, ne aflăm în situația aplicării comisiei rogatorii din dreptul național.

⁴⁶ Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, Programul de lucru al Comisiei pentru 2018, [Online] la: http://www.ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2018_ro.pdf, pp. 13, accesat la 23.02.2018.

⁴⁷ G.D. Matei, L. Dragne, *Parchetul european – Element de noutate și controversă în construcția europeană*, în revista Dreptul nr. 1/2014, pp. 199. Avem în vedere faptul că opinia exprimată este anterioară adoptării instituției Parchetului European.

⁴⁸ Conform art. 13 alin. (2) din Regulamentul (UE) nr. 2017/1939 „în fiecare stat membru există doi sau mai mulți procurori europeni delegați”.

**OCROTIREA PENALĂ A FAMILIEI–SCURT ISTORIC PRIVIND
REGLEMENTĂRILE ANTERIOARE**

**THE CRIMINAL PROTECTION OF FAMILY – A SHORT HISTORY
ABOUT THE PREVIOUS REGULATIONS**

ALEXANDRA-ELENA LUNGU¹

Rezumat: În decursul istoriei, oamenii au simțit dintotdeauna nevoia de apropiere, de comunicare și organizare. Pe lângă relațiile dintre ei în vederea creării unei bunăstări materiale, aceștia au legat și relații cum ar fi cele dintre bărbat și femeie, dintre părinți și copii, dintre rude apropiate, adică relații de familie. Astfel, în scopul protejării acestor relații, oamenii au simțit nevoia elaborării unor seturi de norme de ordine privată care, pe de o parte, să consolideze această instituție fundamentală, iar de pe altă parte, prin norme de ordine publică, să fie sancționate faptele care ar putea aduce atingere relațiilor privind conviețuirea socială dintre membrii săi. În acest mod se explică existența, încă din cele mai vechi timpuri, a unor norme aflate în legătură cu conceptul de ocrotire a familiei. Asemenea norme au existat în Codul lui Hammurapi (sec. XVIII î.Hr.), în Legile romane (Legea romană a celor XII table, din anul 451 î.Hr.), în Legile lui Licurg, Solon, Dracon (sec. VII-IX), în Cărțile sacre egiptene, în Legile lui Manu (sec. XI), precum și în Codurile chinezești (sec. XIII). Pentru a surprinde particularitățile fiecărei infracțiuni contra familiei, așa cum au fost ele reglementate, înțelese și aplicate în diferite perioade ale timpului, vom prezenta în mod individual schimbările și evoluția acestora, printr-o incursiune în Legile romane, Pravilele din perioada domnitorilor Despot Vodă, Vasile Lupu, Matei Basarab, în „Condica criminală” a lui Ion Sandu Sturza, în Codul penal al lui Barbu Știrbei, continuând cu Codul penal român de la 1864, Codul penal din 1937 precum și Codul penal din 1969. Analizând evoluția infracțiunii de bigamie, observăm că încă din perioada romană, femeia avea dreptul de a cere divorțul în situația în care soțul acesteia devenea bigam. Mai târziu, în timpul lui Justinian, legile romane au prevăzut pedeapsa cu moartea pentru soțul care contracta o nouă căsătorie. Dispozițiile penale menite să ocrotească viața de familie au existat și în trecutul legislației noastre. Astfel, în timpul domnitorului Despot Vodă, cei învinuiți de bigamie erau pedepsiți cu moartea. Aceeași pedeapsă o suportau persoanele ce se

¹ Student al Facultății de Drept, UAIC, anul I Master Științe penale (2017-2019), email: lungu.alexandra.e@gmail.com. Articol extras și prelucrat din lucrarea de licență intitulată „Particularități ale infracțiunilor contra familiei”, email: lungu.alexandra.e@gmail.com

faceau vinovate de săvârșirea infracțiunii și în timpul domnitorilor Vasile Lupu sau Matei Basarab. Ulterior, dispoziții referitoare la infracțiunea de bigamie se găsesc în Codurile penale din anii 1864, 1937, 1969, respectiv în actualul cod penal, de-a lungul timpului păstrându-se aceeași denumire marginală – bigamia – însă cu modificări în conținutul infracțiunii și cu privire la regimul sancționator al acesteia. Incestul a fost prevăzut și sancționat începând cu sec. XVIII î.Hr., referiri cu privire la incest regăsindu-se și în Biblie. Inițial, în trecutul dreptului roman, incestul nu era incriminat. În dreptul bizantin însă, incestul era pedepsit în mod diferit în funcție de relațiile de rudenie ce existau între cei care săvârșeau această infracțiune. În vechiul nostru drept, incestul a fost prevăzut și pedepsit pentru prima dată în Pravila lui Vasile Lupu din 1646. Înaintând spre timpuri mai recente, sub imperiul Codului penal de la 1864, incestul nu era pedepsit pe baza principiului „*nulla poena sine lege*”, noțiunea de incest existând doar în cadrul dreptului civil ca o împiedicare la căsătorie. În istoria legislativă a României moderne, infracțiunea de incest apare reglementată pentru prima dată în Codul penal din 1937, în Titlul al XII-lea, Capitulul I, art. 447. În Codul penal din anul 1969, legiuitorul a operat o modificare în privința încadrării incestului, acesta fiind inclus în cadrul infracțiunilor privitoare la viața sexuală, în art. 203. În Codul penal în vigoare, legiuitorul a revenit asupra introducerii acestuia în cadrul infracțiunilor contra familiei, în art. 377. Noțiunea de „abandon” există încă din timpuri îndepărtate sub forma *abandonării copilului*. În această modalitate, abandonul apare reglementat pentru prima dată în Codul penal de la 1864, în trei articole distincte, art. 277, 278 și 279. Problema abandonului de familie a îmbrăcat următoarele aspecte: unul de natură civilă, un altul de natură represivă și, în fine, ultimul de reglementare internațională, infracțiunea regăsindu-se și în Codurile penale din 1937, 1969, precum și în actualul Cod penal, suferind însă modificări în ceea ce privește variantele de comitere și regimul sancționator. Cu o istorie mai recentă, legiuitorul a prevăzut pentru prima dată infracțiunea de nerespectare a măsurilor privind minorul în Codul penal de la 1937, prin art. 459, operând o modificare în conținutul constitutiv al infracțiunii, în Codul penal de la 1968. Codul penal în vigoare a preluat, fără modificări, dispozițiile art. 307 alin. (1), (2) și (3) din Codul penal anterior. Apariția primelor norme juridice române ce reglementau dreptul la educație a avut loc acum aproximativ 150 de ani, în Transilvania. Deoarece nici în Legea învățământului din 1868, nici ulterior acesteia, nu au fost prevăzute sancțiuni de natură penală care să pedepsească persoanele însărcinate cu creșterea și educarea minorilor care nu le permit acestora să frecventeze cursurile unei instituții de învățământ, legiuitorul român a înțeles să introducă o astfel de prevedere în legislația noastră, sub titlul de împiedicarea accesului la învățământul general obligatoriu, aceasta regăsindu-se în Codul penal, în cadrul infracțiunilor contra familiei, în art. 380. Fără a avea corespondent în legislația din trecut, infracțiunea este introdusă în Codul penal român de o perioadă

relativ scurtă de timp, și anume din anul 2014, de la intrarea în vigoare a actualei legislații penale. Ca un element comun acestor incriminări, putem observa faptul că de-a lungul timpului statul a manifestat o preocupare constantă în a preveni și a combate acele manifestări izolate care fie au reprezentat, fie constituie abateri nefirești de la regulile conviețuirii sociale, denumirile marginale, conținutul infracțiunilor și limitele de pedeapsă modificându-se în funcție de perioada istorică și contextul social pe care le tranzitam.

Cuvinte-cheie: infracțiuni contra familiei

Abstract: In the past, people always felt the desire for relationship, communication and organization. In addition to their relationships for creation a material welfare, they also created relationships such as between man and woman, parents and children, between close relatives, which means family relationships. Thus, in order to protect these relationships, people felt the desire to develop a set of private laws, that on the one hand, to strengthen this fundamental institution and, on the other hand, by means of public laws, to punish those facts that could affect the relations of social cohabitation between its members. This explains the existence of rules related to the concept of family protection, since ancient times. Such rules existed in the Code of Hammurapi (18th century B.C.), in Roman Laws (451 B.C), in the Laws of Licurg, Solon, Dracon (19th century), in the Egyptian sacred books, in the Manu's Laws (XI century), as well as the Chinese Codes (XII century). In order to detect the characteristics of each infraction against the family, as they were legislated, understood and implemented in different time periods, we will present separately the changes and their evolutions, and we will refer to Roman Laws, in Rules of the rulers of Despot Vodă, Vasile Lupu and Matei Basarab, in "Condica Criminală" of Ioan Sandu Sturza, in the Criminal Code of Barbu Știrbei, and in the Romanian Criminal Codes of 1864, 1937 and 1969. Analyzing the evolution of the crime of bigamy, we note that in the Roman period, the woman was entitled to divorce if her husband became a bigamist. Later, during Justinian's time, the Roman laws provided capital punishment for the husband who had made a new marriage. Rules of criminal law who protected the family life also existed in our past legislation. Thus, during Despot Vodă Ruler, the people who were accused of bigamy were punished with death. The same punishment was endured by the persons who were guilty of committing crimes in the periods of Rulers Vasile Lupu and Matei Basarab. Subsequently, legal rules relating to the crime of bigamy are found in the Criminal Codes of 1864, 1937, 1969, respectively in the current Criminal Code. Over time, the same marginal name was maintained – bigamy – but with changes in the content of the crime and in its sanctioning regime. Incest has been regulated and sanctioned since 18th century B.C., in addition, we can find references to incest also in the Bible. Firstly, in the past of Romanian law, incest was not incriminated. However, in

byzantine law, the incest was punished differently, according to the blood relations that existed between those who committed this crime. In our old law, the incest has been regulated and sanctioned for the first time, in the Rule of Vasile Lupu, in 1661. Turning to recent times, under the Criminal Code of 1864, the incest was not punished, on the principle “*nulla poena sine lege*”, the concept of incest only existing in civil law as a hindrance to marriage. In the modern legislative history of Romania, the crime of incest appears regulated for the first time in the Criminal Code of 1937, in Title XII, Chapter I, article 447. In the Criminal Code of 1969, the legislator made a change, and he relocated the incest in the chapter regarding crimes against sexual life, in article 203. In the current Criminal Code, the legislator returned to his initial idea, and he introduced this crime in the Chapter named Crimes against family, in article 377. The notion of “abandonment” exists for a long time now, in the form of *child abandonment*. In this way, the abandonment appears regulated for the first time in the Criminal Code from 1864, in three distinct articles, art. 277, 278, 279. The problem of family abandonment has embraced the following aspects: one of a civil nature, one of repressive nature, and finally, the last one, a problem of international regulation. This crime is also found in the Criminal Codes of 1937, 1969 as well as in the current Criminal Code, with some changes regarding the variants and the sanctioning regime. With a more recent history, the legislator provided for the first time the crime of non-compliance with the measures concerning the minor, in the Criminal Code of 1937, in the article 459. After this, a change has been made in the constitutive content of the offence, in the Criminal Code of 1968. The current criminal code transferred, without modification, the provisions relating to the article 307, paragraphs (1), (2) and (3) of the previous Criminal Code. The first Romanian legal norms which regulated the right of education appeared approximately 150 years ago, in Transylvania. However, because we did not have any laws to provide sanctions for parents who did not send their children at school, the Romanian legislator introduced a provision in our legislation, under the title of obstruction of access to general compulsory education. Therefore, starting with 2014, the Romanian Criminal Code contains in article 380 the crime of obstruction of access to general compulsory education. As a common element of these crimes, we can see that over time, the state has shown a constant concern in preventing and combating the isolated manifestations that consisted in unnatural deviations from the rules of social cohabitation. The marginal names, the content of crimes and the limits of punishment was modified, according with the historical period and the social context that we were living.

Keywords: crimes against family

1. Introducere

În decursul istoriei, pentru a putea face față necesităților impuse de viață, oamenii au simțit dintotdeauna nevoia de apropiere, de comunicare și organizare. Pe lângă relațiile dintre ei în vederea creării unei bunăstări materiale, aceștia au legat și relații cum ar fi cele dintre bărbat și femeie, dintre părinți și copii, dintre rude apropiate, adică relații de familie. Încă din cele mai vechi timpuri s-a considerat, pe drept cuvânt, că familia reprezintă nucleul de bază al societății, constituind instituția fundamentală pentru conviețuirea umană. Astfel, pentru a fi protejată, oamenii au simțit nevoia elaborării unor seturi de norme de ordine privată care, pe de o parte, să consolideze această instituție fundamentală, iar de pe altă parte, prin norme de ordine publică, să fie sancționate faptele care ar putea aduce atingere relațiilor privind conviețuirea socială dintre membrii săi.

În acest fel se explică existența, încă din cele mai vechi timpuri, a unor norme aflate în legătură cu conceptul de ocrotire a familiei. Asemenea norme au existat în Codul lui Hammurapi (sec. XVIII î.Hr.), în Legile romane (Legea romană a celor XII table, din anul 451 î.Hr.), în Legile lui Licurg, Solon, Dracon (sec. VII-IX), în Cărțile sacre egiptene, în Legile lui Manu (sec. XI), precum și în Codurile chinezești (sec. XIII)².

În codul lui Hammurapi, spre exemplu, sancțiunea pentru unele fapte care aduceau atingere familiei erau pedepsite în cel mai aspru mod cu putință, fiind aplicată pedeapsa capitală. Astfel, toți cei care nesocoteau regulile eticii familiare, sfârșeau prin înecare, spânzurare sau ardere. Printre faptele pedepsite astfel, în doctrină³ se prevăd: adulterul femeii (art. 129) sau simpla ei imoralitate dacă aducea știrbire demnității soțului (art. 143), incestul (art. 154, 155, 157, 158), asasinarea bărbatului de către femeie, în scopul încheierii unei noi căsătorii (art. 153), părăsirea căminului conjugal de către soția al cărei soț a fost făcut prizonier, deși avea cele necesare traiului (art. 133). De remarcat este și faptul că, în secolul XVIII î.Hr., violul fetelor (art. 130) era privit tot ca o faptă ce aducea atingere relațiilor privind conviețuirea socială din cadrul familiei.

În continuare, pentru a surprinde particularitățile fiecărei infracțiuni contra familiei, așa cum au fost ele reglementate, înțelese și

² E. Cernea, E. Molcuș, *Istoria statului și dreptului românesc*, Editura Șansa, București, 1992, p. 131.

³ V. Hanga, *Mari legiuitori ai lumii: Hammurapi, Iustinian, Napoleon*, Editura Lumina Lex, București, 1994, p. 79.

aplicate în diferite perioade ale timpului, vom prezenta în mod individual schimbările și evoluția acestora, printr-o incursiune în Legile romane, Pravilele din perioada domnitorilor Despot Vodă, Vasile Lupu, Matei Basarab, în „Condica criminală” a lui Ion Sandu Sturza, în Codul penal al lui Barbu Știrbei, continuând cu Codul penal român de la 1864, Codul penal din 1937, precum și Codul penal din 1969.

2. Scurt istoric privind săvârșirea și sancționarea infracțiunii de bigamie

Din cele mai vechi timpuri, majoritatea popoarelor au reprimat bigamia, deoarece consecința directă a acestor fapte consta în dezordinea familială care conducea spre dezbinarea colectivităților.

Analizând evoluția acestei infracțiuni, observăm că încă din perioada romană, femeia avea dreptul de a cere divorțul în situația în care soțul acesteia devenea bigam. Mai târziu, în timpul lui Justinian, legile romane au prevăzut pedeapsa cu moartea pentru soțul care contracta o nouă căsătorie. În cazul bigamiei din partea femeii, la început legea romană prevedea plata unei sume de bani ca despăgubire ce se acorda bărbatului înșelat, ca mai târziu să se prevadă pedepse aspre pentru femeia bigamă, mergându-se până la vinderea ei ca sclavă, complicele putând fi omorât de către soțul înșelat⁴.

În dreptul bizantin, bărbatul care se căsătorea cu două femei era bătut, iar femeia și copiii din a doua căsătorie erau alungați din casă.

Dispozițiile penale menite să ocrotească viața de familie au existat și în trecutul legislației noastre. Astfel, în timpul domnitorului Despot Vodă, cei învinuiți de bigamie erau pedepsiți cu moartea. În unele cazuri, se admitea, prin excepție, ca vinovatul să plătească o sumă de bani pentru ca pedeapsa cu moartea să fie înlăturată⁵.

În Pravila lui Vasile Lupu⁶ din anul 1646 se prevedea că cei ce săvârșeau infracțiunea de bigamie erau supuși aceleași pedepse, ca cea din în

⁴ I. Ifrim, *Ocrotirea penală a relațiilor de familie*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 38, apud D. Tițian, *O scurtă prezentare a evoluției istorice a familiei de la origini la epoca modernă*, Ministerul Public, în Doctrină și jurisprudență nr. 1/2005, p. 222.

⁵ „Despot Vodă aduse din Polonia pe un preot de ritul Socian, Ioan Lusinschi, și-l ridică la rangul de episcop. Acest episcop era foarte aspru, căci odată a decapitat 6 bărbați, care s-au dovedit a fi bigami”, I. Lupu, *Vina și Procesul ei la Români*, Institutul de Arte Grafice „Brawo”, Iași, 1934, p. 116.

⁶ „Nice un vlădică sau patriah nu poate nice într-un chip să slobozească pre vre un bărbat să ea două mueri, sau muerea sa ea doui bărbați”, Pravila lui Vasile Lupu, 1646, Z, p. 33.

timpul domnitorului Despot Vodă, cu mențiunea că înainte de aceasta, făptuitorul trebuia să fie purtat pe ulițele târgului, în pielea goală, călare pe un măgar, și să fie bătut cu furcile de tors, iar mai apoi băgat la ocnă. Același tratament sancționator se aplica atât femeilor, cât și bărbaților, ambii fiind considerați eretici, iar bunurile le erau confiscate.

Îndreptarea legii a lui Matei Basarab din anul 1652 cuprinde în titlul dedicat infracțiunii de bigamie⁷ (Glava 237, Zac. 1-15) aceleași prevederi ca cele regăsite în Pravila lui Vasile Lupu, având totuși o mai mare claritate de stil și aplecare asupra detaliilor.

Ulterior acestor prevederi, nu mai există nicio altă dispoziție referitoare la bigamie până la elaborarea Codului penal de la 1864, acolo unde bigamia, prevăzută în art. 271, era calificată drept crimă. Acest articol a fost modificat zece ani mai târziu, prin legea din 17 februarie 1874 care a calificat bigamia ca fiind un delict⁸. Criticabilă este opțiunea legiuitorului de la acea vreme care a inclus infracțiunea de bigamie în rândul celor denumite „Atentate contra bunelor moravuri”, întrucât această infracțiunea viza în principal relațiile de familie și nu cele privitoare la viața sexuală. Astfel, art. 271 prevedea faptul că persoana care, fiind căsătorită, se căsătorește din nou (încheind o căsătorie valabilă), mai înainte desfacerii primei căsătorii, era sancționată cu maximul închisorii. De asemenea, era pedepsit și acela care nefiind căsătorit încheia o căsătorie cu o persoană pe care o știa căsătorită, aceeași pedeapsă aplicându-se și preotului sau ofițerului de stare civilă care oficiau o astfel de căsătorie.

În Codul penal Regele Carol al II-lea, bigamia este prevăzută în art. 443 și 444, preluând în mare măsură dispozițiile codului penal anterior. Ca un element de noutate, în reglementarea de la 1937, legiuitorul a prevăzut expres, pentru prima dată, cerința valabilității căsătoriei subsecvente. În aceeași notă, art. 444 introducea prevederea că ofițerul de stare civilă și preotul erau sancționați dacă „aveau cunoștință de căsătoria anterioară pe

⁷ „Cela ce a lua două mueri și se va cununa cu amândouă, ce se dice cu una într-un loc, cu alta întralt loc, și vor fi vie amândouă, acesta lucru după Pravilele celor împărați bătrâni vechi de demult, unora ca acelora li s-au fost făcând morte, iară în vecul de acum, se certa după voia judecătoriaului, ce se zice sau să-l bage în ocnă, sau îl vor purta pre în târg cu pialea golă pre toate ulițele, și să i se ia tote bucatele să fie Domnești, pentru că nu i se mai cuvine să aibă bucate, de vreme ce ș-au pierdut cinstea și iaste de ocară și de totă rușinea”, Îndreptarea Legiei lui Matei Basarab, Glava 237, Zac. 1, p. 226-227.

⁸ G. Gr. Burdea, *Delicte contra familiei*, Tipografia Lucrătorii Asociației, Iași, 1937, p. 24.

cale oficială”, comparativ cu vechiul art. 271 care stipula pedepsirea acestora „chiar atunci când cunoșteau aceasta din sursă particulară”⁹.

Un alt element de diferențiere a infracțiunii de bigamie, între cele două perioade – 1864 și 1937 – constă în modificarea regimului sancționator. Astfel, observăm că în Codul penal Regele Carol al II-lea limitele de pedeapsă au fost coborâte de la maximul închisorii (cu cât se pedepsea atât autorul cât și complicele în Codul penal de la 1864) la închisoarea de la unu la trei ani (păstrându-se prevederea conform căreia aceste limite se aplică atât în privința autorului, cât și în cazul complicei). Aceeași linie a păstrat-o legiuitorul și în privința ofițerului de stare civilă și preotului care, știind că o persoană este căsătorită, oficiază o nouă căsătorie a aceleiași persoane. Astfel, în cazul celui dintâi, limitele pedepsei au fost coborâte între unu și 5 ani, alternativ cu amenda de la 2000 la 5000 lei, iar preotul putea fi pedepsit cu închisoarea corecțională de la 6 luni la un an.

Apropiindu-ne de realitatea zilelor noastre, identificăm infracțiunea de bigamie în reglementarea Codului penal din 1969, în art. 303. Într-o analiză comparativă observăm că infracțiunea își păstrează aceeași denumire marginală din Codul penal de la 1864, până în actualul cod penal. Această variantă a codului penal păstrează în alin. (3) prevederea Codului penal de la 1937 privind cauza de nepedepsire, pentru situația în care prima sau cea de-a doua căsătorie erau declarate nule pentru un alt motiv decât bigamia, în actualul cod penal această prevedere fiind înlăturată. Legiuitorul a optat pentru această măsură luând probabil în considerare faptul că prevederile cuprinse în art. 303, alin. (3) din Codul penal din 1969 și în art. 443 din Codul penal din 1937, nu erau veritabile cauze de nepedepsire, ci mai degrabă era vorba despre lipsa unui element constitutiv al infracțiunii.

De asemenea, legiuitorul a operat modificări în Codul penal din 1968 în privința limitelor de pedeapsă. Acesta a considerat că infracțiunea de bigamie prezintă un pericol social sporit față de cum a fost ea înțeleasă și legiferată în Codul penal din 1937, măbind limitele de pedeapsă în cazul variantei tip, de la unu la 5 ani. Nu aceeași rațiune a fost aplicată în cazul variantei alternative prevăzute în alin. (2) al art. 303, legiuitorul micșorând limitele pedepsei închisorii pentru persoana necăsătorită care se căsătorește cu o persoană pe care o știa căsătorită, de la minim 6 luni la maxim 3 ani.

⁹*Ibidem*, p. 27.

Actualul cod penal, intrat în vigoare la 1 februarie 2014, prevede cele mai blânde limite de pedeapsă din îndelungata istorie a infracțiunii de bigamie, legiuitorul luând în considerare, probabil, contextul social și modificările de percepție care au survenit în conștiința oamenilor cu privire la înțelegerea noțiunilor de familie și căsătorie.

3. Scurt istoric privind săvârșirea și sancționarea infracțiunii de incest

Incestul a reprezentat și încă continuă să reprezinte un tabu în majoritatea culturilor, având implicații neplăcute din punct de vedere biologic, genetic, social și religios. Din aceste considerente, el a fost prevăzut și sancționat începând cu sec. XVIII î.Hr.¹⁰, referiri cu privire la incest regăsindu-se și în Biblie¹¹.

Inițial, în trecutul dreptului roman, incestul nu era incriminat, deși existau prevederi conform cărora căsătoria era prohibită între rude până la al șaselea grad. Legea Iulia de Adulteriis a introdus pentru prima dată o pedeapsă penală pentru incest. Încălcarea prevederilor privind împiedicarea căsătoriilor cu rudele până la gradul al șaselea producea efecte diferite, după cum rudenția era directă sau colaterală. Astfel, în timp ce raportul sexual întreținut cu rude în linie directă aducea pentru femeie confiscarea dotei, iar pentru bărbat exilarea pe o insulă pustie, raportul sexual întreținut cu rude în linie colaterală nu aducea de obicei nicio pedeapsă, cu condiția ca mariajul să nu fi fost clandestin¹².

În dreptul bizantin însă, incestul era pedepsit¹³ în mod diferit în funcție de relațiile de rudenie ce existau între cei care săvârșeau această infracțiune. Astfel, pedeapsa cu moartea era aplicată dacă existau relații incestuoase între părinți și copii sau între frați și surori, cu o pedeapsă mai

¹⁰ Primele prevederi cu privire la incest se găsesc în *Codul lui Hammurapi*, care prevedea: art. 154 „Dacă un bărbat a avut relațiuni cu fiica sa, se va alunga”.

art. 155 „Dacă un bărbat a ales logodnica fiului său și dacă este surprins culcându-se cu dânsa, se vor lega și se vor arunca în apă”.

art. 155 „Dacă un fiu vine la sânul mamei sale, se vor arde amândoi”.

¹¹ Moise, în *Levitic*, interzice incestul, în capitolul 18, punctele 6-17.

¹² G. Gr. Burdea, *op.cit.*, p. 129, *apud* E. Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, Paris, 1917.

¹³ „Aceia care amestecă sângele lor, fie părinți cu copii, fie copiii cu părinții, fie frații cu surorile, vor fi pedepsiți cu sabia”.

„Acei care vor fi în alt grad de rudenie și amestecă sângele lor, de pildă tatăl cu femeia fiului său adică cu nora sa, sau bărbatul cu fiica soției sale, sau fratele cu sora sa vitregă, sau unchiul cu nepoata, sau nepotul cu mătușa, li se vor tăia nasul. La fel aceluia care știind se amestecă cu două surori”.

ușoară – tăierea nasului – fiind sancționați dacă săvârșesc infracțiunea de incest tatăl cu nora, fratele sau soțul cu sora vitregă, respectiv cu fiica soției sale, ori unchiul cu nepoata sau nepotul cu mătușa.

În vechiul nostru drept, incestul a fost prevăzut și pedepsit¹⁴ pentru prima dată în Pravila lui Vasile Lupu din 1646, în subtitlul intitulat „Pentru sânge amestecat”. Aceste fapte erau pedepsite cu moartea dacă aveau loc între rude în linie directă până la gradul al doilea, iar dacă se săvârșeau între rude în linie colaterală, pedeapsa era lăsată „la voia giudeșului”¹⁵.

Ca și în cazul infracțiunii de bigamie, Îndreptarea Legii lui Matei Basarab din anul 1652 cuprindea transpunerea dispozițiilor din Pravila lui Vasile Lupu, fără nicio modificare asupra conținutului acesteia, însă cu o mai mare aplecare asupra detaliilor de țin de limbaj și claritatea stilului. În Îndreptarea Legii, dispozițiile privind infracțiunea de incest pot fi regăsite în glava 211 zac 1-16.

De observat este faptul că în vechea legislație română rudenția era privită mult în detaliu, depășind limitele rudeniei în linie directă și colaterală și mergând până la rudenția din botez. Astfel, în Condica lui Andronache Donici din anul 1814, în capitolul XLI, paragraful 14, se prevedea faptul că cei care erau înrudiți prin botez și comiteau delictul de incest, erau pedepsiți prin tăierea nasului, această sancțiune fiind inspirată, probabil, din dreptul bizantin.

Înaintând spre timpuri mai recente, trebuie să specificăm faptul că primul cod penal român, cel din anul 1864, nu conținea nicio dispoziție privitoare la incest. Aceasta a fost o omisiune voită, omisiune ce își trage originea din sursa de inspirație a legiuitorului român, și anume codul penal francez, cod care de asemenea nu conținea nicio reglementare cu privire la infracțiunea de incest. Așadar, sub imperiul Codului penal de la 1864, incestul nu era pedepsit pe baza principiului „*nulla poena sine lege*”,

¹⁴ „Sânge amestecat iaste un păcat și o greșală mai rea și mai cumplită decât precurvia, și se chiamă sânge amestecat când se va împreuna neștine cu o muiere ca aceia cu care nu se vor putea împreuna cu nuntă după pravila bisericii”.

„Amestecarea sângelui se face în doo chipuri: cu nuntă și fără nuntă”.

„Certarea sângelui amestecat, ce se face fără nuntă iaste ca și preacurvia, și de se va face între obraze ce vor sui ori vor pogori până în a doua stepenă se vor omori, iar pentru obrazele ce stau deoparte pedeapsa se lasă la voia giudeșului”.

„Denafară de aceste cercetări ce să ceartă mestecătorul de sânge, încă aforisește și beserica”.

¹⁵ G. Gr. Burdea, *op.cit.*, p. 130.

noțiunea de incest existând doar în cadrul dreptului civil ca o împiedicare la căsătorie.

În istoria legislativă a României moderne, infracțiunea de incest apare reglementată pentru prima dată în Codul penal Regele Carol al II-lea, în Titlul al XII-lea, Capitolul I, art. 447. Ca un element de unicitate a conținutului textului de incriminare, observăm că pentru prima și singura dată în evoluția acestei incriminări, legiuitorul a extins sfera acțiunilor care alcătuiesc elementul material al infracțiunii, astfel că pe lângă raportul sexual între rudele în linie directă, frate și soră, se sancționau și actele de inversiune sexuală. Tot un element specific incriminării incestului în Codul penal de la 1937 îl reprezenta necesitatea formulării unei plângeri prealabile de către ascendenții autorului sau victimei infracțiunii ori de către colateralii de gradul I ai acestora, pentru a putea fi astfel pusă în mișcare acțiunea penală. De asemenea, atunci când subiecții activi ai infracțiunii erau calificați, având calitatea de părinte (tatăl sau mama subiectului pasiv), aceștia erau decăzuți din drepturile părintești. Considerăm că această sancțiune nu putea interveni decât în cazul părinților care întrețineau un raport sexual sau un act de inversiune sexuală cu unul dintre copiii lor minori, minoritatea constituind astfel o cerință esențială pentru reținerea faptei în această variantă de comitere și, implicit, pentru aplicarea pedepsei complementare a decăderii din puterea părintească.

Din punct de vedere al pedepselor aplicate, Codul penal de la 1937, comparativ cu sancțiunile prevăzute în codurile penale ulterioare, prevedea cea mai ușoară pedeapsă pentru cei ce săvârșeau infracțiunea de incest, autorii acesteia fiind pedepsiți cu închisoarea corecțională de la unu la 3 ani.

În Codul penal din anul 1969, legiuitorul a operat o modificare în privința încadrării incestului într-un anumit grup de infracțiuni, acesta fiind mutat din cadrul infracțiunilor contra familiei (așa cum era prevăzut în Codul penal Carol al II-lea), în cadrul infracțiunilor privitoare la viața sexuală, în art. 203. Textul de incriminare a suportat și el o serie importantă de modificări, îndepărtându-se acțiunea alternativă din conținutul elementului material, și anume „actele de inversiune sexuală”. Așadar, în Codul penal de la 1969, incestul era reprezentat de raportul sexual între rude în linie directă, sau între frați și surori. A fost eliminată, de asemenea, pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor părintești, precum și necesitatea formulării plângerii prealabile pentru începerea urmăririi penale, de către

ascendenții sau colaterali de gradul I ai victimei, fie de către cei ai autorului faptei.

În Codul penal în vigoare, comparativ cu cel de la 1969, legiuitorul a revenit asupra introducerii infracțiunii de incest în cadrul infracțiunilor contra familiei, la fel ca în Codul penal Regele Carol al II-lea.

În actuala reglementare, legiuitorul a înțeles să introducă cerința ca raportul sexual dintre rudele în linie directă sau dintre frați și surori să fie consimțit. Astfel, s-a avut în vedere distincția între incestul „agresiv” care în codul penal în vigoare, comparativ cu codurile penale anterioare, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de viol [art. 218 alin. (3) lit. b)] sau ale infracțiunii de act sexual cu un minor [art. 220 alin. (4) lit. a)], și incestul „consimțit”, prevăzut în art. 377 C. pen.¹⁶. Așadar, spre deosebire de Codul penal de la 1937, cât și față de cel din 1969, în actualul cod penal, în situația în care raportul sexual este săvârșit asupra rudelor în linie directă, fratelui sau sorei, prin constrângere, punere în imposibilitate de a se apăra ori de a-și exprima voința sau profitând de această stare, vor fi întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de viol [art. 218 alin. (3) lit. a)] și nu cele referitoare la incest, așa cum era prevăzut în vechile coduri penale. Așa cum se motivează în Expunerea de motive a Noului Cod Penal, unele din agravantele violului au fost reformulate pentru a unifica opiniile contrare cu privire la acest aspect și pentru a sublinia faptul că acesta va absorbi infracțiunea de incest¹⁷.

Din punct de vedere al pedepsei principale a închisorii, în raport cu art. 203 din Codul penal anterior, actualul cod penal a redus atât minimul special de la 2 ani la 1 an, cât și maximul special de la 7 ani la 5 ani.

4. Scurt istoric privind săvârșirea și sancționarea infracțiunii de abandon de familie

Noțiunea de abandon există încă din timpuri îndepărtate, îmbrăcând fie forma *abandonului noxal* din dreptul roman, prin care se înțelegea puterea dată tatălui de a abandona sclavii sau copiii pentru delict civile comise de ei, fie sub forma *cesiunii bunurilor* ori sub forma *abandonării copilului*. În această din urmă modalitate, abandonul apare

¹⁶ A. Vlășceanu, A. Barbu, *Noul Cod penal comentat prin raportare la Codul penal anterior*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 863-864.

¹⁷ M.A. Hotca (coord.), *Noul Cod penal, note, corelații, explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 649.

reglementat pentru prima dată în Codul penal de la 1864, în trei articole distincte, art. 277¹⁸, 278¹⁹ și 279²⁰.

Abandonul reglementat în această perioadă istorică ar putea fi intitulat mai degrabă „abandon de persoane”, deoarece nu este, luat în individualitatea sa, un delict contra familiei, ci are scopul de a pedepsi pe care acela, care având în paza sau în îngrijirea sa o persoană, din cauza unor diferiți factori (vârstă, stării fizice, psihice etc.) este în neputință de a se îngriji de ea, expunând-o sau părăsind-o, punându-i în acest fel în pericol viața, sănătatea sau integritatea corporală. Totuși, considerăm că acest abandon de persoane poate îmbrăca forma unui abandon de familie în situația în care, de exemplu, un copil este abandonat de către mama sa, naturală sau adoptivă. Suntem de părere, așadar, că pe cale de interpretare, prevederile art. 277, 278, 279 C. pen. de la 1864 sunt în legătură cu dispozițiile dedicate infracțiunilor contra familiei, în general, și cu cele privind abandonul de familie, în particular.

Astfel, legiuitorul de la acea vreme a prevăzut ca în cazul în care o persoană abandona un copil ori „ordona” abandonul unui copil mai mic de 7 ani, pe care îl avea în întreținere, având calitatea de părinte, tutore sau îngrijitor, într-un loc singuratic, să fie pedepsită cu cel puțin un an de închisoare și amendă, limita maximă pentru pedeapsa detențiunii fiind lăsată la aprecierea organelor judiciare. Pentru cei care săvârșeau aceste fapte fără a avea însă nicio legătură legală sau familială cu copilul, pedeapsa era mai blândă, limitele acesteia fiind mai precis individualizate: închisoarea de la 6 luni la 2 ani și amenda de la 26 la 300 lei. Interesant este de observat faptul că în Codul penal de la 1864, legiuitorul a apreciat gravitatea faptelor în

¹⁸ „Cei cari vor lăpăda într'un loc singuratic, un copil mai mic de 7 ani deplin, precum și cei ce vor ordona a se lepăda copilul, dacă însă ordinul se va fi îndeplinit, se vor pedepsi numai pentru acest fapt, cu închisoarea dela șase luni până la doi ani, și cu amendă dela 26 lei până la 300 lei. Iar de se va fi lăpădat copilul de către părinții, tutorii sau îngrijitorii săi, ori din ordinul lor, atunci pedeapsa va fi închisoarea dela un an în sus și amendă dela 50 la 500 lei”, art. 277 C. pen. 1864.

¹⁹ „De se va fi schilodit ori se va fi betejit copilul din cauza lăpădărei, fapta se va privi ca o rănire desăvârșită cu voința celui ce l-a lăpădat; iar de se va întâmpla moartea copilului, fapta se va privi ca omor. În cel dintâi caz, culpabilul se va supune la pedeapsa hotărâtă pentru rănire cu voință, și în cel de al doilea, la cea hotărâtă pentru omor”, art. 278 C. pen. 1864.

²⁰ „Aceia cari vor lepăda, în loc care nu e singuratic, copil mai mic de 7 ani deplin, se vor pedepsi cu închisoare dela o lună până la șase luni și cu amendă dela 26 până la 100 lei.

Iar de se va fi lepădat copilul de către părinții săi, de către tutorii ori îngrijitorii săi, pedeapsa va fi închisoarea dela două luni până la un an și amendă dela 50 până la 200 lei”, art. 279 C. pen. 1864.

raport cu locul unde are loc abandonul, făcând distincție între pedeapsa aplicată celor care abandonează copilul într-un loc singuratic și pedeapsa aplicată celor care săvârșesc fapta de abandon într-o zonă populată, limitele de pedeapsă, în cel din urmă caz, coborând între o luna și 6 luni sau între două luni și un an în situația în care abandonul era săvârșit de către părinți, tutore sau îngrijitor. Tot în Codul penal de la 1864, faptele de abandon al unui copil urmate de vătămarea sau, mai grav, moartea acestuia, erau asimilate infracțiunilor consumate de rănire (art. 249 C. pen. din 1864) respectiv omor (art. 248 C. pen. din 1864).

Odată cu evoluția poporului român, datorită conștientizării importanței familiei în societate și din dorința de consolidare a rolului acesteia, legiuitorul român, în anul 1933, prin anteproiectul de lege pentru punerea în aplicare a Codului persoanelor și familiei²¹, acordă o mai mare protecție acestei instituții, fixând noțiunea și sancționând abandonul de familie sub aspectul său pecuniar²².

Adevărat și de regretat este faptul ca legiuitorul din acea vreme nu a vizat decât un singur aspect al abandonului de familie, lăsând nepedepsit refuzul sistematic și repetat în îndeplinirea datoriilor familiare. Totuși, considerăm că aceste prevederi legale au fost de un real ajutor societății românești, fiind de apreciat faptul că legiuitorul a cunoscut și a avut în vedere reglementarea acestei problematici atât de importante.

O preocupare constantă cu privire la legiferarea abandonului de familie a existat și la nivel internațional, statele depunând eforturi consistente în a uniformiza conținutul acestei infracțiuni. Din dorința de a sancționa fapte deosebit de periculoase care atentau la siguranța și stabilitatea familiei, fapte ce nu erau încă cuprinse în legislațiile tuturor statelor, importante asociații juridice franceze: La Société de Législation Comparée, La Société d'Études Législatives și L'Association des Juristes de

²¹ G. Gr. Burdea, *op.cit.*, p. 143-144.

²² „Va fi pedepsit cu închisoarea dela 3 luni la un an, sau amendă dela 1000 la 10.000 lei, acela care fiind obligat prin hotărâre judecătorească, să, presteze alimente, sau să plătească o pensie alimentară soțului descendenților sau ascendenților, va fi rămas cu voință timp de 3 luni, fără să presteze alimentele sau să plătească pensia.

În caz de recidivă, pedeapsa închisorii va fi obligatoriu pronunțată.

Teremenul de 3 luni se va socoti dela data când alimentele trebuiau prestate.

Instanța competentă va fi tribunalul din circumscripțiunea căruia se află creditorul”, art. 43 din anteproiectul de lege pentru punerea în aplicare a Codului persoanelor și familiei din anul 1933.

Langue Française au organizat la Paris, între 19 și 25 iulie 1937, un congres internațional de drept.

Pe ordinea de zi a congresului au figurat numai șase probleme, printre care și cea referitoare la abandonul de familie și la sancțiunile care trebuiau aplicate în cazul acestuia, având ca raportor român pe Ionescu Dolj, iar ca raportor general pe Marc Ancel.

Lucrările primei zile au arătat un acord general asupra faptului că abandonul de familie trebuia considerat de către toate statele ca un delict de drept penal și, prin urmare, necesita o legiferare pe măsură. Astfel, s-a decis că domiciliul creditorului va trebui să stabilească competența instanței de judecată, și deoarece familia era considerată celula de bază a statului, abandonul de familie trebuia considerat ca un „*delictum juris gentium*” și reglementat în consecință, de către toate statele²³.

Observăm așadar că problema abandonului de familie a îmbrăcat următoarele aspecte: unul de natură civilă, un altul de natură represivă și în fine, ultimul de reglementare internațională.

Astfel, pe lângă abandonul pecuniar, aspectele morale ale abandonului de familie, aspecte care cuprind datoriile ce decurg din statutul familial, au fost privite cu o deosebită atenție, deoarece s-a considerat că o familie nu are nevoie doar de alimente pentru a supraviețui ci și de supravegherea educației, pentru a-și putea îndeplini rolul ei social. Cele mai multe dintre codurile care incriminau până la acea dată abandonul moral omiteau a face din acest aspect un element independent al infracțiunii, pentru individualizarea infracțiunii existând și cerința producerii unui rezultat fizic, și anume mizeria materială.

Concluziile la care s-a ajuns în Congresul internațional de la Paris din 19-25 iulie 1937 au condus redactorii Codului penal Regele Carol al II-lea în a reglementa acel nou delict, căutând să incrimineze toate aspectele, pentru a fi apărută cât mai bine atât familia legitimă, cât și cea naturală. Legiuitorul român a înscris abandonul de familie în rândul delictelor ce intrau în dreptul ginților, în art. 454²⁴. De observat că, pentru prima dată, în

²³ G. Gr. Burdea, *op.cit.*, p. 141-142.

²⁴ „Acele care, cu rea-voință, se îndepărtează dela domiciliul familiei, lăsând în părăsire pe aceia față de care, în virtutea puterii părintești, a tutelei legale, a autorității maritale sau calității de soț, avea obligația de asistență morală sau materială, lăsându-i prin aceasta expuși mizeriei fizice sau morale, comite delictul de abandon familial și se pedepsește cu închisoarea corecțională dela 3 luni la un an.

reglementarea din această perioadă legiuitorul nu incriminează doar părăsirea domiciliului familial, ci și îndepărtarea sa de la acesta, prin nelocuirea împreună cu familia, chiar dacă legal se păstra domiciliul familial. Cel mai interesant element de noutate era caracterizat de faptul că cei abandonați trebuiau să fie expuși „mizeriei fizice sau morale”. Prin această expresie, legiuitorul a înțeles fie situația celor rămași fără mijloace de existență, fie durerea, lipsa de dragoste și afecțiune, pericolul lipsei educației, precum și toate celelalte neajunsuri pe care cei abandonați erau siliți să le îndure.

Alin. (2) al art. 454 din Codul penal Regele Carol al II-lea introduce o nouă prevedere și anume situația în care, în baza unei hotărâri judecătorești definitive, cel obligat la întreținere, cu rea-credință, timp de 3 luni, nu își îndeplinește obligațiile stabilite prin hotărâre. Termenul de trei luni a stârnit controverse în acea perioadă, deoarece o parte a doctrinei susținea că voința legiuitorului conform căreia cele trei luni trebuiau să curgă succesiv, fără a exista întreruperi, nu este cea corectă și conformă cu realitatea, și că prevederea legală putea fi foarte ușor eludată fie prin îndeplinirea obligației de întreținere în ultima zi de la sfârșitul celor 3 luni, continuându-se așa și pentru viitor, fie prin îndeplinirea obligației o dată la două luni²⁵. În teza a doua a art. 454 alin. (2), se prevalează ultimul aspect sub care poate fi incriminat delictul de abandon de familie și anume, prin alungarea de la domiciliul familial a copilului care, din cauza vârstei ori stării sale nu se poate îngriji sau proteja singur, în scopul sustragerii de la îndeplinirea obligației de întreținere.

Toate faptele enumerate anterior care puteau constitui elementul material al infracțiunii de abandon de familie erau incriminate numai în varianta săvârșirii cu „rea voință”, iar pedeapsa prevăzută în cazul oricărei variante de comitere este închisoarea corecțională de la 3 luni la un an. Considerăm că, în interesul familiei, legiuitorul ar fi putut să rețină și prevederea că acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate. Așa cum vom vedea, acesta a luat act de criticile și

Aceeași pedeapsă se aplică și aceluia care, cu rea voință, se sustrage timp de 3 luni fără să achite obligațiile de întreținere stabilite printr-o hotărâre judecătorească, precum și părintelui care, în scopul arătat la alin. 1, își alungă copilul, care, din cauza vârstei sau stării sale, este incapabil de a se proteja sau îngriji el însuși”, art. 454 C. pen. Regele Carol al II-lea.

²⁵ G. Gr. Burdea, *op.cit.*, p. 153 *apud* V. Dongoroz, Nota cit. J. Gen. Nr. 10/1937.

comentariile doctrinare din materie, omisiunea fiind îndreptată în codurile penale ulterioare.

Codul penal de la 1969 a procedat la o incriminare mai sistematică a unor astfel de fapte, detaliind în alin. (1) al art. 305 elementul material al laturii obiective. Abandonul de familie, la fel ca în reglementarea din actualul cod penal, se putea săvârși prin comiterea anumitor acțiuni sau inacțiuni din variantele cu caracter alternativ prevăzute în art. 305 la alin. (1) lit. a), b) și c). Spre deosebire de Codul penal de la 1937, pentru săvârșirea faptei prin neplata cu rea-credință a pensiei de întreținere stabilite pe cale judecătorească, legiuitorul a micșorat perioada de timp în care cel obligat la întreținere este ținut să-și îndeplinească această obligație, de la 3 luni, atât cât era prevăzut în Codul penal al Regelui Carol al II-lea, la 2 luni, în Codul penal de la 1969. De observat este faptul că în actualul Cod penal legiuitorul a revenit la termenul de 3 luni, prevăzut inițial în Codul penal al Regelui Carol al II-lea, ca fiind cel în care trebuie să se îndeplinească obligațiile prevăzute anterior, neîndeplinirea acestora cu rea-credință în interiorul termenului fixat de legiuitor determinând posibilitatea tragerii la răspundere penală a autorului faptei.

Tot ca o noutate din punct de vedere legislativ, pentru că doctrinar aceasta a fost discutată încă din perioada Codului penal de la 1937, este introducerea alineatelor (2) și (3) care prevedeau că acțiunea penală se punea în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate (reglementare menținută și de actualul Cod penal), respectiv faptul că împăcarea părților înlătură răspunderea penală. De asemenea, în timp ce în reglementarea anterioară instanța putea pronunța o condamnare cu suspendarea condiționată a executării pedepsei în situația în care inculpatul își îndeplinea obligațiile în cursul judecății, în reglementarea actuală, așa cum vom vedea, instanța va putea dispune fie amânarea aplicării pedepsei, fie suspendarea executării pedepsei sub supraveghere²⁶. Pe cale de consecință, a fost înlăturată prevederea referitoare la cazul special de revocare a suspendării condiționate (în situația săvârșirii din nou de către condamnat a unei alte infracțiuni de abandon de familie), aplicându-se în noua reglementare prevederile de drept comun în materie²⁷.

²⁶ M.A. Hotca, *op.cit.*, p. 650-651.

²⁷ G. Antoniu, T. Toader (coord.), *op.cit.*, Vol. V, p. 85-86.

Cu privire la sancțiuni, legiuitorul a realizat și aici unele modificări, limitele de pedeapsă fiind diferențiate în funcție de variantele de comitere a infracțiunii. Astfel, în timp ce în Codul penal Regele Carol al II-lea, pedeapsa prevăzută de lege era aceeași pentru oricare din modurile de săvârșire a delictului (închisoarea de la 3 luni la 1 an), în Codul penal de la 1969, legiuitorul a prevăzut pedepse diferențiate. Așadar, autorul faptelor prevăzute la alin. (1) lit. a) și b) putea fi pedepsit cu închisoarea de la 6 luni la 2 ani sau cu amenda, în timp ce pentru faptele prevăzute la alin. (1) lit. c) pedeapsa era închisoarea de la unu la 3 ani ori amenda.

În actualul Cod penal, pe lângă modificările surprinse anterior, legiuitorul a mai introdus o variantă de comitere a abandonului de familie, și anume cea referitoare la situația neexecutării, cu rea-credință, de către cel condamnat a prestațiilor periodice stabilite prin hotărâre judecătorească, în favoarea persoanelor îndreptățite la întreținere din partea victimei infracțiunii²⁸. Și cu privire la sancțiuni legiuitorul a operat o serie de modificări, renunțând la diferențierea regimului sancționator prevăzut de codul penal anterior și revenind la varianta propusă prin Codul penal din 1937, limitele de pedeapsă fiind aceleași pentru toate cele trei variante de comitere enumerate de alin. (1) care pot atrage răspunderea penală.

5. Scurt istoric privind săvârșirea și sancționarea infracțiunii de nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului

Preocupat de a asigura o cât mai completă și eficientă ocrotire a minorului, legiuitorul a prevăzut pentru prima dată în legislația noastră infracțiunea de nerespectare a măsurilor privind minorul în Codul penal de la 1937, prin art. 459²⁹.

Din punct de vedere al conținutului incriminării, elementul material al infracțiunii, așa cum era el prevăzut la acea vreme, cuprindea o sferă mai mare de acțiuni sau inacțiuni pe care făptuitorul le putea realiza în satisfacerea scopului urmărit de acesta. Astfel, pe lângă reținerea minorului (care va fi prevăzută și în codurile penale ulterioare), legiuitorul de la 1937 a

²⁸ A. Vlășceanu, A. Barbu, *op.cit.*, p. 865-867.

²⁹ „Părintele care răpește, reține sau sechestrează copilul său minor, de sub puterea celuilalt părinte, căruia îi era încredințat prin hotărâre judecătorească, comite delictul de răpire a copilului propriu și se pedepsește cu închisoare corecțională dela una la 3 luni.

Aceeași pedeapsă se aplică și părintelui care, având prin hotărâre judecătorească sub îngrijirea sa copilul, cu obligațiunea de a-l încredința și celuilalt părinte, în condițiunile anume stabilite, nu respectă această îndatorire.”

catalogat ca fiind fapte ce privesc nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului și pe cele de răpire și sechestrare. Tot ca o particularitate a reglementării din Codul penal de la 1937 este și sfera subiectului activ, doar părintele căruia i-a fost încredințat copilul prin hotărâre judecătorească putând fi autor al infracțiunii.

În ceea ce privește regimul sancționator, legiuitorul a prevăzut aceleași limite de pedeapsă ale închisorii corecționale, cuprinse între o lună și trei luni, pentru cel ce săvârșește fapta de nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului, indiferent de modalitatea de comitere a acesteia.

Din perspectiva modului de sesizare a organelor competente, art. 460 Cod penal de la 1937 prevedea (ca și toate celelalte reglementări ulterioare care au înțeles să păstreze substanța prevederii și să modifice doar formularea textului legal) că acțiunea penală se punea în mișcare la plângerea prealabilă a „părții vătămate sau reprezentanților legali”, (ulterior folosindu-se sintagma de persoană vătămată).

În Codul penal de la 1968 legiuitorul vine cu o nouă viziune în privința infracțiunii de nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului, operând o modificare în conținutul constitutiv al infracțiunii, faptele de răpire și sechestrare a minorului fiind prevăzute și sancționate diferit în art. 189 alin. (2). Așadar, în această perioadă, elementul material al infracțiunii prevăzute în art. 307 C. pen. 1968, se realiza în varianta prevăzută la alin. (1) prin acțiunea de reținere, iar în situația redată în alin. (2) al textului prin acțiunea de împiedicare în mod repetat a oricăruia dintre părinți de a avea legătură cu minorul. În redactarea art. 307, în vigoare până la adoptarea Legii nr. 140 din 14 noiembrie 1996, legiuitorul lega realizarea elementului material de producerea urmării imediate, care consta în prejudicierea creșterii și educării copilului, fapt expres prevăzut în norma de incriminare³⁰. Legea nr. 140/1996 a modificat textul, eliminând din conținutul incriminării condiția ca, prin săvârșirea faptei, creșterea și educarea copilului să fie prejudiciate³¹, idee care s-a menținut și după intrarea în vigoare a Codului penal din 2014.

³⁰ Până la intrarea în vigoare a Legii nr. 140/1996, infracțiunea de nerespectare a măsurilor de încredințare a minorului era prevăzută în Codul penal de la 1968, în art. 307 alin. (1), sub următoare formă: „reținerea de către un părinte a copilului său minor, fără consimțământul celuilalt părinte sau al persoanei căreia i-a fost încredințat minorul potrivit legii, dacă creșterea și educarea copilului ar fi fost prejudiciate”.

³¹ G. Antoniu, T. Toader (coord.), op.cit., Vol. V, p. 88.

Un alt element de noutate se regăsea în sfera subiectului activ, aceasta devenind mai largă, cuprinzând și persoana căreia i s-a încredințat minorul spre creștere și educare. Limitele de pedeapsă au rămas aceleași ca în Codul penal de la 1937, cu specificația că a fost introdusă și pedeapsa amenzii, alternativ cu cea a închisorii. Ca o particularitate pentru toate legislațiile în care a fost prevăzută infracțiunea de nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului, în Codul penal de la 1968 a apărut pentru prima și singura dată, în alin (4) al art. 307, specificația că împăcarea părților înlătură răspunderea penală.

Codul penal în vigoare a preluat, fără modificări, dispozițiile art. 307 alin. (1), (2) și (3) din Codul penal anterior. Ca element de noutate, acesta a eliminat dispoziția legală privitoare la împăcare, prevăzută în art. 307 alin. (4) Cod penal anterior, întrucât în viziunea legiuitorului, împăcarea operează numai în cazul în care punerea în mișcare a acțiunii penale s-a făcut din oficiu³². De asemenea, dispozițiile privind regimul sancționator și necesitatea introducerii plângerii prealabile pentru începerea urmăririi penale, au fost menținute.

6. Scurt istoric privind săvârșirea și sancționarea infracțiunii de împiedicarea accesului la învățământul general obligatoriu

Apariția primelor norme juridice române ce reglementau dreptul la educație a avut loc acum aproximativ 150 de ani, în Transilvania, în perioada habsburgică. Potrivit legii învățământului din 1868, învățământul primar era împărțit în două etape: cursuri de fiecare zi urmate de elevii din clasele I-VI, la care erau obligați să meargă copiii cu vârste cuprinse între 6 și 12 ani, și cursuri repetiționale sau de duminică, cu durata de trei ani, pe care erau obligați să le urmeze tinerii cu vârste cuprinse între 12 și 15 ani. Legea învățământului de acum 150 de ani îi obliga pe părinți să își trimită copiii la școală. Dacă refuzau să facă aceasta, indiferent de motive, aceștia erau amendați cu diverse sume de bani, în funcție de antecedente. Raportarea absențelor revenea senatului fiecărei școli la primăria comunală, care trebuia să aplice amenziile în conformitate cu legea. Aceasta însă nu era singura

³²A. Vlășceanu, A. Barbu, *op. cit.*, p. 868.

pedeapsă aplicată de conducerea școlii, duminica preoții citind în cadrul slujbei „lista lenevirilor școlare”, comunicată de către dascăli³³.

În prezent, dreptul la educație este materializat prin două obligații corelative: obligația statului de a crea instituții educaționale și obligația părinților sau a ocrotitorului legal de a-l înscrie și supraveghea pe minor să urmeze cursurile unei unități de învățământ³⁴. Deoarece nici în Legea învățământului din 1868, nici ulterior acesteia, nu au fost prevăzute sancțiuni de natură penală care să pedepsească persoanele însărcinate cu creșterea și educarea minorilor (părinții sau ocrotitorii legali ai copiilor) care nu le permit acestora³⁵ să frecventeze cursurile unei instituții de învățământ, legiuitorul român a înțeles să introducă o astfel de prevedere în legislația noastră, sub titlul de împiedicarea accesului la învățământul general obligatoriu, aceasta regăsindu-se în Codul penal, în cadrul infracțiunilor contra familiei, în art. 380. Fără a avea corespondent în legislația din trecut, infracțiunea analizată este introdusă în Codul penal român de o perioadă relativ scurtă de timp, și anume din anul 2014, de la intrarea în vigoare a actualei legislații penale.

După cum s-a arătat și în expunerea de motive a noului Cod penal, incriminarea acestei situații reprezintă o necesitate în condițiile creșterii alarmante, apărute în ultimii ani, a abandonului școlar, ceea ce conduce la diminuarea considerabilă a șanselor de integrare a copiilor în societatea contemporană aflată într-o dinamică și dezvoltare continuă. Cât privește sursa de inspirație a legiuitorului român, aceasta se regăsește în legislațiile penale ale statelor de pe continentul european, o prevedere similară fiind prevăzută, de exemplu, în Codul penal austriac, în art. 195.

7. Concluzii

În concluzie, putem afirma faptul că domeniul protecției penale a relațiilor de familie reprezintă o ramură de drept cu largi implicații teoretice

³³I. Uilăcan, *Școlile confesionale românești în perioada comitatului Bistrița-Năsăud*, în Revista Bistriței nr. XX/2006, p. 249.

³⁴B.D. Moloman, *Considerații referitoare la infracțiunea privind împiedicarea accesului la învățământul general obligatoriu în reglementarea Noului Cod Penal*, în Revista română de jurisprudență nr. 3/2014, p. 177.

³⁵Împiedicarea trebuie să nu se datoreze unor situații obiective, ca de exemplu lipsa banilor necesari transportului minorului până la cea mai apropiată unitate de învățământ, lipsa rechizitelor, starea de sănătate precară a minorului, situații în care statul este obligat să intervină și să ajute aceste familii, prin diferite măsuri și strategii sociale.

și practice, înscriindu-se între preocupările constante ale doctrinei și practicii judiciare, de ocrotire a persoanei, a drepturilor și libertăților acestei valori sociale.

De-a lungul timpului, statele au manifestat o preocupare constantă în a preveni și a combate acele manifestări izolate care fie au reprezentat, fie constituie abateri nefirești de la regulile conviețuirii sociale, denumirile marginale, conținutul infracțiunilor sau limitele de pedeapsă modificându-se în funcție de perioada istorică și contextul social.

TERORISMUL ACTUAL – COMITERE ȘI COMBATERE

ACTUAL TERRORISM - COMITING AND COMBATING

ROXANA-ANDREEA VĂDUVA¹

Rezumat: Consensul în vederea unei convenții conclusive și cuprinzătoare referitoare la terorismul internațional vizează un efort comun care încalcă suveranitatea exclusivă a fiecărui stat și este, în consecință, o provocare a secolului al XXI-lea, atât pentru actorii statali, cât și pentru organizațiile internaționale. Strategia globală împotriva terorismului, adoptată sub egida ONU, Convenția de la Varșovia privind combaterea terorismului și Directiva UE 2017/541 se fundamentează pe combaterea condițiilor care duc la dispersia terorismului și prevenirea și combaterea sa, propunându-și să asigure drepturile omului și prevalența statului de drept în lume. Deși evoluția grupării ISIL a impus un ritm mai accelerat al măsurilor luate împotriva terorismului, inclusiv din perspectiva emergenței sale tehnologice, pericolul a crescut direct proporțional, iar cetățeanul global este încă vulnerabil.

Cuvinte-cheie: terorism, ISIL, drepturile omului, stat de drept

Abstract: The consensus towards a conclusive and comprehensive convention on international terrorism involves a joint effort that defies the exclusive sovereignty of each state and is, therefore, a challenge of the 21st century for both state actors and international organizations. The UN Global Counter-Terrorism Strategy, The Warsaw Convention on the Prevention of Terrorism and the Directive 2017/541 rooted from the voidance of the conditions which lead to the dispersal of terrorism and from its prevention, aiming to assure human rights and the prevalence of the rule of law. Although the evolution of the ISIL group imposed a more rapid pace of the measures taken against terrorism, including the regulation of its technological emergence, the danger increased proportionally and the global citizen is still vulnerable.

Keywords: terrorism, ISIL, human rights, rule of law

1. Conceptul de terorism

¹ Absolvent al Facultății de Drept, UAIC, Master, Științe Penale (2015-2017), email: vaduvaroxanaandreea@yahoo.com.

Terorismul, în variatele sale forme, a fost practicat în istorie de-a lungul unor ideologii politice diverse, având posibilitatea de a fi definit în atâtea feluri câte metode de a îl săvârși există. Deși o definiție exactă este imposibilă, majoritatea caracteristicilor sale se întemeiază pe trei factori: modalitatea violentă de comitere, țintele formate din civili sau guvernanți și scopul de a instala teama, pentru a putea impune o schimbare politică sau socială. Adoptarea tehnicilor teroriste de către grupurile de insurgenți, mai ales în zilele noastre, a condus la percepția că terorismului a apărut ca efect al conflictelor anticoloniale, constituindu-se ca armă a gherilelor revoluționare în campaniile lor pentru obținerea independenței.

Deși pare a fi apanajul secolului al XIX-lea, terorismul este un mijloc aproape la fel de vechi ca războiul, utilizat încă din primul secol. Fundamental, fenomenul terorist este același: majoritar întemeiat pe cea mai rudimentară formă de violență, folosit de un număr mic de insurgenți, desfășurat pe un teren nefavorabil pentru lupte egale și opus forțelor guvernamentale eficiente, este utilizat ca ultim mijloc pe care cei slabi îl pot avea împotriva celor mai puternici. Pe lângă aceste concepte strategice, terorismul este bazat pe planificarea haosului și certitudinea fricii, astfel încât doleanțele grupărilor teroriste să aibă o posibilitate mai mare de a fi respectate și îndeplinite de către cei vulnerabili. Practic, inventarul operațional al teroriștilor este limitat, la fel ca și capacitatea lor scăzută de a acționa: explozibili plasați în locuri publice, asasinarea liderilor politici, atacuri cu arme de mici dimensiuni ce au loc în mulțimi, răpirea, luarea de ostatici, deturnarea avioanelor și distrugerea clădirilor sunt acțiuni întemeiate pe imprevizibilitate și imposibilitatea unei apărări proporționale cu atacul. Terorismul este îndreptat împotriva populației civile, ca strategie indirectă, pentru că o asemenea țintă are potențialul de a influența deciziile luate la nivel înalt. Pe de altă parte, cei care cooperează cu autoritățile și refuză să asiste insurgenții sunt pedepsiți la fel de aspru ca și oficialii, sub forma coerciției psihologice².

Cuvântul „terorism” este un produs al Revoluției franceze și al „*régime de la terreur*”, care a fost aplicat în 1793 și 1794, și a reprezentat o tentativă de a demasca și ghilotina trădătorii. Inițial, violența sau teroarea au avut conotații pozitive, din moment ce au fost folosite pentru a pedepsi

²A. Blin, G. Chaliand, *The History of Terrorism from Antiquity to Al-Qaeda*, Editura University of California Press, California, 2007, p. 6.

persoanele periculoase și dizidenții care erau identificați ca dușmani ai poporului, sub noul regim. Mai târziu, în Rusia, organizația anarhistă Narodnaya Volya, a început să lanseze un val de atacuri explozive și asasinări, vizând țarul, familia regală și alți oficiali pe care îi considerau reprezentanți ai unui regim corupt.

Odată cu secolul al XIX-lea, terorismul, care a luat forma asasinărilor politice, a devenit un fenomen global major, care a inclus uciderea generalului Martinez Campos în Barcelona, în 1892, a împărătesei Elisabeta a Austro-Ungariei, în 1898, a regelui Umberto al Italiei, în 1900, a președintelui SUA, William McKinley, în 1901. Ulterior, primul Război Mondial a fost declanșat de uciderea cancelarului austriac de către naționaliștii sârbi.

După cel de-Al Doilea Război Mondial, terorismul a devenit strategia grupurilor naționaliste din Orientul Mijlociu, Africa de Nord și Asia pentru a obține independența. Cu preponderență în societățile agrare, terorismul a luat forma războaielor de gherilă – în zonele urbane din Palestina și Cipru, atacurile teroriste erau comise în interiorul limitelor orașelor. Aceste state nou create ale Lumii a treia, la fel ca cele provenite din blocul comunist, au argumentat că lupta lor împotriva opresiunii coloniale nu se încadra terorismului, ci era în fapt o muncă susținută a luptătorilor pentru eliberare.

În anii 1960, terorismul s-a amplificat în toată lumea. În America Latină, forma de terorism folosită de „Tupamaros”, care includea răpiri și jafuri armate ale băncilor, a dus în cele din urmă la înlocuirea guvernării democratice cu dictatura militară. În Argentina, organizațiile teroriste de stânga, ca „Montoneros”, au dezvoltat o amplă campanie de teroare împotriva intereselor economice externe. Un val de terorism de stânga a izbucnit și în Germania, Italia și Japonia în anii '60. Gruparea „Baader-Meinhof” în Germania, „Brigăzile Roșii” în Italia și „Armata Roșie” în Japonia au fost inspirate, printre altele, de „Minimanualul gherilei urbane”, un ghid practic al terorismului scris de brazilianul Carlos Marighella în 1969.

De-a lungul decadelor 1960-1980, multe grupuri teroriste cu impact major – Hamas, Hezbollah, Jihadul Islamist, Organizația pentru Eliberarea Palestinei etc. – s-au format pe fondul războaielor de eliberare națională din Orientul Mijlociu, al Revoluției iraniene și al Războiului din Golful Persic. În 1979, Afganistanul a fost transformat într-o veritabilă

tabără de antrenament teroristă, iar cei proveniți din alte state și-au luat în afara granițelor și războaiele, în tabere teroriste din Sudan, Algeria, Azerbaijan, Bangladesh, Bosnia și Herțegovina, Egipt, India, Maroc, Pakistan, Tadjikistan, Tunisia, Uzbekistan, Yemen și SUA³.

2. Pericolul prezent – Statul Islamic al Irakului și Levantului (ISIL)

ISIL⁴ reprezintă cea mai gravă amenințare actuală a păcii și securității internaționale, dar și a drepturilor omului, în mod subsecvent. Organizația Națiunilor Unite (ONU) recunoaște ISIL ca fiind un actor principal al promovării rasismului, xenofobiei și al încălcării drepturilor omului, motiv pentru care își orientează acțiunile contra extinderii grupării teroriste. Numai în 2016, ISIL a fost subiectul a trei raporturi ale Secretarului General al ONU și al unei rezoluții a Consiliului de Securitate privind măsuri sancționatorii aplicabile ISIL și Al-Qaida.

Emergența ISIL a fost facilitată de conflictele din Irak și Siria și din instabilitatea politică derivată din ele, la fel ca și slăbirea puterii instituțiilor statului și inabilitatea celor două țări de a exercita controlul efectiv asupra teritoriilor și granițelor lor. În mai puțin de doi ani, ISIL a câștigat controlul unor teritorii vaste, atât în Siria, cât și în Irak, beneficiind de legăturile cu indivizi și grupuri implicate în crima organizată transnațională. Folosindu-și resursele financiare pentru suportul campaniilor militare, pentru administrarea teritoriilor sale și pentru finanțarea expansiunii conflictului între Siria și Irak, gruparea și-a dezvoltat o strategie și un sistem de comunicații foarte eficient, pentru a se asigura de faptul că viziunea sa distorsionată asupra lumii rezonază cu un număr mic, dar care crește constant, de oameni care nu își găsesc identitatea în valorile societăților în care trăiesc. Amenințarea păcii și securității internaționale pe care o reprezintă ISIL este reflectată în strategia sa de expansiune globală: la începutul anului, 34 de grupări din toată lumea care imită tactici și efectuează atacuri în numele ISIL și-au recunoscut apartenența la aceasta. Numărul teroriștilor străini, care călătoresc în alte state urmând instrucțiunile ISIL, este proporțional cu prezența lor internațională tot mai vizibilă,

³ H.W. Kushner, *Encyclopedia of Terrorism*, Editura Sage Publications, Thousand Oaks, California, USA, 2003, pp.359-364.

⁴De asemenea, cunoscut ca Statul Islamic al Irakului și Siriei (ISIS), Statul Islamic (IS) sau Da'esh.

depășind cu mult limitele geografice ale Irakului, Siriei, Libiei, Afganistanului sau Pakistanului.

Presiunea militară actuală din Irak și Siria a dus la creșterea numărului de soldați teroriști demobilizați în Europa și Maghreb care prezintă o provocare continuă pentru securitatea globală odată cu întoarcerea lor în țara de origine pentru a comite atacuri, fapt ce poate reprezenta însă și o inabilitate a ISIL de a-și reține militanții în zonele de conflict. Răspunsul ISIL la presiunea militară a fost mărirea numărului de atacuri controlate extern și la abordarea tacticilor fatale. Atacurile simultane, multiple, conduse de ISIL, ca cele din Bruxelles, Istanbul și Paris au avut un *modus operandi* ce a revelat o cercetare detaliată a execuțiilor cu multe victime, apte să producă haos și confuzie, evidențiind imposibilitatea statelor de a răspunde într-un mod corect și eficient atacurilor. Pe lângă acțiunile majore dirijate de ISIL, există și numeroase atacuri comise de indivizi sau de grupuri foarte mici ce își manifestă apartenența înainte de atacuri sau sunt revendicați de ISIL după săvârșirea lor, dar ei sunt mai mult inspirați din acțiunile ISIL și mai puțin coordonați de grupare, deși efectele vizând numărul victimelor și impactul asupra publicului sunt la fel de mari.

Utilizarea internetului pentru recrutarea tinerilor care să comită acte teroriste, la fel ca și finanțarea, plănuirea și pregătirea activităților în acest sens reclamă o cooperare activă din partea tuturor statelor pentru a preveni exploatarea tehnologiei, a comunicațiilor și a resurselor pentru generarea actelor teroriste, având obligația simultană de a respecta drepturile și libertățile fundamentale ale omului, în acord cu dispozițiile derivate din dreptul internațional. Prin recrutările făcute prin intermediul forumurilor închise și a mesageriei criptate, ISIL își dezvoltă o cyber-rețea transnațională care depășește presiunea militară inclusiv prin instrumentele de propagandă pe care le are pe internet, astfel încât statele își pierd supremația tehnologică în fața grupărilor teroriste.

O altă amenințare ISIL constă în folosirea sistematică a violenței sexuale împotriva femeilor și fetelor Yazidi din Irak și Siria, dar și împotriva altor minorități (Creștină, Sunnită, Shiită) prinse în conflict. Exceptând abuzul, victimele sunt cumpărate, vândute și comercializate pe internet în schimbul armelor, vestelor, centurilor explozive, mașinilor și altor obiecte de primă necesitate. De asemenea, mii de copii devin victime, făptuitori și martori ai violențelor grupării, care îndoctrinează și formează copiii încă de la vârsta de 5 ani pentru a deveni militanți. Recrutarea și folosirea copiilor în

operațiuni militare, semnalată în mod repetat de Misiunea de Asistență pentru Irak a ONU (UNAMI) și de Înaltul Comisar ONU pentru drepturile omului (OHCHR), sunt dovedite de suporturile video de pe platformele media, postate chiar de ISIL, în care se arată procesele de recrutare și antrenament din taberele din Irak și Siria. Nicio formă de asigurare a eliberării celor din captivitatea ISIL nu a fost stabilită și aplicată eficient până la momentul actual.

Rezistența militară opusă de comunitatea internațională a intervenit în capacitatea grupului de a genera resurse, în special cele provenite din vânzarea petrolului, ISIL fiind nevoit să facă eforturi tot mai mari pentru a se susține. Ofensiva militară din august 2016 care a dus la preluarea controlului orașului sirian Manbij din puterea ISIL a condus la limitarea accesului său la frontierele internaționale aflate în afara zonelor de conflict imediate, rezultate care pun o presiune suplimentară pe grupul terorist. Astfel, amenințarea tot mai semnificativă și diversificată continuă să existe. Deși Al-Qaida și ISIL sunt grupuri competitive, diferențiate de viziunile individuale asupra emiratelor ori califatelor și a ciocnirilor violente referitoare la resurse și teritoriu, colaborarea acestora este demonstrată în anumite cazuri: în atacurile din Europa, din 2015 și 2016, membri ISIL și-au folosit legăturile personale cu indivizi aparținând grupării Al-Qaida pentru a-și pregăti modul de acțiune aferent unor atacuri majore; de asemenea, Al-Qaida din Peninsula Arabă și ISIL și-au oferit suport reciproc în Yemen. Acest aspect evidențiază ponderea mai mare pe care o au legăturile între teroriști decât credința într-o ideologie radicală. Indivizii care părăsesc zonele de conflict pentru a comite atacuri teroriste în țara de origine sau în zone diferite de conflict decât cele inițiale se pot sprijini pe suportul unor grupuri, conturând o vulnerabilitate în plus a statelor promotoare ale păcii.

Reprezentând o amenințare fără precedent a securității internaționale, ISIL se adaptează la schimbările mediului într-un mod care depășește capacitatea statelor de a-i face față. Inspirând grupuri teroriste asemănătoare din diverse regiuni de pe glob, ISIL se conturează ca având un impact major peste tot în lume, depășind proximitatea zonelor de conflict. Conștientizând aceste fapte, comunitatea internațională trebuie să contracareze eficient atacurile teroriste, păstrând în același timp respectul pentru drepturile și libertățile fundamentale, statul de drept și normele dreptului internațional umanitar. Începând din 2013, odată cu apariția

grupării teroriste, ținta atacurilor ISIL⁵ a fost reprezentată în exclusivitate de Irak. La sfârșitul anului, bilanțul dramatic al decedaților a fost de 1041, iar cel al răniților de peste 2230, numere îngrijorătoare la care au contribuit atacurile sângeroase de la Hawija, în aprilie, când cele patru zile de bombardamente și ciocniri cu armata irakiană s-au soldat cu 330 de morți și mai mult de 600 de răniți, apoi cele asupra mai multor orașe irakiene din mai, rezultând 450 de persoane decedate și mai mult de 730 rănite. Anul următor a reprezentat un pericol mai mic – 6 morți și 12 răniți –, dar mult mai răspândit, atacurile având loc în SUA, Canada, Australia, Belgia și Franța.

În 2015, situația s-a înrăutățit considerabil, politica ISIL părăd a contopi rezultatele acțiunilor teroriste din anii precedenți: atacuri teroriste răspândite pe tot globul, însă cu o concentrație mare în Orientul Mijlociu – aceste atacuri au produs cele mai multe victime: în Yemen, 142 de morți (martie), după atentate sinucigașe cu bombă în două moschei din Sana'a; în Kuwait, 27 de morți și 227 de răniți (iunie), după un atentat sinucigaș cu bombă dintr-o singură moschee; în Irak, 130 de morți și același număr de răniți (iulie), după ce o mașină a explodat în piața din Khan Bani Saad; în Turcia, 103 de morți și mai mult de 400 de răniți (octombrie), după atentatele sinucigașe cu bombă de la Ankara, îndreptate împotriva unor demonstranți care militau pentru pace; în Egipt (octombrie), toate cele 224 de persoane de la bordul aeronavei cu destinația Sankt Petersburg au murit după ce avionul, țintă a unui atac cu bombă, s-a dezintegrat deasupra peninsulei Sinai; în Liban, 43 de morți și 240 de răniți (noiembrie), după atentate cu bombă de la Beirut, din suburbia Bourj el-Barajneh dominată de Hezbollah; în Siria, 60 de morți și 60 de răniți (decembrie), după ce câteva camioane au explodat lângă un spital militar al curzilor și lângă o piață.

Atacurile ISIL au continuat să vizeze Orientul și în 2016. Libia (60 de morți, după atacul cu camioane explozive la o tabără de antrenament a poliției din ianuarie 2016), Siria, care a fost ținta atacurilor de trei ori, fapt care a cauzat moartea a 200 de persoane și rănirea gravă a altor sute, Irak, la rândul său atacat de cinci ori (cele mai grave atentate având loc la Bagdad, unde explozia a două bombe din iulie a provocat moartea a 325 de persoane și rănirea a mai mult de 230), Arabia Saudită, Pakistan (în august, un terorist

⁵ Pentru cercetare, a fost folosită lista atacurilor teroriste revendicate de ISIL, disponibilă [Online] la: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_terrorist_incidents_linked_to_ISIL, accesat la 17.06.2017.

sinucigaș a declanșat explozia unei bombe într-un spital unde avea loc o procesiune de comemorare, cauzând peste 90 de decedați și peste 130 de răniți), Afganistan au fost și continuă să reprezinte obiective perpetue ale ISIL. Teroarea a devenit un sentiment la care cetățenii acestor țări nu sunt doar constrânși, ci cu care sunt obligați să subziste, în timp ce prea puține state ale lumii situate în exteriorul punctelor de conflict sunt dispuse să-și deschidă granițele pentru populația civilă.

În 2017 atacurile teroriste asupra Turciei, Irakului, Afganistanului, Pakistanului, Egiptului, Iranului au continuat, s-au extins chiar și spre Bangladesh, Indonezia și Filipine, în timp ce în Siria situația a escaladat până în punctul în care nu mai poate fi numită stat – populația acceptă să rămână și să fie decimată sistematic sau să plece în statele Europei de Vest, în care accesul cetățenilor sirieni este totuși limitat; autoritățile aproape inexistente sunt incapabile să își apere statul și nu mai au la dispoziție decât soluții care se răsfrâng și împotriva propriilor cetățeni – atacul sarin din aprilie îndreptat de forțele de ordine împotriva rebelilor care ocupau regiunea Idlib au creat de fapt victime în rândul populației civile, prinsă în luptele continue dintre autorități și grupările teroriste – iar teritoriul este cucerit și asimilat încet, dar sigur, de trupele ISIL.

Atentatele teroriste ISIL s-au îndreptat în mod recurent și asupra Europei de Vest, în ultimii 2 ani. Începând cu ianuarie 2015, odată cu atacul de la Charlie Hebdo, un nou val al fenomenului terorist s-a propagat în Europa, marcată încă de exploziile de la metroul din Madrid din martie 2004 (192 de morți și 2050 de răniți) și cele din centrul Londrei din iulie 2005 (56 de morți și 784 de răniți), ambele revendicate de Al-Qaeda⁶. În ianuarie, în Franța, 20 de persoane au murit, majoritatea jurnaliști ai unei reviste de satiră politică, atacul angrenând solidaritatea tuturor statelor. În noiembrie 2015 însă, atacurile de la Paris au întrecut orice limite în care s-au încadrat anterior atacurile teroriste moderne din această țară, șocând nu doar comunitatea europeană, ci întreaga lume, prin atentatele coordonate (săvârșite în timpul Conferinței ONU de la Paris privind schimbările climatice care a reunit reprezentanți la nivel înalt ai 196 de state) de la Stade de France, Bataclan și de la o serie de restaurante situate pe Rue Bichat, Rue Alibert, Rue de la Fontaine-au-Roi, Rue de Charonne și pe bulevardul

⁶ Pentru cercetare, a fost folosită lista atacurilor teroriste revendicate de ISIL în Europa, disponibilă [Online] la: https://en.wikipedia.org/wiki/Terrorism_in_Europe, accesat 17.06.2017.

Voltaire, care au provocat moartea a 137 de persoane și rănirea gravă a altor 370. În martie 2016 au urmat atentatele de pe aeroportul din Bruxelles, revendicate tot de către ISIL, care s-au soldat cu 35 de morți și 340 de răniți. Aproape 4 luni mai târziu, pe 14 iulie, de ziua națională a Franței, un camion condus de un membru al ISIL a intrat în mulțimea de oameni adunată la Nisa pe Promenade des Anglais pentru a urmări artificiile. Au fost omorâți 87 de oameni și răniți alți 434, o mare parte dintre victime fiind turiști aflați în vacanță. Același mod de operare a fost folosit ulterior în atacul de la Piața de Crăciun din Berlin, de pe 19 decembrie 2016, când un alt camion a intrat în mulțimea de oameni, provocând 68 de victime dintre care 12 decedați. De curând, ținta atacurilor ISIL a devenit Marea Britanie. Pe 22 mai 2017 a avut loc un atentat terorist cu bombă la Manchester Arena, unde avea loc un concert al cărui spectatori erau, în majoritate, copii și adolescenți. 23 dintre ei au murit, iar 119 au fost răniți grav. Mai recent, atacul din Londra, de pe 4 iunie, a constat în mai multe acte materiale: o camionetă a intrat în pietonii de pe London Bridge, ulterior trei dintre pasagerii ei au intrat într-o zonă Borough Market, cu restaurante și pub-uri, unde au început să-i înjunghie pe cei aflați acolo.

3. Măsurile recente adoptate împotriva terorismului

3.1. Măsurile adoptate de ONU

Măsurile concrete propuse de ONU prin Strategia împotriva terorismului inițiată în 2006 și reînnoită odată la 2 ani vizează obligația statelor membre să se abțină de la facilitarea, participarea, finanțarea sau tolerarea activităților teroriste, dar și de a garanta faptul că propriile teritorii nu sunt folosite pentru instalarea taberelor teroriste ori pentru planificarea actelor teroriste. Din cauza legăturii indisolubile cu finanțarea terorismului, toate statele membre trebuie să interzică și să sancționeze traficul de droguri, traficul ilegal de arme, spălarea de bani și contrabanda materialelor cu potențial nuclear, chimic, biologic sau radiologic. Aderarea statelor membre la Convenția ONU împotriva Crimei Organizate Transnaționale și la cele trei Protocoale adiacente reprezintă o garanție în plus a angajării în lupta antiteroristă.

Prioritară este și cooperarea organizațiilor regionale și subregionale apte să creeze sau să îmbunătățească mecanisme și centre de combatere a terorismului, constituind puncte de lucru coordonate de Comitetul

Antiterorist al ONU, Oficiul ONU pentru Droguri și Criminalitate și Interpol. ONU are în vedere dezvoltarea unei baze de date a incidentelor biologice, complementare Bazei de date a Biocrimelor din cadrul Interpol, fundamentată pe experți și laboratoare care să se asigure de faptul că avansul tehnologiei biologice nu poate fi folosit în scopuri teroriste sau criminale. Lupta antiteroristă trebuie să aibă loc în mod coordonat și pe internet, unde manifestările și recrutările în scop terorist pot fi monitorizate și eradicat la nivel internațional și regional.

Îmbunătățirea controlului la frontiere, astfel încât perindările teroriștilor să fie prevenite, iar traficul ilicit de arme, muniție, explozibili și materiale nucleare, biologice, chimice sau radiologice – eradicat, să constituie un efort constant și eficace al fiecărui stat, al înțelegerilor bilaterale și regionale, integrându-se în politica internațională de colaborare. Cooperarea internațională se extinde și la nivelul securității fabricării și acordării documentelor de identitate și de călătorie, pentru a detecta și preveni utilizarea lor frauduloasă, Interpolul având atribuții în împărtășirea informațiilor relevante referitoare la documentele furate sau pierdute.

3.2. Măsuri adoptate de Consiliul Europei

Convenția Consiliului Europei privind prevenirea terorismului, adoptată la Varșovia în mai 2005, reglementează ca infracțiuni provocarea publică de a comite o infracțiune de terorism (prin distribuirea ori punerea la dispoziție în alt mod a unui mesaj către public, cu intenția de a instiga la comiterea unei infracțiuni de terorism, dacă acest comportament creează un pericol ca o astfel de infracțiune să fie comisă⁷), recrutarea pentru terorism (solicitarea ca o altă persoană să comită o infracțiune de terorism, să participe la comiterea unei infracțiuni de terorism, sau să se alăture unei asociații sau unui grup, cu scopul de a contribui la comiterea uneia sau mai multor infracțiuni de terorism de către acea asociație sau grup⁸), pregătirea pentru terorism (furnizarea de instrucțiuni cu privire la fabricarea sau folosirea explozibililor, a armelor de foc, a altor arme ori substanțe nocive sau periculoase, sau cu privire la alte metode sau tehnici specifice, cu scopul de a comite o infracțiune de terorism sau de a contribui la comiterea acesteia,

⁷ Art. 5 al Convenției.

⁸ Art. 6 al Convenției.

având cunoștință de faptul că pregătirea efectuată este menită să servească acestui scop⁹), fără a fi necesar ca infracțiunile să se fi consumat.

Conform art. 9 al Convenției, reglementările ca infracțiuni ale infracțiunilor conexe – complicitatea și instigarea la infracțiunile de provocare publică de comitere a unei infracțiuni de terorism, recrutarea pentru terorism și pregătirea pentru terorism, precum și organizarea sau participarea intenționată a unui grup de persoane – sunt lăsate la latitudinea statelor semnatare ale Convenției, prin transpunerea în dreptul intern al fiecăruia, astfel încât pedepsele să fie efective, proporționale și descurajatoare, existând posibilitatea de a lua în considerare inclusiv condamnările definitive anterioare pronunțate în străinătate pentru infracțiunile prevăzute de Convenție.

În art. 12 este stipulat faptul că fiecare stat are obligația de a respecta drepturile omului în etapele stabilirii, implementării și incriminării faptelor de terorism, garantând în special dreptul la libertatea de exprimare, libertatea de asociere și libertatea religioasă, în acord cu dreptul internațional și Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale. În aceeași măsură, se impune și respectarea principiului proporționalității, privitor la îndeplinirea scopurilor legitime ale stabilirii, implementării și incriminării faptelor, excluzând orice formă de arbitrar, de tratament discriminatoriu sau rasist.

3.3 Măsuri adoptate de Uniunea Europeană

La nivelul Uniunii Europene, cel mai recent instrument al luptei antiteroriste constă în Directiva 2017/541 din 15 martie 2017 privind combaterea terorismului, care, prin înlocuirea Deciziei-cadru 2002/475/JAI și modificarea Deciziei 2005/671/JAI, reiterează în primul și cel de-al doilea titlu dispozițiile din cele două acte anterioare, privitoare la infracțiunile teroriste. Astfel, „grupul terorist” este reprezentat de un grup organizat format din mai mult de două persoane, stabilit în timp și care acționează concertat în vederea săvârșirii de infracțiuni teroriste, în timp ce „asocierea structurată” definește o asociație care nu s-a constituit la întâmplare pentru a săvârși imediat o infracțiune și care nu are în mod necesar roluri formal definite pentru membrii săi, continuitate în compoziție sau o structură elaborată.

⁹ Art. 7 al Convenției.

Infracțiunile teroriste sunt definite, prin 9 tipuri de acte materiale, ca faptele intenționate de a aduce atingeri vieții unei persoane care pot cauza moartea (a), de a aduce atingeri grave integrității fizice a unei persoane (b), de a răpi sau lua ostatici (c), de a cauza distrugeri masive unei instalații guvernamentale sau publice, unui sistem de transport, unei infrastructuri, inclusiv unui sistem informatic, unei platforme fixe situate pe platoul continental, unui loc public sau unei proprietăți private, susceptibile să pună în pericol vieți umane sau să producă pierderi economice considerabile (d), de a captura aeronave și nave sau alte mijloace de transport colective de pasageri sau de mărfuri (e), de a fabrica, poseda, achiziționa, transporta, furniza sau utiliza arme de foc, explozibili, arme nucleare, biologice sau chimice, precum și, în ceea ce privește armele biologice și chimice, de a le cerceta și dezvolta (f), de a elibera substanțe periculoase sau de a provoca incendii, inundații sau explozii, care ar avea drept efect punerea în pericol a vieților umane (g), de a perturba sau întrerupe aprovizionarea cu apă, electricitate sau orice altă resursă naturală fundamentală, care ar avea drept efect punerea în pericol a vieților umane (h), de a amenința cu înfăptuirea oricăreia dintre actele enumerate la literele (a)-(h).

Aceste acte săvârșite cu intenție, astfel cum sunt definite ca infracțiuni în dreptul intern, care, prin natura sau contextul lor, pot aduce atingere gravă unei țări sau unei organizații internaționale, reprezintă infracțiuni teroriste atunci când sunt comise cu unul sau mai multe dintre scopurile de a intimida grav o populație (a), de a constrânge nelegitim puterile publice sau o organizație internațională să îndeplinească sau să se abțină de la a îndeplini un act oarecare (b) și de a destabiliza grav sau de a distruge structurile politice fundamentale, constituționale, economice sau sociale ale unei țări sau organizații internaționale (c).

Titlul al III-lea, referitor la infracțiunile legate de activități teroriste a operat cele mai multe modificări legislative, pentru ca dispozițiile să ofere autorităților eficiență în lupta împotriva terorismului, raportată la evoluția continuă a societății. Instigarea publică la comiterea de infracțiuni teroriste constă în distribuirea sau punerea la dispoziția publicului în alt mod a unui mesaj, cu intenția de a incita la comiterea uneia dintre infracțiunile teroriste, atunci când un astfel de comportament, indiferent dacă promovează sau nu în mod direct infracțiunile teroriste, creează riscul ca una sau mai multe astfel de infracțiuni să fie comise. Este incriminată și recrutarea în scopuri teroriste, reprezentând faptul de a solicita unei alte persoane să săvârșască

una dintre infracțiunile teroriste sau legate de un grup terorist. Oferirea de instruire în scopuri teroriste constituie oferirea de instrucțiuni cu privire la fabricarea sau folosirea de explozibili, arme de foc sau alte arme sau substanțe toxice sau periculoase sau la alte metode sau tehnici specifice, cu scopul de a comite una dintre infracțiunile teroriste sau de a contribui la una dintre aceste infracțiuni, știind că respectivele competențele furnizate sunt menite să fie utilizate în acest scop.

Noutățile directivei debutează cu art. 8, care reglementează incriminarea infracțiunii de primire de instruire în scopuri teroriste, astfel încât primirea de instrucțiuni de la o altă persoană cu privire la fabricarea sau folosirea de explozibili, arme de foc sau alte arme sau substanțe toxice sau periculoase sau la alte metode sau tehnici specifice, cu scopul de a comite una dintre infracțiunile teroriste sau de a contribui la una dintre aceste infracțiuni, se pedepsește. De asemenea, art. 9 incriminează deplasarea în străinătate în scopuri teroriste, reprezentând deplasarea în altă țară cu scopul de a comite o infracțiune teroristă sau de a contribui la o astfel de infracțiune, participarea la activitățile unui grup terorist sau oferirea sau primirea de instruire în scopuri teroriste. În art. 10 se impune pedepsirea organizării sau facilitării în alt mod a deplasării în străinătate în scopuri teroriste, desemnată de orice act de organizare sau de facilitare prin care se oferă asistență oricărei persoane pentru a se deplasa în străinătate în scopuri teroriste, știind că asistența astfel oferită este în acest scop. Infracțiunea de finanțare a terorismului este prevăzută în art. 11 și reprezintă furnizarea sau colectarea de fonduri, prin orice mijloc, în mod direct sau indirect, cu intenția ca acestea să fie utilizate sau știind că acestea vor fi utilizate, integral sau parțial, pentru a comite orice infracțiune. În continuare, art. 12, 13 și 14 determină apariția infracțiunilor autonome de furt agravat săvârșit în vederea comiterii unei infracțiuni teroriste, de șantaj săvârșit în vederea comiterii unei infracțiuni teroriste, respectiv de producere a documentelor administrative false în vederea comiterii unei infracțiuni teroriste.

4. Concluzii

Terorismul este un fenomen care a contrariat societatea încă din momentele sale de debut și va continua să facă astfel, pentru că își asumă crimele împotriva persoanelor fără legătură directă cu problemele supuse atenției publice ca mijloc de a ajunge la satisfacerea unor obiective de multe ori abstracte. Atâta timp cât crima reprezintă un scop în sine, ea nu încalcă

atât de flagrant legile firii cum se întâmplă când ea survine fără niciun motiv, în afara faptului că numărul victimelor trebuie să atingă un prag în măsură să exploateze sentimentul de teamă al publicului. Suntem de părere că terorismul actual nu este o consecință nemijlocită a tranziției societății care s-a desfășurat pe parcursul a peste douăzeci de secole, ci reprezintă, în esență, o noțiune care nu s-a schimbat deloc. Aparenta liniște pe care individul contemporan o atribuie perioadelor trecute, în opoziție cu terorismul zilelor noastre, nu este decât o falsă percepție cauzată de accesul la informație limitat. Mass-media și internetul au însemnat conectarea în timp real la tot ceea ce se întâmplă în lume, dar acest lucru nu este sinonim cu acalmia, din simplul motiv că uciderile în masă au rămas necunoscute majorității opiniei publice – Orientul Mijlociu oferind un exemplu de vulnerabilitate constantă în acest sens. În același timp, presa și online-ul au devenit instrumentele care vin cel mai mult în sprijinul teroriștilor, promovându-le actele astfel încât toți cetățenii lumii să ia cunoștință de acțiunile lor, amplificându-le o dată în plus consecințele negative.

Mai mult, considerăm că terorismul din Europa este un fenomen care contrariază inclusiv din punctul de vedere al limitării libertății de exprimare, de asociere, de conștiință, pe care europenii nu o pot concepe. Indignarea și frustrarea sunt sentimente care în ultima vreme l-au excedat pe cel de teroare, într-un mediu al culturii drepturilor fundamentale și al promovării ei, în timp ce terorismul provine dintr-un spațiu al ostracizării și pregătește recruți pentru aceleași condiții.

Terorismul internațional nu reprezintă o încălcare a drepturilor fundamentale ale omului – cele referitoare la viață, la libertate și integritate fizică și psihică – numai prin el însuși, ci și prin contra-acțiunile pe care le reclamă din partea guvernelor lumii, ce presupun ingerințe în dreptul la viața privată. Deși UE și ONU conduc lupta împotriva terorismului prin acțiuni legislative complexe, frecvente și actualizate, natura sancționatorie a acestora nu este în măsură să îngreuneze săvârșirea faptelor ce intră sub incidența terorismului și cu atât mai puțin să o oprească. Respectarea unitară a drepturilor omului impune în aceeași măsură respectarea drepturilor celui suspectat sau condamnat pentru terorism, care de cele mai multe ori este prea puțin stimulat de reducerile pedepselor în schimbul informațiilor privitoare la gruparea din care face parte. De asemenea, acțiunile comune se concentrează în mare parte asupra prevalenței unei conduite orientate pe satisfacerea unor obiective provenite din intersectarea tuturor domeniilor de

referință (juridic, economic, social, educațional, etc.), în detrimentul adoptării unor acțiuni concrete care să fie în măsură să inhibe fenomenul terorist. Insuficienta claritate a normelor existente este materializată în frecvența mare a atacurilor teroriste din Europa de Vest din ultima vreme, carență secondată și de obligația statelor de a urma un protocol prea rigid care presupune certitudini ce sunt confirmate abia după comiterea atacurilor și implicit, moartea făptuitorilor.

Condamnarea terorismului ca una dintre cele mai importante amenințări la adresa păcii și securității internaționale se concretizează în acțiuni comune care se doresc a fi însușite de către toate statele lumii. Totuși, consensul în vederea unei convenții conclusive și cuprinzătoare referitoare la terorismul internațional vizează un efort comun care încalcă suveranitatea exclusivă a fiecărui stat și este, în consecință, o provocare a secolului al XXI-lea, atât pentru actorii statali, cât și pentru organizațiile internaționale.

**POSIBILITATEA BREVETĂRII UNUI PROGRAM PENTRU
CALCULATOR ÎN VIZIUNEA OFICIULUI EUROPEAN AL
BREVETELOR**

**THE POSSIBILITY OF A PATTERN FOR A CALCULATOR'S
PROGRAM IN THE VIEW OF THE EUROPEAN PATENT OFFICE**

VALENTINA ROȘCA¹

Rezumat: În acest studiu am încercat să oferim un conținut teoretic și practic asupra posibilității brevetării unui program pentru calculator conform doctrinei și jurisprudenței Oficiului European al Brevetelor de Invenție. Am reușit să elucidăm și să analizăm evoluția în plan comparativ a concursului dintre normele dreptului de autor și cele privind brevetele de invenție prin prisma protecției oferite unor asemenea produse ale activității intelectuale, precum sunt programele de calculator. Astfel, abordarea din punct de vedere științific a fost orientată inclusiv spre înțelegerea condițiilor și ipotezelor în care autorul unui programul de calculator poate obține un brevet de invenție și beneficia de efectele juridice ale acestuia.

Cuvinte cheie: drept de brevet, program pentru calculator, drept de autor, Oficiul European al Brevetelor de Invenție, protecție

Abstract: In this study we attempted to offer theoretical and practical content on the possibility of patenting a computer implemented invention according to doctrine and case law of European Patent Office. We have been able to elucidate and analyze a comparative evolution of the competition between copyright and patent laws regarding the protection afforded to such intellectual work products as computer programs. Thus, the scientific approach has also been aimed towards understanding the conditions and assumptions under which the author of a computer implemented invention can obtain a patent right over his invention and benefit from its legal effects.

Keywords: patent rights, computer implemented inventions, copyright, European Patent Office, protection

¹ Studentă în anul IV al Facultății de Drept, Universitatea de Stat din Moldova. Autoarea a participat ca student în cadrul Facultății de Drept, UAIC prin programul de mobilitate studențească Erasmus+ în cel de-al doilea semestru al anului academic 2016-2017.

1. Introducere

Importanța industriei IT în contextul dezvoltării dinamice a raporturilor socio-economice naționale și internaționale este într-o continuă creștere. În acest context, un subiect destul de controversat apare a fi protecția juridică conferită programelor pentru calculator.

Deși atât la nivel național, cât și european, programele pentru calculator sunt protejate prin dreptul de autor, în literatura de specialitate și în practică se admite ipoteza în care programele pentru calculator ar putea constitui obiect al unui brevet de invenție. Scopul acestei lucrări este de a identifica dacă în viziunea Oficiului European al Brevetelor (OEB) programele pentru calculator pot îndeplini condițiile de brevetabilitate. Dorim să precizăm că explicațiile și analiza ce urmează prezintă un caracter general, cu toate că pentru a decide dacă un program pentru calculator este brevetabil sau nu trebuie efectuată o evaluare individuală a acestuia, în scopul de a constata dacă în ansamblul său programul constituie o invenție brevetabilă.

2. Protecția juridică a programelor pentru calculator

În prezent, principala cale de protecție juridică a programelor pentru calculator este cea a dreptului de autor. Cu toate acestea, în literatura de specialitate și în practica judiciară sunt expuse mai multe opinii privind protecția adecvată programelor de calculator. Astfel, specialiștii² s-au configurat în trei grupuri distincte:

- susținătorii protecției oferite prin prisma dreptului de autor;
- susținătorii oportunităților oferite de către aplicabilitatea unui brevet de invenție, și
- susținătorii protecției prin crearea unui drept *sui generis*, care ar împrumuta elemente atât de la brevetul de invenție, cât și din sfera dreptului de autor.

Organizația Mondială a Proprietății Intelectuale (OMPI) prin adoptarea Acordului OMPI³ privind dreptul de autor menționează că „Programele pentru calculator sunt protejate ca și operele literare, în

² Pentru detalii, a se vedea L. Diver, *Would the current ambiguities within the legal protection of software be solved by the creation of a sui generis property right for computer programs?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol.3, No.2/2008, p. 125.

³ Art. 4 al Tratatului O.M.P.I. privind dreptul de autor, adoptat la 20.12.1996.

sensul art. 2 din Convenția de la Berna⁴. Protecția prevăzută se aplică programelor pentru calculator indiferent de modul sau forma de exprimare”.

Art. 10 al Acordului TRIPS⁵ face o specificare potrivit căreia programele pentru calculator, fie că sunt exprimate în cod sursă, fie în cod obiect, vor fi protejate ca opere literare în baza Convenției de la Berna. Prevederi similare se regăsesc și în art. 6 al Directivei 2009/24/CE⁶ privind protecția juridică a programelor pentru calculator, care stipulează următoarele: „Cadrul juridic comunitar privind protecția programelor pentru calculator poate așadar, într-o primă etapă, să se limiteze la a stabili că statele membre trebuie să acorde protecție programelor pentru calculator în temeiul dreptului de autor, în calitate de opere literare(...)”. În consecință, programele pentru calculator se bucură de protecția dreptului de autor conform Directivei 2009/24/CE. Adoptarea acesteia s-a dovedit a fi necesară din motive de claritate și coerență, ori prin prevederile acesteia s-a urmărit tocmai introducerea unei poziții definitive în ceea ce privește protecția juridică a programelor de calculator.

În Marea Britanie⁷ și SUA⁸, protecția programelor de calculator este acordată prin legislația din sfera dreptului de autor. În jurisprudența britanică s-a statuat că domeniul protecției programelor de calculator prin drept de autor este unul destul de amplu și merită o investigație mai complexă. Analiza se impune a fi făcută prin prisma scopului protecției în sine⁹.

Normele dreptului de autor au ca finalitate contracararea și eventual sancționarea copierii non-literale¹⁰. În general, scopul oricărui sistem de protecție este furnizarea unui „mediu care să permită recuperarea investițiilor în dezvoltarea pachetelor de programe pentru a permite

⁴ Convenția de la Berna pentru protecția operelor literare și artistice din 9 septembrie 1886, [Online] la: <http://www.orda.ro/default.aspx?pagina=209>.

⁵ Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights, anexa la The Agreement establishing the World Trade Organization, din 1 ianuarie 1995.

⁶ Directiva 2009/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2009, privind protecția juridică a programelor pentru calculator.

⁷ S3 (1)(b) Copyright, Designs and Patents Act 1988.

⁸ Title 35 of the United States Code, art. 101.

⁹ W.A.White, *Copyright In Computer Software, More Wrong Than Right?* March 2003, Kent Law School Undergraduate IP dissertation, Kent University, UK, [Online] la: <https://www.kent.ac.uk/law/ip/IPdissertations.htm>, accesat 28.09.2017.

¹⁰ Copierea non-literală se referă la situații în care „structura, fluxul și secvența de operațiuni”, mai degrabă decât codul actual al programului, sunt copiate fără consimțământ.

reinvestirea în continuare”¹¹. Există o logică inerentă în această abordare: într-o economie capitalistă, supraviețuirea unui antreprenor este garantată numai în cazul în care se generează venituri suficiente pentru a acoperi cheltuielile necesare. Cel mai mare pericol pentru editorul de software este pirateria. Dacă sunt prea puțini consumatori care plătesc pentru programul achiziționat, atunci editorul nu va obține venituri suficiente pentru a-și acoperi costurile. Motivul pentru care dreptul de autor conferă protecție juridică software-ului este ușurința cu care obiectul și codul sursă sunt reproduse, spre deosebire de alte elemente de tehnologie, precum și necesitatea unei protecții imediate.

În Franța, în anul 1973, legiuitorul și-a exprimat clar voința de a nu considera invenții programele sau seriile de instrucțiuni, oricare ar fi importanța și rezultatele lor¹². În consecință, s-au respins cererile de brevetare a programelor pentru calculator. Aceeași soluție a fost adoptată în Austria, Italia și Olanda.

În Germania, jurisprudența a fost inițial favorabilă protecției programelor de calculator prin brevet, dar în anul 1979, Curtea Federală a decis că programele nu sunt brevetabile, soluție care a fost ulterior adoptată și de către legiuitorul german, care a reglementat că programele pentru calculator nu sunt brevetabile¹³.

În Republica Coreea (Coreea de Sud), regula generală este aceea că programele de calculator se bucură de protecția dreptului de autor conform Actului privind protecția Programelor de Calculator, act ce vizează toate programele de calculator, cu excepția limbilor în care poate fi utilizat programul, regulilor și algoritmilor acestuia. În același timp, este posibilă și obținerea brevetului pentru un program de calculator dacă acesta este înregistrat pe un suport de stocare ca CD-Rom, disc sau altele; combinația dintre hardware și software ca întreg reprezintă o îmbunătățire față de alte invenții care există în stadiu tehnic la momentul în care este solicitat dreptul de brevet și ultima cerință este să ofere o soluție tehnică completă¹⁴.

¹¹ The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law, *The Relative Roles of Patent and Copyright in the Protection of Computer Programs*, 17 J. Marshall J. Computer & Info. L. 41 (1998), p. 13.

¹² V. Roș, *Dreptul proprietății intelectuale*, vol. I, Editura C.H. Beck, 2016, p. 379.

¹³ V. Roș, op.cit., p.470.

¹⁴ În acest sens, a se vedea <http://www.epo.org/service-support/faq/searching-patents/asian/korea.html#faq-408>, accesat 25.09.2017.

În India, conform Actului privind Brevetele de invenție din 2005, programele de calculator *per se* sunt, de asemenea, excluse de la brevetare. Instanțele de judecată indiene nu oferă o explicație privind acest caracter „*per se*”, adoptând soluțiile din jurisprudența europeană. Această incertitudine a generat anumite consecințe. Un număr considerabil de persoane din India, în special programatorii, consideră că orice restricție privind utilizarea software-ului constituie un impediment inclusiv pentru dezvoltarea acestuia. Aceștia consideră ca brevetele ar trebui în general eliminate sau considerabil limitate¹⁵.

În România, în conformitate cu art. 72 al Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe¹⁶, protecția programelor pentru calculator include orice expresie a unui program, programele de aplicație și sistemele de operare, exprimate în orice fel de limbaj, fie în cod-sursă sau cod-obiect, materialul de concepție pregătit, precum și manualele.

Conform unor opinii din literatura juridică¹⁷, legiuitorul român a adoptat o soluție evazivă, în sensul că s-a abținut să includă categoric programele de calculator în categoria „operelor literare”. Astfel, în sistemul de drept român, programele pentru calculator sunt doar „alăturate” principalelor genuri de „opere literare”.

Ca efect al transpunerii prevederilor din art. 52 al Convenției Brevetului European (EPC)¹⁸, art. 7 al Legii nr. 64/1991 privind brevetele de invenție¹⁹ prevede că: *„un brevet poate fi acordat pentru orice invenție având ca obiect un produs sau un procedeu, în toate domeniile tehnologice, cu condiția ca aceasta să fie nouă, să implice o activitate inventivă și să fie susceptibilă de aplicare industrială. În acest sens, nu sunt considerate invenții și nu pot beneficia de protecția brevetului de invenție: descoperirile, teoriile științifice și metodele matematice; creațiile estetice; prezentările de*

¹⁵ Indo European Conference Report 2016, [Online] la: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/2fe56f4f2ff3deb5c1257e04003c4ab8/\\$FILE/indo_european_conference_report_2016_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/2fe56f4f2ff3deb5c1257e04003c4ab8/$FILE/indo_european_conference_report_2016_en.pdf), accesat la 26.09.2017.

¹⁶ Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, actualizată la data de 8 noiembrie 2015.

¹⁷ T. Bodoacă, L.I. Tarnu, *Dreptul proprietății intelectuale*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p.148.

¹⁸ Convenția privind eliberarea brevetului european (Convenția brevetului european) din 1973, [Online] la: <http://www.osim.ro/legislatie/LegislatiaInDomeniulBreveteInventii.php#AcorduriSiConventii>

¹⁹ Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție.

informații, planurile, principiile și metodele în exercitarea de activități mentale, în materie de jocuri sau în domeniul activităților economice, precum și programele de calculator”.

În primul alineat al art. 7 se exclude posibilitatea obținerii protecției juridice a brevetelor de invenție pentru programele pentru calculator. În același context, în al treilea alineat, textul de lege reglementează totuși o excepție, care stabilește că nu este interzisă brevetarea obiectelor sau activităților enumerate anterior decât în măsura în care cererea de brevet de invenție ori brevetul de invenție se referă la un program pentru calculator *per se*.

Totuși, considerăm că admiterea și chiar apetența spre protecția prin brevet de invenție ridică cel puțin câteva semne de întrebare privind eficiența și compatibilitatea invențiilor cu programele pentru calculator. Studiul oricărui proces sau fenomen este de neconceput fără analiza și înțelegerea detaliată a conceptelor ce stau la baza lui. Analiza condițiilor și oportunității brevetării unui program pentru calculator nu face excepții. Pentru a dispune de un fundament pe care urmează să fie clădit întregul demers științific privind această instituție, în primul rând trebuie analizat conceptul de programe de calculator.

Organizația Mondială pentru Proprietatea Intelectuală, în perioada pregătirilor pentru adoptarea Acordului OMPI ce vizează dreptul de autor, a elaborat o definiție potrivit căreia: „*programele pentru calculator reprezintă o mulțime de instrucțiuni, care odată încorporate pe un suport descifrabil de către o mașină de procesare a informațiilor, indică, execută, ori permite obținerea unei funcții, a unei sarcini ori a unui rezultat*”²⁰.

Conform prevederilor art. 7 al Directivei 2009/24/CE, un „program pentru calculator” ar trebui să includă programe indiferent de forma acestora, inclusiv cele care sunt încorporate în hardware. Această noțiune include, de asemenea, lucrările de concepție pregătitoare care au drept scop dezvoltarea unui program, cu condiția ca acestea să fie de natură să permită realizarea acestuia pentru calculator într-un stadiu ulterior.

Oficiul European al Brevetelor a introdus conceptul de *Computer Implemented Inventions* (CII)²¹, ce este definit ca fiind o invenție a cărei implementare implică utilizarea unui calculator, a unei rețele de calculatoare

²⁰ <http://www.osim.ro/legis/brevet/stocholm967.htm>, accesat la 25.08.2017.

²¹ <https://www.epo.org/news-issues/issues/software.html>, accesat la 25.08.2017.

sau a altui echipament programabil. Pentru a fi brevetată, o astfel de invenție trebuie să prezinte caracteristici care să poată fi realizate, în totalitate sau în parte, prin intermediul unui program de calculator.

În literatura de specialitate²², programul pentru calculator ar reprezenta o succesiune de instrucțiuni specifice pentru executarea, într-o anumită ordine, a unor operațiuni, în vederea obținerii unui rezultat. Programul trebuie să fie specific proceselor industriale și instalațiilor în care este integrat.

3. Brevetul european și programul pentru calculator

Convenția Brevetului European stabilește și interpretează cerințele ce trebuie să le îndeplinească o soluție tehnică pentru a putea fi protejată prin brevet de invenție, însă nu conferă nicio definiție termenului „invenție”. Tradiția juridică europeană a brevetului de invenție a stabilit că pot beneficia de protecție prin brevet de invenție doar creațiile tehnice. Astfel, am putea deduce că invenția este o creație intelectuală care prezintă caracteristici tehnice. Deși omite definirea termenului, aceasta conține o enumerare expresă a unor categorii de creații intelectuale ce nu sunt considerate invenții. În rândul acestora regăsim și programele pentru calculator²³.

Privind comparativ în cadrul legislației române, Regulamentul de aplicare a legii privind brevetele de invenție²⁴ admite, prin art. 44 alin. (8), că invențiile din domeniul programelor de calculator sunt brevetabile. Pot fi protejate prin brevet invențiile a căror realizare implică utilizarea unui calculator, a unei rețele de calculatoare sau a altor aparate programabile. Aceste invenții au, la prima vedere, una sau mai multe caracteristici noi și sunt realizate, în tot sau în parte, cu ajutorul unuia sau al mai multor programe pentru calculator. Cu alte cuvinte, ceea ce obține protecția dreptului de brevet este invenția în sine, iar nu mijlocul prin intermediul căruia aceasta este pusă în funcțiune. Expresia „invenție implementată de calculator” include revendicări care implică calculatoare, rețele de calculatoare sau alte aparate programabile prin care, la prima vedere, una sau mai multe caracteristici ale invenției revendicate sunt realizate prin

²² I. Macovei, *Tratat de drept al proprietății intelectuale*, Editura C.H. Beck, București 2010, p.68.

²³ Art. 52 alin.(2) din Convenția Brevetului European.

²⁴ Regulamentul de aplicare a Legii nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, publicat în Monitorul Oficial nr. 456 din 18 iunie 2008.

intermediul unui program sau al unor programe²⁵. Astfel, un program de calculator revendicat prin el însuși nu este exclus de la brevetare dacă este capabil să producă, atunci când rulează sau se încarcă într-un computer, un efect tehnic suplimentar care depășește interacțiunile fizice „normale” dintre program (software) și computerul (hardware) pe care este rulat.

În domeniul invențiilor implementate cu ajutorul calculatorului, există numeroase decizii care contribuie în mod semnificativ la interpretarea Convenției Brevetului European. Pe lângă faptul că oferă soluții unor situații de conflict apărute în practică, acestea conțin și orientări cu privire la ce poate fi considerat brevetabil și ce nu poate beneficia de o asemenea protecție juridică.

Astfel, în una din deciziile²⁶ Curții de Apel din cadrul OEB, se menționează că art. 52 alin. (2) lit. (c) din Convenția Brevetului European prevede că programele pentru calculator nu sunt considerate invenții în sensul convenției, și astfel nu vor putea fi breveteate. Art. 52 alin. (3) din Convenție stabilește o limitare importantă a domeniului de aplicare al acestei excluderi. Această limitare se aplică numai în măsura în care o cerere de brevet european sau un brevet european se referă la programe pentru calculatoare „considerate în sine”. Interpretarea în ansamblu a celor două dispoziții demonstrează că legiuitorul nu a avut intenția de a exclude de la brevetare toate programele pentru calculator. Cu alte cuvinte, Curtea explică că nu va fi respinsă cererea de brevet pentru programele de calculator, când acestea nu sunt considerate a fi programe de calculator în sine.

Excluderea de la brevetarea programelor pentru calculatoare considerate în sine (art. 52 alin. (2) și (3) din EPC) este fundamentată pe ipoteza că aceste programe sunt considerate creații abstracte, lipsite de caracter tehnic. Din contextul celor analizate anterior, s-ar putea conchide că sintagma „considerate în sine” presupune îndeplinirea cerinței caracterului tehnic al invenției. De aici însă se impune o altă problemă, și anume aceea de interpretare și înțelegere aceea ce presupune mai exact „caracterul tehnic”, făcând referire exclusiv la programele pentru calculator.

²⁵ I. Macovei, op.cit. p.68.

²⁶ Decision of 1 July 1998, Case Number: T 1173/97 - 3.5.1, [Online] la: <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t971173ex1.html>, accesat la 26.09.2017.

În decizia nr. G 0003/08²⁷, Comisia de Apel a OEB menționează că nu există o definiție care să cuprindă exact ce intră în limitele acestui caracter „tehnic”. În scopul interpretării excluderii de la brevetarea programelor pentru calculatoare, în cadrul art. 52 alin. (2) și alin. (3) al Convenției, se prevede că programele pentru computere nu pot fi considerate ca având caracter tehnic, doar prin simplu fapt că sunt programe pentru calculator. Acest aspect înseamnă că modificările fizice ale hardware-ului (care produce de exemplu, curent electric) ce derivă din executarea instrucțiunilor tehnice nu reprezintă în sine caracterul tehnic necesar pentru evitarea excluderii acestor programe de la brevetare. Deși aceste modificări ar putea în primă instanță să fie considerate tehnice, ele nu sunt decât niște trăsături comune pentru toate programele care au fost create pentru a putea fi rulate prin intermediul unui calculator și, prin urmare, nu pot constitui un criteriu de delimitare între programele de calculator care prezintă caracter tehnic și cele care nu sunt „considerate în sine”.

Curtea, în speța menționată, consideră că ar putea să se analizeze caracterul tehnic al invenției și din alt punct de vedere. Astfel, se poate contura o nouă interpretare prin analiza efectelor ulterioare rezultate din executarea prin hardware a instrucțiunilor date de programul pentru calculator. În ipoteza în care efectele menționate au caracter tehnic sau determină software-ul să rezolve probleme tehnice, ar putea să se considere creația o invenție, ce ar putea fi brevetată. În consecință, dreptul de brevet poate fi obținut nu numai în cazul unei invenții care implică un software ce gestionează prin intermediul unui calculator un proces industrial, dar și în oricare situație când calculatorul este unicul instrument sau cel puțin unul dintre instrumentele necesare pentru obținerea unui produs tehnic asemănător celui menționat anterior, unde un astfel de efect tehnic poate rezulta din funcționarea unui calculator sub influența programului.

De exemplu, o metodă de codare a informațiilor audio într-un sistem de comunicare poate avea ca scop reducerea denaturării induse prin zgomotul canalului. Deși procedeul care stă la baza unei astfel de metode poate fi considerat că rezidă într-o metodă matematică, metoda de codificare ca întreg nu este o metodă matematică „ca atare” și, prin urmare, nu este exclusă de la brevetare prin articolul 52 alineatul (2) litera (a) și alin. (3) din

²⁷ G 0003/08 of 16.10.2009, [Online] la: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/g080003ex1.html#q>, accesat la 25.09.2017.

Directivă. În mod similar, o metodă de criptare/decriptare sau semnarea comunicărilor electronice va fi considerată o metodă cu caracter tehnic, chiar dacă se bazează în esență pe o metodă matematică²⁸.

În ceea ce privește practica brevetării, comisiile au cerut ca invențiile să se evidențieze printr-un caracter tehnic. În urma unor analize, s-a stabilit că nu există nicio decizie prin care o comisie de apel a atribuit un caracter tehnic unui program de calculator, deoarece programul este destinat utilizării într-un aparat tehnic, și anume un calculator.

În altă ordine de idei, Președintele OEB a adresat o serie de întrebări Colegiului Lărgit de Apel în vederea obținerii unor îndrumări privind aspecte nuanțate ale brevetării programului de calculator. Astfel, o problemă evidențiată în unul dintre Avizele²⁹ Colegiului a fost aceea a semnificației și rolului termenilor utilizați în cazul revendicării unei invenții ce are ca obiect un program pentru calculator. În acest sens, s-au solicitat lămuriri cu privire la posibilitatea ca un program de calculator să fie exclus de la protecția acordată prin brevet, dacă este explicit revendicat ca „program pentru calculator”. Întrebarea se referă la ipoteza în care cel care revendică brevetarea unei invenții trebuie să utilizeze nemijlocit sintagma „program de calculator”. Dacă admitem o asemenea interpretare, probabil că cererea de brevet a unui solicitant care utilizează un sinonim pentru „program de calculator”, de exemplu „modul de software executabil” sau oricare altă îmbinare de termeni, nu ar fi respinsă de la înregistrare, tot așa cum așa cum nu ar fi evitată excluderea dacă s-ar fi solicitat dreptul de brevet pentru aceeași invenție, sub denumirea de program de calculator. Cu toate acestea, presupusa diferență nu se referă doar la forma cuvintelor alese. Substanța acestor revendicări, adică metoda de bază care se efectuează cu ajutorul calculatorului este identică, indiferent de denumirea atribuită.

Decizia T 1173/97³⁰ precizează totuși că accentul se pune pe funcția programului de calculator, mai degrabă decât pe maniera în care este

²⁸ Opinion of the Enlarged Board of Appeal in case G 003/08, 12 May 2010, [Online] la: http://www.eplawpatentblog.com/2010/May/G3_08_Opinion_12_05_2010_en.pdf, accesat la 24.09.2017.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Decision of 1 July 1998, Case Number: T 1173/97 - 3.5.1; Applicant: International Business Machines Corporation. Aceste decizii se referă la o cerere de obținere a unui brevet de invenție de către compania IBM, cerere care a fost respinsă, deși invenția corespundea cerințelor de brevetabilitate. Respingerea cererii a fost motivată prin faptul că în conformitate cu Regulile privind examinarea în OEB, un program de calculator înregistrat pe un purtător de

pretinsă, fie că se revendică brevetarea invenției ca program de calculator sau metodă implementată de calculator. Așadar, s-a ajuns la ipoteza că nu contează denumirea folosită pentru identificarea invenției, aceasta nefiind determinantă pentru acordarea sau nu a brevetului de invenție.

O altă controversă a fost evidențiată, analizându-se dacă trăsăturile/caracteristicile suportului pe care programul de calculator este stocat ca element al acesteia pot constitui o condiție de brevetabilitate. Această problemă a fost adusă în dezbatere întrucât în unele decizii³¹ Oficiul European pentru Brevet a ținut cont de acest criteriu, pe când în alte hotărâri l-a omis. Comisia a ajuns în cele din urmă la o concluzie și este de opinie că, în ceea ce privește excluderile prevăzute la art. 52 alin. (2) și (3) din Convenția Brevetului European, nu are importanță dacă programul de calculator este revendicat în sine sau ca o înregistrare pe un purtător de informație. Aceasta consideră că nu ar trebui să existe incertitudini cu privire la faptul că dacă, de exemplu, un program pentru calculator este stocat pe un suport care poate fi citit doar de către un calculator, suportul nu este altceva decât mijlocul fizic pe care este salvat programul și respectiv acesta nu face parte din invenția propriu-zisă.

Sintetizând cele analizate, o cerere ce are ca obiect brevetarea unui program de calculator poate evita totuși excluderea prevăzută în art. 52, cu respectarea tuturor cerințelor și criteriilor stabilite atât de lege, cât și de jurisprudență.

4. Concluzii

Industria programelor pentru calculator este una dintre cele mai importante industrii actuale. Pe măsură ce tehnologia avansează și atinge noi orizonturi, invențiile implementate prin intermediul calculatorului sunt tot mai răspândite și din ce în ce mai mult utilizate în toate domeniile tehnologiei.

Cert este că resursele de cercetare și dezvoltare folosite în procesul de realizare a unui asemenea produs, cât și în comercializarea acestora sunt enorme. Este însă discutabilă măsura în care acest efort este apreciat la justa

informație, nu poate fi brevetat indiferent de conținutul său. [Online] la: <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t971173ex1.html>, accesat la 26.09.2017.

³¹Ibidem.

valoare, atât timp cât inventatorii nu au siguranța că vor putea beneficia și din punct de vedere economic de pe urma aplicării invenției lor. Astfel, protecția prin brevet de invenție este bine meritată pentru creațiile tehnice implementate cu ajutorul calculatorului, ca și pentru orice alte inovații în domeniul tehnologiei.

Alegerea dacă un program de calculator va beneficia de protecția oferită fie prin brevet, fie prin drept de autor, credem că revine până la urmă cercetătorului sau autorului invenției. Important este însă factorul normativ, care ar trebui să permită și să ofere soluții de protecție adecvate și suficiente, astfel încât să stimuleze progresul tehnologiei, artei și societății în ansamblul său.

**HERMENEUTICA UNOR CONDIȚII DE VALIDITATE LA
ÎNREGISTRAREA MĂRCILOR TRIDIMENSIONALE**

**HERMENEUTICS OF CONDITIONS OF VALIDITY AT THE
REGISTRATION OF THREE-DIMENSIONAL MARKS**

VASILE SOLTAN¹

Rezumat: Domeniul dreptului proprietății intelectuale a ajuns la o etapă marcată de o flexibilitate sporită în ceea ce privește semnele susceptibile de a fi înregistrate ca mărci. Printre acestea, de o atractivitate deosebită sunt formele tridimensionale, considerate mărci neconvenționale. În pofida acestui fapt, înregistrarea unei mărci tridimensionale, precum și menținerea validității acesteia împotriva obiecțiilor formulate de terți, prezintă unele dificultăți. În primul rând, practica arată că aceste mărci mai greu întrunesc condiția distinctivității. În al doilea rând, există prevederi la nivelul UE care restricționează înregistrarea acestora.

Cuvinte cheie: mărci tridimensionale, distinctivitate, natura produsului, valoarea substanțială, rezultatul tehnic.

Abstract: The field of intellectual property has reached a stage marked by an increased flexibility in terms of the forms that may be registered as trademarks. Among these there are three-dimensional forms considered as unconventional trademarks. Shape marks in respect of the article itself or parts of it present much more difficulty, both in terms of registration and in resisting challenges to their validity. There are two reasons for this. The first is the difficulty in practice of showing that such marks are sufficiently distinctive and the second is a set of provisions in European Union trademark law that are specific to shape marks.

Keywords: tridimensional trademarks, distinctiveness, nature of goods, technical result, substantial value.

1. Introducere

Dreptul mărcilor reprezintă un aspect esențial în cadrul strategiei comerciale și sistemului concurențial. În prezent, pentru a-ți fideliza clientela

¹ Student în anul IV la Universitatea de Stat din Moldova, Facultatea de Drept. Autorul a participat ca student în cadrul unei mobilități academice ERASMUS la cursurile Facultății de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași în cel de al doilea semestru al anului academic 2016-2017.

prin calitatea produselor sau a serviciilor tale, este necesar să îți înregistrezi ca mărci semne care permit consumatorului sau utilizatorului final să distingă, fără nicio posibilitate de confuzie, aceste produse sau servicii de produse sau servicii identice sau similare, dar cu o altă proveniență. Tradițional, mărcile comerciale sunt asociate semnelor ce pot fi reprezentate grafic. Dincolo de aceste semne distinctive obișnuite, producătorii au identificat noi categorii de semne, ce sunt cantonate în sfera *mărcilor comerciale netradiționale* care cuprind, printre altele și *mărcile tridimensionale*.

Pentru a ilustra cele menționate, facem trimitere la dispozițiile art. 2 din Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice² în care se prevede că „*poate constitui marcă orice semn susceptibil de reprezentare grafică, cum ar fi: (...) forme tridimensionale și, în special, forma produsului sau a ambalajului (...) cu condiția ca aceste semne să permită a distinge produsele sau serviciile unei întreprinderi de cele ale altor întreprinderi*”. Vom observa în cadrul articolului că dispozițiile art. 2 pot fi considerate perimate în contextul reformelor normative la nivel european. La nivel internațional, o importanță deosebită pentru mărcile tridimensionale o are Tratatul de la Singapore privind dreptul mărcilor, adoptat la 28 martie 2006 în cadrul Conferinței diplomatice pentru adoptarea unui tratat revizuit privind dreptul mărcilor³. În acest context a fost reglementată modalitatea de înregistrarea a unei mărci tridimensionale și anume ce trebuie să conțină cererea adresată oficiului de proprietate intelectuală.

La nivel european, art. 2 din Directiva 2008/95/CE⁴ prevede, printre altele, că „*pot constitui mărci toate semnele susceptibile de reprezentare grafică, inclusiv forma produsului sau a ambalajului său, cu condiția ca astfel de semne să fie capabile să distingă produsele sau serviciile unei întreprinderi de cele ale altor întreprinderi*”. În același sens,

² Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice, republicată în M.Of., Partea I nr. 337 din 8 mai 2014.

³ Tratatul de la Singapore privind dreptul mărcilor, 13-31 martie 2006, ratificat de România prin Legea nr. 360/2007 și Regulament de aplicare a Tratatului de la Singapore privind dreptul mărcilor.

⁴ Directiva 2008/95/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 octombrie 2008 de apropiere a legislațiilor statelor membre cu privire la mărci. Această directivă este modificată prin Directiva 2015/2436 și va fi abrogată începând cu data de 15 ianuarie 2019.

art. 4 din Regulamentul (CE) nr. 207/2009⁵ prevedea că „*pot constitui mărci comunitare toate semnele care pot avea o reprezentare grafică, în special cuvintele, inclusiv numele de persoane, desenele, literele, cifrele, forma produsului sau a ambalajului său, cu condiția ca astfel de semne să fie în măsură să distingă produsele sau serviciile unei întreprinderi de cele ale altora*”. Modernizând domeniul proprietății intelectuale, Regulamentul (UE) 2015/2424⁶, prevede la art. 4 că „*poate constitui o marcă UE orice semn, în special cuvinte, inclusiv numele de persoane, sau desene, litere, cifre, culori, forma produsului sau a ambalajului său ori sunete, cu condiția ca astfel de semne să fie în măsură: (a) să distingă produsele sau serviciile unei întreprinderi de cele ale altor întreprinderi; (b) să fie reprezentate în Registrul mărcilor Uniunii Europene, într-un mod care să permită autorităților competente și publicului să stabilească cu claritate și precizie obiectul protecției conferite titularului respectivei mărci*”. Această definiție o întâlnim și în art. 4 din Regulamentul 2017/1001⁷.

Definiția mărcii tridimensionale poate fi dedusă din art. 3 alin. (3) lit. c) din Regulamentul (UE) 2017/1431⁸. Astfel, marca tridimensională reprezintă „*o marcă compusă dintr-o formă tridimensională sau extinsă la o astfel de formă, inclusiv containerele, ambalajele, produsul în sine sau aspectul acestora (...)*”. Sintagma „extinsă la” înseamnă că marca poate acoperi nu numai formele în sine, ci și formele care conțin elemente verbale sau figurative, etichete etc.

Fiind de o atractivitate sporită, în ultimii ani, oficiile de proprietate intelectuală au primit un număr din ce în ce mai mare de cereri de înregistrare pentru mărci tridimensionale. Această „invazie” neconvențională

⁵ Regulamentul (CE) nr. 207/2009 al Consiliului din 26 februarie 2009 privind marca comunitară.

⁶ Regulamentul (UE) 2015/2424 al Parlamentului European și al Consiliului din 16 decembrie 2015 de modificare a Regulamentului (CE) nr. 207/2009 privind marca comunitară și a Regulamentului (CE) nr. 2868/95 al Comisiei de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 40/94 al Consiliului privind marca comunitară și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 2869/95 al Comisiei privind taxele care trebuie plătite Oficiului pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (mărci, desene și modele industriale). Regulamentul a intrat în vigoare la data de 23 martie 2016, dar conține o serie de dispoziții care vor intra în vigoare începând cu 1 octombrie 2017, întrucât au trebuit dezvoltate prin legislația secundară.

⁷ Regulamentul 2017/1001 al Parlamentului European și al Consiliului din 14 iunie 2017 privind marca Uniunii Europene (care abrogă prevederile Regulamentului 207/2009).

⁸ Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2017/1431 al Comisiei din 18 mai 2017 de stabilire a normelor de punere în aplicare a anumitor dispoziții din Regulamentul (CE) nr. 207/2009 al Consiliului privind marca Uniunii Europene.

se datorează faptului că legislația privind mărcile a îmbrățișat o definiție deschisă care subliniază mai degrabă statutul funcțional, decât cel ontologic, al unui semn. Pe de altă parte, sistemele de înregistrare a mărcilor au evoluat istoric în jurul noilor necesități ale politicilor concurențiale, în paralel cu diversificarea gamei de produse care necesitau a fi promovate. Cu toate că popularitatea acestora este de necontestat la etapa actuală, vom vedea că înregistrarea acestui tip de marcă este mai complicată decât înregistrarea unor mărci obișnuite, cerințele care trebuiesc întrunite fiind ridicate la un nivel mai riguros.

2. Convergența condiției distinctivității cu semnele tridimensionale

Criteriile de apreciere a caracterului distinctiv al mărcilor tridimensionale nu diferă de cele aplicabile altor categorii de mărci (verbale sau figurative). Cu toate acestea, caracterul distinctivității este analizat printr-un filtru mult mai riguros. Percepția publicului relevant nu este în mod necesar aceeași în cazul unei mărci tridimensionale precum este în cazul unei mărci verbale sau figurative⁹. Consumatorii nu au posibilitatea să-și creeze un reper despre originea produselor în funcție de forma sau ambalajul produsului în absența oricărui element grafic sau cuvânt și ar putea, prin urmare, să devină mai dificil să se stabilească caracterul distinctiv al unei mărci tridimensionale¹⁰. Aducem acest argument jurisprudențial în contextul în care potrivit unei cazuistici constante, caracterul distinctiv al unei mărci trebuie apreciat, pe de o parte, în raport cu produsele sau serviciile pentru care este solicitată înregistrarea și, pe de altă parte, în raport cu percepția publicului vizat, care este reprezentat de consumatorul normal informat, suficient de atent și de avizat al acestor produse sau servicii. Lipsa caracterului distinctiv este primul motiv de refuz la înregistrare a acestei categorii de mărci, mai ales atunci când forma sau ambalajele nu conțin cuvinte sau elemente grafice. Cu cât forma pentru care se solicită înregistrarea se aseamănă mai mult cu forma tipică sau cu cea naturală utilizată pentru astfel de produse, cu atât mai mult lipsește caracterul

⁹ T. Cook, *Three dimensional trade marks in the European Union*, Journal of Intellectual Property Rights of Institute of Science Communication and Information resources, New Delhi, Vol 19, November 2014, pp. 423-427.

¹⁰ Hotărârea CJUE –Mag Instrument Inc. c. OHIM, C-136/02 P, ECLI:EU:C:2004:592, punctul 30.

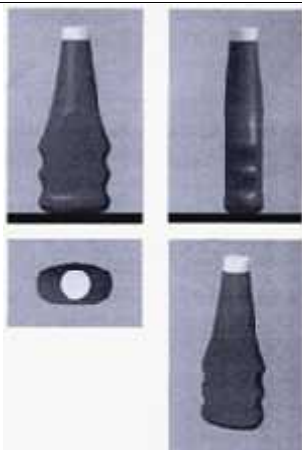


Figura nr. 1. Forma solicitată de către Develey pentru a fi înregistrată drept



Figura nr.2 Forma sticlei Granini

distinctiv¹¹. Prin urmare, este recomandat ca mărcile tridimensionale să conțină pe lângă forma în sine, și elemente verbale sau figurative aplicate acestei forme. Prin cererea de înregistrare, se poate solicita, de asemenea, și o culoare aplicată mărcii, făcându-se o indicație corespunzătoare în acest sens.

Spre exemplu, au fost atestate multe solicitări de înregistrare a sticlelor drept mărci tridimensionale. Marea majoritatea a solicitărilor au fost respinse pe motivul lipsei caracterului distinctiv¹². Astfel, în cauza *Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG c. OAPI*¹³, a fost stabilit că forma mărcii solicitate (Figura nr.1)¹⁴ nu prezenta niciun element singular și ușor de identificat care i-ar permite

să se distingă de formele uzuale disponibile pe piață și care să îi confere o funcție de indicare a originii comerciale. Marca solicitată nu prezenta nicio trăsătură suplimentară care să îi confere capacitatea de a se distinge net de formele curente disponibile și de a rămâne imprimată în memoria consumatorului drept indicație a originii. Într-adevăr, Camera a doua de recurs a OAPI (Oficiul de Armonizare în cadrul Pieței Interne) a considerat că această concepție particulară invocată de Develey s-ar evidenția numai în urma unei examinări analitice

¹¹ F. Soutoul, J.-P. Bresson, *3D Trademarks under French and Community practice*, WIPO Magazine nr. 1/2009, [Online] la http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0004.html, accesat la 15.09.2017.

¹² Pentru o tratare mai amănunțită a formei sticlelor drept mărci tridimensionale, a se vedea D. Friedmann, *The bottle is the message: only the distinctive survive as 3D Community trade marks*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 10, nr.1/2015, p. 40-42.

¹³ Hotărârea CJUE – *Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG c. OAPI*, C-238/06 P, ECLI:EU:C:2007:635.

¹⁴ Imaginea a fost preluată din conținutul Hotărârii menționate la nota de subsol nr. 13.

detaliate pe care consumatorul mediu interesat nu o efectuează.

Pe de altă parte, OAPI furnizează sticla Granini (Figura nr. 2)¹⁵ ca formă exemplară pe care a considerat-o suficient de distinctivă. Sticla poate fi caracterizată printr-o parte cilindrică inferioară și o parte cilindrică superioară deasupra acesteia cu un diametru mai mic. Partea cilindrică inferioară are mai multe denivelări circulare pe suprafața sticlei. Cu toate acestea, cu privire la forma sticlei a fost menționat că trebuie să fie luat în considerare în mod obligatoriu și capacul de culoare roșie.

3. Reprezentarea grafică a mărcilor – criteriu abrogat la înregistrarea mărcii UE

Una dintre condițiile înregistrării unei mărci, inclusiv a unei mărci tridimensionale prevăzută de legislațiile naționale este susceptibilitatea reprezentării grafice a semnului solicitat a fi înregistrat drept marcă. Această condiție este stipulată în textul art. 2 din Legea nr. 84/1998, în cuprinsul art. 1 din Legea britanică cu privire la mărci din anul 1994¹⁶, art. L711-1 din Codul proprietății intelectuale francez¹⁷ etc. Aceasta cerință era prevăzută la nivel european până în anul 2015, când a fost adoptat Regulamentul (UE) 2015/2424. În conformitate cu pct. 9 al Regulamentului enunțat, *în scopul de a permite o flexibilitate sporită, asigurând, în același timp, o mai mare securitate juridică în ceea ce privește mijloacele de reprezentare a mărcilor, cerința privind reprezentabilitatea grafică ar trebui să fie eliminată din definiția mărcii UE. Ar trebui să se autorizeze ca un semn să fie reprezentat în orice formă corespunzătoare cu ajutorul tehnologiei general disponibile, deci nu neapărat prin mijloace grafice, atât timp cât reprezentarea este clară, precisă, autonomă, ușor accesibilă, inteligibilă, durabilă și obiectivă.*

În acest sens, Regulamentul (UE) 2017/1431 prevede la art. 3(1) că *„marca trebuie să fie reprezentată în orice formă corespunzătoare cu ajutorul tehnologiei general disponibile, atât timp cât aceasta poate fi reprodusă în registru într-un mod clar, precis, autonom, ușor accesibil, inteligibil, durabil și obiectiv, în așa fel încât să permită autorităților*

¹⁵ Imaginea a fost preluată de pe <https://www.ige.ch/en/protecting-your-ip/trade-marks/before-you-apply/your-ip-protection-strategy/trade-mark-types.html>.

¹⁶ Trade marks act 1994, [Online] la: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/26/contents>, accesat la 24.09.2017.

¹⁷ Code de la propriété intellectuelle 1992, [Online] la: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=16750>, accesat la 24.09.2017.

competente și publicului să stabilească cu claritate și cu precizie obiectul protecției conferite titularului". Astfel, începând cu 1 octombrie 2017, cerința privind reprezentarea grafică nu se mai aplică la depunerea cererii de înregistrare a mărcii. În cazul unei mărci compuse dintr-o formă tridimensională sau extinse la o astfel de formă, inclusiv containerele, ambalajele, produsul în sine sau aspectul acestora (marcă tridimensională), marca este reprezentată prin depunerea fie a unei reproduceri grafice a formei, inclusiv a unei imagini generate de calculator, fie a unei reproduceri fotografice. Reproducerea grafică sau fotografică poate conține diferite moduri de vizualizare; în cazul în care reprezentarea nu este furnizată electronic, ea poate conține până la șase moduri de vizualizare diferite. Rezultatul este un sistem de tip „primești ceea ce vezi”, care își propune să facă înscrierile mărcilor în Registrul mărcilor Uniunii Europene mai clare, mai accesibile și mai ușor de căutat.

Obiectivul este de a spori securitatea juridică pentru utilizatori și de a reduce rata obiecțiilor de formalitate¹⁸. În schimb, a fost introdusă o nouă condiție: mărcile urmează să fie reprezentate în Registru într-un mod care să permită autorităților competente și publicului să stabilească cu claritate și precizie obiectul protecției conferite titularului respectivei mărci. Cu toate acestea, considerăm că această noutate nu va avea largi implicații asupra mărcilor tridimensionale precum o va avea în cazul mărcilor sonore și olfactive, spre exemplu. Dificultatea reprezentării grafice apare tocmai în cazul acestor tipuri de mărci. Cu privire la mărcile tridimensionale, reprezentarea grafică nu suscita probleme deosebite. Este greu să ne imaginăm că o marcă tridimensională poate fi reprezentată prin alte modalități decât reprezentarea grafică sau fotografică. Totuși, evoluția mărcilor ne-a demonstrat că imposibilul este o noțiune relativă, acest fapt lăsând ușa deschisă spre noi idei, inclusiv cu privire la modalitatea reprezentării mărcilor tridimensionale.

4. Unele motive absolute de refuz la înregistrare – analiză jurisprudențială¹⁹

¹⁸<https://euipo.europa.eu/ohimportal/ro/elimination-of-graphical-representation-requirement>, accesat la 17.09.2017.

¹⁹Acest aspect a fost tratat mai pe larg de către autor în lucrarea *Mărcile sonore și mărcile tridimensionale în calitate de mărci neconvenționale în lumina legislației UE, României și Republicii Moldova. Retrospectivă și perspectivă. Partea I și Partea II*, [Online] la:

Unul dintre motivele absolute de refuz pentru înregistrarea mărcii conform art. 5 lit. e) din Legea nr. 84/1998 este că: „*nu pot fi protejate mărcile constituite exclusiv din forma produsului, care este impusă de natura produsului sau este necesară obținerii unui rezultat tehnic sau care dă o valoare substanțială produsului*”. Aceleași motive de refuz le regăsim și în art. 3 lit. e) al Directivei 2008/95/CE: (i) forma impusă chiar de natura produsului; (ii) forma produsului necesar obținerii unui rezultat tehnic; (iii) forma care dă valoare substanțială produsului. Art. 7 din Regulamentul UE 2017/1001a reformulat aceste temeuri de refuz, fiind acum semnele constituite exclusiv din forma sau din altă caracteristică. Probabil aceasta are drept scop compensarea excluderii cerinței reprezentării grafice.

De la bun început menționăm faptul că motivele de refuz analizate trebuie interpretate în lumina interesului general care se află la baza fiecăruia dintre ele²⁰. Cu ocazia întrebărilor preliminare adresate Curții de Justiție a Uniunii Europene, s-a pus problema dacă restricțiile enunțate vor fi analizate cumulativ pentru a constitui un obstacol la înregistrarea mărcii sau este suficient să existe un singur caz de incompatibilitate. Curtea a statuat că, în cazul în care un singur criteriu dintre cele menționate la această dispoziție este îndeplinit, semnul nu poate fi înregistrat ca marcă, indiferent dacă acest semn poate fi refuzat în temeiul mai multor motive de refuz, în condițiile în care un singur motiv dintre acestea se aplică pe deplin semnului menționat²¹. În cele ce urmează, supunem analizei trei hotărâri ale CJUE care reflecte aceste temeuri de refuz.

Hotărârea C-215/14 *Société des Produits Nestlé SA împotriva Cadbury UK Ltd*²² este invocată, în acest articol, pentru a analiza aspectele privind refuzul înregistrării mărcii atunci când forma este impusă chiar de natura produsului. Această dispoziție a fost concepută cu un scop foarte simplu, acela de a împiedica înregistrarea mărcilor a căror formă este impusă prin natura lor, de exemplu, forma unui măr pentru comercializarea merelor.

<https://www.juridice.ro/523486/marcile-sonore-si-marcile-tridimensionale-calitate-de-marci-neconventionale-lumina-legislatiei-ue-romaniei-si-republicii-moldova-retrospectiva-si-perpectiva-partea-ii.html>.

²⁰ Hotărârea CJUE *Windsurfing Chiemsee*, C-108/97 și C-109/97, EU:C:1999:230, punctele 25-27, precum și Hotărârea *Philips*, C-299/99, EU:C:2002:377, punctul 77.

²¹ Hotărârea CJUE *Hauck GmbH & Co. KG împotriva Stokke A/S și alții*, C 205/13, EU:C:2014:2233, punctele 40 și 41.

²² Hotărârea CJUE *Société des Produits Nestlé SA împotriva Cadbury UK Ltd*, C-215/14, ECLI:EU:C:2015:395.

În mod evident, o marcă cu aceste caracteristici nu putea fi acceptată spre înregistrare, având în vedere lipsa caracterului distinctiv. În acest context, sunt importante și mențiunile cuprinse în Comunicatul nr. 2/98 din 8 aprilie 1998 al Președintelui Oficiului Uniunii Europene pentru Proprietate intelectuală, cu privire la examinarea mărcilor tridimensionale²³: „Oficiul va respinge mărcile tridimensionale care constau exclusiv din recipiente standard sau obișnuite (sticle, cutii etc.) sau forma standard sau obișnuită a mărfurilor pentru care este solicitată înregistrarea. În cazul în care marca tridimensională conține alte elemente (elemente verbale sau figurative sau culori) și atunci când aceste alte elemente singure sau în combinație cu forma tridimensională sunt suficiente pentru a face înregistrarea, Oficiul nu va refuza înregistrarea”.

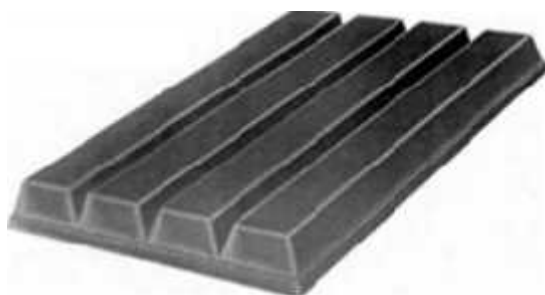


Figura nr.3. Semnul tridimensional înregistrat în calitatea de marcă în anul 2010 la solicitarea Nestle

În speță, Nestlé a solicitat înregistrarea ca marcă a unui semn tridimensional reprezentând forma unei napolitane cu patru batoane învelite în ciocolată („Kit Kat”)(Figura nr. 3)²⁴. Cererea a fost acceptată de Oficiul de Proprietate Intelectuală britanic și publicată în vederea formulării de opoziții. În opinia Oficiului,

chiar dacă marca este lipsită de caracter distinctiv intrinsec, solicitantul a demonstrat că aceasta dobândise un caracter distinctiv ca urmare a utilizării. Ulterior, compania Cadbury a formulat opoziție împotriva cererii de înregistrare, invocând printre altele forma impusă de natura produsului și soluția tehnică. Prin decizia din 20 iunie 2013, examinatorul din cadrul OPI britanic a considerat că marca în discuție era lipsită de caracter distinctiv intrinsec și nu a dobândit distinctivitate în urma utilizării. Astfel, s-a reținut că forma nu putea fi înregistrată ca marcă, deoarece era constituită din trei

²³ Comunicatul nr. 2/98 din 8 aprilie 1998 al Președintelui Oficiului Uniunii Europene pentru Proprietate intelectuală, cu privire la examinarea mărcilor tridimensionale, [Online] la: <http://euipo.europa.eu/en/office/aspects/communications/02-98.htm>.

²⁴ Imaginea a fost preluată din conținutul hotărârii menționate la nota de subsol nr.22.

caracteristici esențiale, dintre care prima caracteristică (forma de bază de bloc dreptunghiular) era impusă chiar de natura produsului, în timp ce celelalte două caracteristici (profundimea canelurilor dispuse de-a lungul fiecărei tablete și numărul acestora) erau necesare obținerii unui rezultat tehnic.

În vederea soluționării apelului formulat împotriva deciziei OPI, Înalta Curte de Justiție din Anglia și Țara Galilor a apreciat că se impune o interpretare a dispozițiilor cuprinse în art. 3 alin. (1) lit.(e) pct. (i) și (ii) din Directiva 2008/95. Instanța de trimitere a solicitat să se stabilească dacă acest articol trebuie interpretat în sensul că se opune înregistrării ca marcă a unui semn constituit din forma produsului în cazul în care această formă cuprinde trei caracteristici esențiale, dintre care una este impusă chiar de natura produsului, iar celelalte două sunt necesare pentru obținerea unui rezultat tehnic.

Instanța de judecată a hotărât că deși cunoaștem că expresia „Kit Kat” apare în relief pe fiecare dintre batoanele care compun napolitana comercializată, *„forma a cărei înregistrare a fost solicitată este lipsită de orice inscripție, existând riscul ca publicul interesat să considere că aceasta se raportează și la produse ale altor întreprinderi”*. Astfel, revine instanței de trimitere să aprecieze dacă forma a cărei înregistrare este solicitată de Nestlé ca marcă, într-o utilizare separată a ambalajului sau a oricărei trimiteri la mențiunea „Kit Kat”, permite identificarea produsului ca fiind, fără nicio posibilitate de confuzie, napolitana „Kit Kat” comercializată de Nestlé cu excluderea oricărei alte mărci de asemenea prezente. Curtea a constatat că, art. 3 alin. (1) lit. (e) din Directiva 2008/95 trebuie interpretat în sensul că se opune înregistrării ca marcă a unui semn constituit din forma produsului în cazul în care această formă cuprinde trei caracteristici esențiale, dintre care una este impusă chiar de natura produsului, iar celelalte două sunt necesare pentru obținerea unui rezultat tehnic, cu condiția, ca cel puțin unul dintre motivele de refuz enunțate la înregistrare să se aplice pe deplin formei în discuție.



Figura nr. 4 Forma înregistrată în calitate de marcă tridimensională la solicitarea Philips

Hotărârea *Koninklijke Philips Electronics NV* împotriva *Remington*

*Consumer Products Ltd*²⁵ va fi analizată pentru a evidenția aspecte referitoare la refuzarea înregistrării ca marcă a formei produsului necesar obținerii unui rezultat tehnic. În anul 1966, Philips a creat un nou tip de aparat de ras electric, dotat cu trei capete rotative și în 1985 reprezentarea grafică a formei și a configurației părții superioare compusă din trei capete circulare cu lame rotative, dispuse în formă de triunghi echilateral fost înregistrată drept marcă (Figura nr.4)²⁶. Remington a început să fabrice și să comercializeze în Regatul Unit, în 1995, aparatul de ras DT 55, dotat cu trei capete rotative care alcătuiesc un triunghi echilateral, potrivit unei configurații asemănătoare celei utilizate de Philips. În consecință, Philips a introdus o acțiune în contrafacere a mărcii sale împotriva societății Remington care, la rândul său, a solicitat anularea mărcii înregistrate de Philips. Înalta Curte de Justiție din Anglia și Țara Galilor a acceptat cererea reconvențională și a ordonat anularea înregistrării mărcii Philips, pe motiv că semnul utilizat nu îndeplinea condiția caracterului distinctiv. Potrivit instanței, marca în litigiu consta exclusiv dintr-un semn care servea în comerț pentru a indica destinația produsului, precum și într-o formă necesară obținerii unui rezultat tehnic.

Instanța de judecată a statuat că motivul de nulitate absolută la înregistrare reglementat de lege are drept scop refuzarea înregistrării formelor ale căror trăsături esențiale îndeplinesc o funcție tehnică, astfel încât exclusivitatea inerentă dreptului de marcă ar limita posibilitatea concurenților de a oferi un produs care include o astfel de funcție sau, cel puțin, libertatea acestora de a alege soluția tehnică pe care doresc să o adopte pentru a include o astfel de funcție în produsul lor. Dorim să accentuăm că art. 3 alin. (1) lit. (e) din Directiva 2008/95/CE urmărește un *scop de interes general*, care impune ca o formă, ale cărei caracteristici esențiale au o funcție tehnică să poată fi utilizată liber de toți producătorii. Această dispoziție împiedică crearea unui monopol de către o întreprindere, datorită înregistrării semnelor ca marcă.

De asemenea, a fost stabilit că acest temei de refuz trebuie să fie interpretat în sensul că un semn constituit



*Figura nr. 5 Scannul Tripp Trapp
înregistrat în calitate de marcă*

Philips Electronics NV împotriva Remington Consumer Products Ltd, C-237/95, 1997, para. 377.
în conținutul articolului disponibil [Online] la: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?abstract_id=2934944, accesat la 24.09.2017.

exclusiv din forma unui produs nu poate fi înregistrat în temeiul acestei dispoziții, în cazul în care se demonstrează că trăsăturile funcționale esențiale ale acestei forme pot fi atribuite exclusiv rezultatului tehnic. În plus, demonstrarea existenței altor forme, care permit obținerea aceluiași rezultat tehnic, nu este de natură să elimine motivul de refuz sau de nulitate a înregistrării, impus de dispoziția respective. Refuzând înregistrarea semnelor respective se reflectă obiectivul legitim de a nu permite persoanelor particulare să utilizeze înregistrarea unei mărci pentru obținerea sau perpetuarea unor drepturi exclusive care privesc soluții tehnice.

În acest context, Curtea a statuat unele explicații și în cauza *Lego Juris/OHIM*²⁷. Astfel, un semn constă „exclusiv” în forma produsului necesară pentru obținerea unui rezultat tehnic atunci când toate caracteristicile esențiale ale formei îndeplinesc respectiva funcție tehnică, iar existența unor caracteristici neesențiale fără funcție tehnică este irelevantă în acest context. Expresia „caracteristici esențiale” trebuie înțeleasă ca vizând elementele cele mai importante ale semnului. Totuși, acest temei nu se aplică dacă forma produselor include un element nefuncțional major, precum un element ornamental sau imaginativ care are un rol important pentru forma acestuia.

Dimpotrivă, prezența unuia sau mai multor elemente arbitrare minore în cadrul unui semn tridimensional în care toate elementele esențiale sunt dictate de soluția tehnică pe care o exprimă acest semn nu are efect asupra concluziei potrivit căreia semnul respectiv este constituit exclusiv din forma produsului necesară pentru obținerea unui rezultat tehnic. Hotărârea *Hauck GmbH & Co. KG împotriva Stokke A/S și alții*²⁸ este prezentată pentru studiul refuzului înregistrării pe motivul existenței unei forme care dă valoare substanțială produsului. În speță, ne referim la un scaun pentru copii denumit „Tripp Trapp”, cu un nivel ridicat de originalitate. *Stokke A/S* a depus la Oficiul pentru Proprietate Intelectuală al Benelux o cerere de înregistrare a unei mărci tridimensionale având aspectul scaunului respectiv (Figura nr. 3)²⁹. La rândul său, compania *Hauck* de asemenea fabrica scaune pentru copii, „Alpha” și „Beta”. În Germania și Țările de Jos - a constatat că scaunul „Tripp Trapp” beneficiază de protecție în temeiul dreptului de autor

²⁷ Hotărârea CJUE *Lego Juris/OHIM*, C-48/09 P, EU:C:2010:516.

²⁸ Hotărârea CJUE *Hauck GmbH & Co. KG împotriva Stokke A/S și alții*, C-205/13, ECLI:EU:C:2014:322.

²⁹ Imaginea a fost preluată din conținutul hotărârii indicate la nota de subsol nr. 28.

și că scaunul „Alpha” încalcă această protecție. În cadrul procedurilor din Țările de Jos, Hauck a formulat o cerere reconvențională de anulare a mărcii „Tripp Trapp”. Instanța a admis cererea de anulare a mărcii menționând că „aspectul atractiv al scaunului Tripp Trapp dă valoare substanțială produsului în cauză și că forma sa este determinată de însăși natura produsului, și anume un scaun pentru copii sigur, confortabil și de calitate”.

Stokke și alții au introdus un recurs incident în cadrul acestei proceduri și s-a considerat că recursul incident implică o interpretare a dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. (e) din Directiva 2008/95/CE. Prin urmare, au fost adresate unele întrebări preliminare Curții: (i) *Motivul de refuz se referă la motivul (sau la motivele) care a stat la baza deciziei de a cumpăra a publicului vizat?* (ii) *forma care dă valoare substanțială produsului există doar atunci când, în comparație cu restul valorilor (siguranță, confort și calitate a materialului), această formă trebuie considerată ca valoarea predominantă, sau poate fi vorba despre o astfel de formă și atunci când, pe lângă această valoare, produsul dispune și de alte valori, care trebuie considerate, de asemenea, substanțiale?* (iii) *este decisivă opinia majorității publicului vizat sau instanțele pot statua că opinia unei părți a publicului este suficientă pentru a aprecia valoarea în cauză ca fiind „substanțială”?*

Instanța de judecată a hotărât că faptul de a considera că forma dă valoare substanțială produsului nu exclude ca și alte caracteristici ale produsului să îi poată conferi acestuia o valoare importantă. Astfel, obiectivul de a evita ca dreptul exclusiv pe care îl conferă o marcă să poată servi la perpetuarea, nelimitată în timp, a altor drepturi supuse unor termene de perempțiune impune ca aplicarea temeiului de refuz să nu fie exclusă în mod automat în cazul în care produsul în discuție îndeplinește, pe lângă funcția sa estetică, și alte funcții esențiale. Astfel, noțiunea „forma care dă valoare substanțială produsului” nu poate fi limitată numai la forma unor produse care au exclusiv o valoare artistică sau ornamentală, cu riscul de a nu acoperi produsele care, pe lângă un element estetic important, au și caracteristici funcționale esențiale.

În plus, în ceea ce privește incidența publicului țintă, o astfel de obligație nu poate fi impusă în contextul acestui temei³⁰. Percepția prezumată a semnului de către consumatorul mediu nu este un element decisiv, ci poate constitui, cel mult, un element de apreciere util pentru

³⁰ Hotărârea Lego Juris/OAPI, EU:C:2010:516, punctul 75.

autoritatea competentă atunci când aceasta identifică caracteristicile esențiale ale semnului³¹. În această privință, pot fi luate în considerare alte elemente de apreciere, precum natura categoriei produselor în discuție, valoarea artistică a formei în cauză, caracterul ei diferit în raport cu celelalte forme uzuale pe respectiva piață, diferența considerabilă de preț în comparație cu produse similare sau elaborarea unei strategii de comercializare care subliniază în principal caracteristicile estetice ale respectivului produs etc.

În acest sens, trebuie observat că în Hotărârea sa preliminară din 20 septembrie 2007, C-371/06 Benetton³², Curtea de Justiție a UE a hotărât că forma unui produs care îi conferă acestuia o valoare substanțială nu poate constitui o marcă nici măcar atunci când, anterior cererii de înregistrare, aceasta a dobândit un caracter atractiv datorită notorietății sale ca semn distinctiv, ca urmare a campaniilor publicitare care prezintă caracteristicile specifice ale produsului în cauză. Astfel, conceptul de „valoare” nu urmează a fi interpretat în sensul de „reputație”, deoarece motivul absolut de refuz se justifică exclusiv prin efectul pe care forma o are asupra valorii adăugate bunului și nu la alți factori, precum reputația mărcii.

Pe de altă parte, aspectul plăcut sau atractiv al formei nu este suficient pentru a-i refuza înregistrarea. Dacă ar fi fost așa, ar fi practic imposibil să existe vreo marcă tridimensională, având în vedere că în comerțul din zilele noastre nu există niciun produs de larg consum care să nu fi făcut obiectul studiilor, cercetărilor și designului industrial înainte de a fi lansat pe piață. Aceste mărci trebuie examinate de la caz la caz. În majoritatea cazurilor, o examinare corespunzătoare va fi posibilă doar atunci când, pe baza informațiilor și documentelor furnizate de solicitant sau de către un terț, se poate demonstra că valoarea estetică a formei, în mod independent, determină într-o măsură semnificativă valoarea comercială a produsului și alegerea consumatorului³³.

³¹ Hotărârea Lego Juris/OAPI, EU:C:2010:516, punctul 76.

³² Hotărârea Benetton Group SpA c.G-Star International BV, C-371/06, ECLI:EU:C:2007:542.

³³ Ghid privind examinarea efectuată de Oficiul pentru armonizare în cadrul pieței interne (mărci, desene și modele industriale) în legătură cu mărcile comunitare, Partea B, Examinarea, Secțiunea 4, motivele absolute de refuz [Oficiul pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (mărci, desene și modele industriale) – OHIM].

Am întâlnit opinia cu privire la inutilitatea acestui criteriu, opinie la care aderăm și noi³⁴. Considerăm că acest criteriu este inutil, deoarece în primul rând se atestă o contradicție. Am observat că distinctivitatea este un criteriu primordial. Mai mult, un consumator mediu nu va putea să își creeze o impresie despre apartenența produsului prin raportare la forma acestuia. Astfel, forma trebuie să conțină și alte elemente verbale sau figurative, atractive pentru ochii și mintea consumatorului. În același timp, datorită temeiului de refuz analizat, acel element atractiv nu trebuie să adauge o valoare substanțială produsului. Aceasta este o linie prea sensibilă care poate fi atinsă cu dificultate. În al doilea rând, luând în considerație faptul că tendințele designului din aproape toate sectoarele se modifică regulat, multe produse care au avut odată un aspect atractiv, *de facto*, nu vor reuși să supraviețuiască termenului de protecție a modelelor. Respectiv, teama că marca tridimensională susceptibilă de a acorda protecție nelimitată și care exclude posibilitatea altora de a utiliza design-urile populare, este relevantă în puține cazuri. În acest sens, practica existentă la acest moment a demonstrat dificultatea aplicării acestui criteriu.

5. Concluzii

Prin prezentul studiu am supus analizei condițiile pe care trebuie să le întrunească mărcile tridimensionale pentru a fi înregistrate, precum și motivele de refuz la înregistrarea lor. Astfel, am constatat aplicare mai rigidă a criteriul distinctivității în cazul mărcilor tridimensionale. Mai mult, considerăm că întreaga procedură de înregistrare și menținerea valabilității unei mărci tridimensionale reprezintă o adevărată „muncă sisifică”. În acest sens, apare întrebarea: câți sunt gata să parcurgă această cale și dacă mărcile tridimensionale sunt de viitor. Este clar, unii tind să înregistreze mărci tridimensionale pentru că dreptul exclusiv pe care îl conferă o marcă să poată servi la perpetuarea acelor drepturi pe care legiuitorul a dorit să le supună unor „termene de prescripție” (modelele industriale, spre exemplu).

Legislațiile naționale, dar și legislația europeană reglementează în mod clar alternativele la care pot apela cei care eșuează în a înregistra o

³⁴ A. Poulsen, *Adding substantial value to shapes – why this absolute ground should be abolished*, Word Trademark Review, Issue 69 October/November 2007 – Seeing in the Dark, [Online] la: <http://www.worldtrademarkreview.com/Magazine/Issue/69/Features/Adding-substantial-value-to-shapes-why-this-absolute-ground-should-be-abolished>, accesat la 25.09.2017.

marcă tridimensională. Ne referim la modelele de utilitate, creații tehnice care prin forma construcției sau asamblarea unui produs au un rol utilitar (dispozitive, mecanisme sau obiecte utile). Principalul dezavantaj este durata limitată a protecției modelului de utilitate comparativ cu mărcile care pot avea o protecție juridică ce poate fi reînnoită de câte ori dorește titularul mărcii. În conformitate cu art. 7 alin. (1) al Legii nr. 350/2007, durata unui model de utilitate este de 6 ani, cu posibilitatea de a fi reînnoită cu încă două perioade de câte 2 ani fiecare. O altă soluție este înregistrarea sub forma modelelor industriale, care reprezintă creații de formă ce permit individualizarea produselor industriale printr-un element estetic sau ornamental. Însă principalul dezavantaj constă în faptul că după împlinirea perioadei de protecție, modelul trece în domeniul public și poate fi utilizat de orice persoană, fără acordul autorului. Totuși, în pofida dificultăților considerabile întâlnite în momentul înregistrării acestui tip de mărci sau în contextul încercărilor de păstrare a acestor mărci împotriva obiecțiilor terților, valoarea „premiului” este de așa natură încât solicitanții vor continua să lupte pentru înregistrarea lor, menținând domeniul mărcilor ca fiind unul plin de viață, dinamic și deschis spre noi provocări.

UN DEBUT „ÎNNEGURAT” AL BREVETULUI UNITAR¹

AN OVERCAST INAUGURATION OF THE UNITARY PATENT

GEANINA-ELENA MICU²

Rezumat: Invențiile contribuie în mod hotărâtor la evoluția tehnică și la dezvoltarea economică. Legislația în materia brevetelor de invenție a cunoscut o evoluție rapidă, astfel că în prezent este supus analizei Regulamentul nr. 1257/2012 de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul creării unei protecții unitare prin brevet. Acest act normativ creează un cadru legislativ adecvat progresului științific și tehnic, necesar pentru buna funcționare a pieței interne, facilitând accesul la noul sistemul de brevetare – mai puțin costisitor și mai sigur din punct de vedere juridic. Cu toate acestea, debutul brevetului unitar este umbrit de criticile specialiștilor în domeniu, care privesc cu reținere necesitatea și oportunitatea noului regulament. Pornind de la cuvintele ilustrului român Titu Maiorescu, care spunea „*Critica să fie și amară, numai să fie dreaptă.*”, considerăm că argumentele critice corecte pot avea rolul binefăcător de optimizare a sistemului brevetului unitar.

Cuvinte cheie: brevet unitar, invenție, brevet de invenție

Abstract: Inventions contribute decisively to the technical evolution and economic development. Patent legislation has known a rapid evolution, so that nowadays Regulation no. 1257/2012 regarding the implementation of enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection is subject to analysis. This legal act creates a legal framework appropriate to scientific and technical progress and is necessary for the smooth functioning of the internal market, facilitating the access to the new patent system – less expensive and more secure from a legal point of view. Nevertheless, the beginning of the unitary patent is overshadowed by the criticism of the specialists in the field, who look with restraint at the necessity and opportunity of the new regulation. Starting from the words of the Romanian illustrious Titu Maiorescu, who said, “*Criticism be even bitter, just to be right!*” we consider that

¹ Articolul este un extras din lucrarea de disertație cu titlul „Un tandem juridic al sistemului de brevetare european”, susținută la finalizarea studiilor de master, sesiunea iulie 2017.

² Absolvent al Facultății de Drept, UAIC, Master, Dreptul Afacerilor (2015-2017), email: micu.geanina.elena@gmail.com.

the right critical arguments can have the beneficial role of optimizing the unitary patent system.

Keywords: unitary patent, invention, patent

Introducere

„Așa cum orice om are nevoie de un dram de artă pentru înseninarea și îmbogățirea sufletului, orice creator sau inventator trebuie să se simtă protejat, ocrotit și respectat prin legea care îi este dedicată”³. Importanța, într-o economie a pieței libere, a protecției juridice prin intermediul brevetelor pentru creațiile intelectuale care respectă condițiile de brevetabilitate, este foarte mare. Sistemul brevetelor de invenție încurajează realizarea de invenții, recompensând inventatorul și pe cei care îl sprijină.

1. Sisteme de brevetare la nivel european

În prezent, la nivelul Uniunii Europene (UE) funcționează două sisteme de brevetare: unul național, caracteristic statelor membre⁴ și altul european, reglementat de Convenția privind eliberarea brevetului european adoptată la München la 5 octombrie 1973 (The European Patent Convention – EPC)⁵, care nu implică armonizarea legislațiilor, fiind doar o formă de cooperare a statelor europene în materia drepturilor de proprietate industrială și fără să aparțină ordinii juridice a UE. EPC a contribuit în mod semnificativ la integrarea juridică și economică a Europei și continuă să sprijine inovarea și dezvoltarea economică într-o manieră efectivă, reprezentând temelia dezvoltării ulterioare a sistemului de brevetare european. În temeiul acestui act normativ, depunerea, examinarea condițiilor de fond și acordarea brevetului de invenție, se realizează de către Oficiul European de Brevete (OEB)⁶.

³ L. Dănilă, *Dreptul de autor și dreptul de proprietate industrială*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 1.

⁴ În România este în vigoare Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, republicată în temeiul art.18 din Legea nr. 83/2014 privind invențiile de serviciu, publicată în M. Of., Partea I, nr. 471 din 26 iunie 2014.

⁵ The European Patent Convention, [Online] la: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F9FD0B02F9D1A6B4C1258003004DF610/\\$File/EPC_16th_edition_2016_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F9FD0B02F9D1A6B4C1258003004DF610/$File/EPC_16th_edition_2016_en.pdf), accesat pe 1.08.2017.

⁶ B. Niculescu, *Prelungirea duratei brevetului de invenție prin certificatul suplimentar de protecție*, Teză de doctorat, Coordonator Viorel Roș, Universitatea „Nicolae Titulescu”, Facultatea de Drept, București, 2014.

Brevetul european este în esență un „*fascicul de brevete*”⁷, producând efecte în statele în care este validat. Specific brevetului european este caracterul său unitar, stabilit prin reglementarea unor condiții de brevetabilitate unice la nivel european, unitatea de conținut invenției, durata și întinderea protecției juridice acordate, precum și condițiile de nulitate, așa cum relevă art. 138 din EPC. Efectul național al brevetului european a determinat statele contractante să-și armonizeze legislațiile naționale cu dispozițiile și rigorile EPC, așa cum s-a întâmplat și cu prevederile legislației române în materie.

Examinând EPC, constatăm că brevetul european are un regim juridic dublu, în sensul că întinderea protecției și condițiile de brevetabilitate sunt stabilite de EPC, iar drepturile și obligațiile titularului, precum și sancțiunile aplicabile sunt indicate de legislația națională. În statele în care este validat, deși se comportă ca un brevet național, brevetul european își păstrează statutul cu toate consecințele care rezultă din acesta.

Datorită acestei inovații legislative, vedem astăzi o Europă a brevetelor în care inventatorul este încurajat să creeze și astfel să contribuie în mod decisiv la dezvoltarea stadiului tehnicii mondiale.

La nivelul UE s-a pus în discuție necesitatea de a avea o legislație unitară în materia brevetelor de invenție și de a avea un brevet unic al UE. Începând cu anul 1960 s-a dezvoltat ideea instituirii unui brevet al UE, fiind tot mai vizibilă de-a lungul timpului importanța adoptării nemijlocit a unui act care să reglementeze brevetul unitar. Se urmărește instituirea unui „*titlu de protecție unitar și autonom, cu efect egal, pe întreg teritoriul UE. Brevetul poate fi acordat, transferat sau declarat invalid pentru întreaga UE*”⁸. După o lungă perioadă de discuții, eșecuri, propuneri și erori, s-a reușit crearea unui cadru juridic pentru brevetul european cu efect unitar, considerat un drept „*hibrid*” guvernat atât de legislația europeană, cât și de norme de drept național a statelor membre ale UE participante.

Sistemul brevetului unitar este alcătuit din trei acte normative:

⁷ I. Macovei, *Tratat de drept al proprietății intelectuale*, Editura C.H. Beck, București, 2010, p. 165.

⁸ A. Ștenc, *Noi orizonturi și provocări în protecția prin brevet a invențiilor*, în *Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale*, An 3, nr. 1/2006, p. 29.

1. Regulamentul Parlamentului European și Consiliului nr. 1257/2012 de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul creării unei protecții unitare prin brevet⁹ (Regulamentul nr. 1275/2012),

2. Regulamentul Consiliului nr. 1260/2012 de punere în aplicare a cooperării consolidate în domeniul creării unei protecții unitare prin brevet în ceea ce privește dispozițiile aplicabile în materie de traducere¹⁰ (Regulamentul nr. 1260/2012),

3. Acordul privind Curtea Unificată în Materie de Brevete¹¹ (ACUB).

Interesant este faptul că deși ambele regulamente au intrat în vigoare la data de 20 ianuarie 2013 și s-a pus atât de mult accent pe efectele pozitive pe care le determină, acestea nu se vor aplica decât odată cu intrarea în vigoare a ACUB. Data intrării în vigoare a ACUB va fi prima zi a celei de-a patra luni după îndeplinirea acelei cerințe din următoarele două, care se va împlini ultima:

- depunerea celui de-al 13-lea instrument de ratificare a ACUB, considerându-se incluse ratificările Germaniei, Marii Britanii și Franței;

- data intrării în vigoare a amendamentelor aduse la Regulamentului nr. 1215/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială (Regulamentul 1215/2012) privind legătura sa cu ACUB.

Analizând comparativ brevetul european cu brevetul unitar, se disting o serie de beneficii pe care acesta din urmă le oferă titularilor de brevet. În primul rând, protecția pe care o acordă este unică la nivelul statelor membre participante. Principalul dezavantaj al brevetului european constă în costul foarte mare pe care îl presupune procedura de înregistrare, brevetul unitar implicând costuri mult mai reduse prin procedura unică. În plus, spre deosebire de brevetul unitar, care presupune un singur set de costuri de reînnoire, brevetul european acordat și validat în mai multe state impune costuri de reînnoire separate. Pentru brevetul cu efect unitar nu se mai solicită validarea în statele membre participante la sistemul brevetului unitar, fiind suficientă depunerea unei singure cereri de brevet, în sistemul „one stop-shop”. Nu în ultimul rând, executarea hotărârilor pronunțate în

⁹ Jurnalul Oficial al UE, L 361/1, Anul 55, 31 decembrie 2012.

¹⁰ Jurnalul Oficial al UE, L 361/89, Anul 55, 31 decembrie 2012.

¹¹ Jurnalul Oficial al UE, C 175/1, Anul 56, 20 iunie 2013.

materia brevetului unitar va fi mult mai facilă, deoarece soluționarea litigiilor va avea loc în fața unei Curți unice¹².

Deși avantajele pe care le implică noul sistem de brevetare al UE sunt remarcabile, brevetul unitar a cunoscut numeroase critici în literatura de specialitate, atât în faza de proiect al Regulamentului nr. 1275/2012, cât și ulterior, după definitivare și intrare în vigoare.

2. Argumente critice privind brevetul unitar

William D. Nordhaus (1969)¹³ este economistul american care a reliefat, prin cercetarea sa, rolul fundamental pe care obiectul proprietății industriale îl are în sfera economică.

Nordhaus consideră că cele mai importante avantaje pe care le presupune protejarea brevetului constau în sprijinirea activității inventive, în progresul și diseminarea cunoștințelor tehnologice. Faptul că prin lege se poate interzice utilizarea liberă a invențiilor brevetate, se acordă posibilitatea efectivă de a recupera investițiile ocazionate de procesul inovării în măsura în care invenția se poate aplica în diverse ramuri industriale. Principalul inconvenient social îl reprezintă restricția de a folosi acea invenție și astfel apar și ineficiențele asociate cu protecția monopolului¹⁴.

Sfera economică gândită de Nordhaus a fost extinsă, în special în anii 1990. Aceste „extensii” ale teoriei sale au avut la bază conturarea unor politici de brevetare adecvate care s-au axat în principal pe două direcții ale protecției brevetului: durata de protecție și limitele în care acesta poate fi folosit. Domeniul drepturilor de proprietate industrială a fost identificat a fi una dintre cele șapte inițiative trans-sectoriale ale noii politici industriale ale UE. Comisia Europeană a statuat că încurajarea creșterii economice și a inovării înseamnă în esență perfecționarea condițiilor cadru pentru creșterea competitivității sectorului industrial, ceea ce include și existența unui sistem eficient de protecție a drepturilor de proprietate industrială¹⁵.

¹² B. Niculescu, *op.cit.*

¹³ W.D. Nordhaus, *Invention, Growth, and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change*, M.I.T Press, Cambridge, 1969.

¹⁴ A. Gambardella, *Study on evaluating the knowledge economy -what are patents actually worth?The value of patents for today's economy and society*, [Online] la: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/studies/patentstudy-report_en.pdf, accesat la 20.08.2017.

¹⁵ V. Iancu, *Sistemul de brevetare din Uniunea Europeană în contextul Economiei Bazate pe Cunoaștere*, în *Oeconomia*, nr. 2/2007.

În momentul în care s-a pus în discuție crearea unui sistem de brevetare la nivelul UE, Directoratul General Piața Internă, a realizat o consultare publică prin care se urmărea analiza opiniilor referitoare la trei chestiuni majore:

- Brevetul UE – modalități de îmbunătățire a actualului sistem de brevetare din Europa, posibile arii de armonizare,

- Mediul industrial (reprezentat de asociații și companii individuale) – care insistă pe necesitatea de a dezvolta o politică comprehensibilă a inovării în Europa, pentru a răspunde provocărilor venite din partea SUA, Japonia, China și India, care au depus în ultimii ani eforturi substanțiale pentru a face din politica inovării o primă prioritate.

- Profesioniștii și IMM-urile – care au subliniat faptul că sistemul de brevete este condus de interesele publice și, astfel, trebuie să aibă ca principal obiectiv promovarea inovării, lăsând interesele individuale în plan subsidiar.

Astfel, sistemul de brevete ar trebui să acopere doar domenii în care productivitatea, în termeni de creștere a inovării și a diseminării cunoștințelor, este dovedită. Comunitatea avocaților specializați în brevete a fost unită în ceea ce privește faptul că sistemul de rezolvare a diferendelor ar trebui să fie eficient din punct de vedere al costurilor și nu neapărat ieftin, pentru a nu compromite calitatea¹⁶.

A fost evidențiată și ideea că, deși sistemul de brevetare la nivelul UE este o necesitate pentru inovare pe o piață liberă, este departe de a fi suficient. Avocații germani de specialitate au atras atenția asupra faptului că nu există nicio rațiune pentru o dezbatere politică asupra principiilor referitoare la protecția brevetelor din punctul de vedere al comportamentului etic, protecția mediului, a sănătății sau a libertății informației. Institutul German al Avocaților din domeniul Brevetelor este nemulțumit de aranjamentele referitoare la rezolvarea litigiilor care presupun crearea unei Curți de justiție centralizate. Se observă că brevetul unitar a fost susținut în general, fiind perceput ca o inițiativă ce va aduce valoare adăugată industriei europene. Un număr limitat de respondenți a respins această inițiativă, preferând implementarea unor perfecționări sistemului de brevetare existent.

¹⁶ European Commission, The EU Single Market, *Consultation and public hearing on future patent policy in Europe*, [Online] la: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/consultation_en.htm, accesat la 20.08.2017.

Regulamentul nr. 1257/2012 și Regulamentul nr. 1260/2012 reprezintă consensul statelor membre ale UE, cu excepția Spaniei și Croației, în conturarea unui cadru juridic pentru acordarea unui brevet unitar. În prezent, la sistemul brevetului unitar iau parte 26 din cele 28 de state membre ale UE.

Italia și Spania au inițiat la Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), în baza prevederilor art. 263 din Tratatul privind Funcționarea UE (TFUE), o acțiune în anularea Deciziei Consiliului 2011/167¹⁷, prin care s-a aprobat mecanismul cooperării consolidate în domeniul brevetului unitar. Principalul argument invocat de Italia și Spania a fost faptul că instituirea de drepturi de proprietate intelectuală (inclusiv instituirea mecanismului brevetului unitar), reglementată de art. 118 din TFUE, reprezintă un aspect care ține de „funcționarea pieței interne”, domeniu care cade în competența exclusivă a UE în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. (b) din TFUE, astfel încât emiterea Deciziei Consiliului 2011/167 privind autorizarea cooperării în domeniul brevetului unitar a fost luată cu depășirea competenței Consiliului UE.

De asemenea, Spania a atacat la CJUE Regulamentul nr. 1257/2012 și Regulamentul nr. 1260/2012. Referitor la Regulamentul nr. 1257/2012, aceasta consideră că se lezează valorile statului de drept printr-un titlu de protecție emis de OEB, ale cărui acte nu sunt supuse controlului jurisdicțional european, că nu există un act al UE, lipsind astfel temeiul juridic al regulamentului din cauza faptului că nu sunt create măsuri de garantare a protecției uniforme prevăzute de art. 118 din TFUE. De asemenea, se apreciază că există riscul de a utiliza mecanismul cooperării consolidate în alte scopuri decât cele prevăzute expres de TFUE, fapt ce conduce la abuz de putere. Mai mult, se susține că prin intrarea în vigoare a acestui regulament se încalcă principiile autonomiei și uniformității în aplicarea dreptului UE¹⁸.

Referitor la Regulamentul nr. 1260/2012, criticile Spaniei s-au axat pe încălcarea principiului nediscriminării prin instituirea unui sistem care

¹⁷ Decizia Consiliului din 10 martie 2011 de autorizare a unei cooperări consolidate în domeniul creării unei protecții prin brevet 2011/167/UE, [Online] la: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011D0167&from=RO>, accesat la 20.08.2016.

¹⁸ S.E. Pavel, *Brevetul European cu efect Unitar*, [Online] la: <https://www.juridice.ro/363519/brevetul-european-cu-efect-unitar.html>, accesat la 20.08.2017.

aduce prejudicii persoanelor a căror limbă este alta decât engleza, franceza sau germana, regimul nefiind proporțional cu obiectivul urmărit, care implică încălcarea principiului securității juridice și încălcarea principiului autonomiei dreptului UE. Mai mult, aplicarea regulamentului depinde de intrarea în vigoare a ACUB.

Acțiunile intentate de Spania și Italia, la 22 martie 2013 la CJUE, de anulare a regulamentelor de punere în aplicare a cooperării consolidate în domeniul creării unei protecții unitare conferite prin brevet, au fost respinse printr-o hotărâre a CJUE din 16 aprilie 2013 (C-146/13 și C-147/13)¹⁹.

Analizând literatura de specialitate constatăm că specialiștii în domeniul brevetelor au formulat critici viguroase asupra calificării dispozițiilor art. 7 (coroborat cu art. 5) ale Regulamentului nr. 1257/2012, ca fiind o normă conflictuală, adică o normă juridică specifică dreptului internațional privat care indică legea națională²⁰ aplicabilă brevetului, ca obiect de proprietate. Astfel, regimul juridic al brevetul unitar va fi guvernat de prevederile Convenției de la München din 1973 pentru aspectele referitoare la procedura de înregistrare, Regulamentul nr. 1257/2012 și legislația națională determinată în temeiul normei conflictuale din cuprinsul art. 7 în privința tratării brevetului ca obiect de proprietate.

Winfried Tilmann²¹ explică modul în care s-a ajuns la includerea art. 5 în forma finală a regulamentului. În forma de proiect²² a regulamentului, existau art. 6 și art. 7 care stipulau dreptul de a împiedica utilizarea directă și indirectă a invenției. La acestea se adăugau art. 8 și art. 9 care prevedeau limitele efectelor brevetului unitar, respectiv epuizarea drepturilor conferite de brevetul european cu efect unitar. Prima formă a

¹⁹ InfoCuria – Case-law of the Court of Justice, *Concluziile avocatului general Yves Bot prezentate la 18 noiembrie 2014(1). Cauza C-146/13, Regatul Spaniei împotriva Parlamentului European, Consiliului Uniunii Europene*, [Online] la: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d68ea9249297044b03b8f0d59a61b21f38.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PahiSe0?text=&docid=159764&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=165726>, accesat la 14.08.2017.

²⁰ D.-A. Sitaru, *Drept internațional privat, Partea generală. Partea specială. Normele conflictuale în diferite ramuri și institutii ale dreptului privat*, Editura C.H.Beck, București, 2013, p. 8.

²¹ W. Tilmann, *The compromise on the uniform protection for EU patents*, în *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 8, no. 1/2013, pp.78-81.

²² Comisia Europeană, *Propunere de regulament al parlamentului european și al consiliului de implementare a unei cooperări consolidate în domeniul creării unei protecții unitare prin brevet*, Bruxelles, 13.4.2011, [Online] la: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0215&from=ro>, accesat la 24.08.2017.

actului a fost elaborată după modelul Regulamentului privind Marca Comunitară (Regulamentul nr. 207/2009), care prevede în art. 102 aceleași soluții în caz de încălcare.

De asemenea, Regulamentul nr. 1275/2012 are ca fundament dispozițiile art. 118 alin. (1) din TFUE. Nu surprinzător, CJUE a utilizat expresia „*protecție uniformă*” în recursul formulat în cauza *DHL*²³, susținut în temeiul art. 102 din Regulamentul privind Marca Comunitară (Regulamentul nr. 207/2009), deci mai târziu de intrarea în vigoare a TFUE. S-a considerat că, în lumina dispozițiilor amintite, Curtea unică ar trebui să solicite CJUE să intervină, în anumite cauze, cu interpretări. Prin urmare, s-a considerat oportună eliminarea art. 6-8 din Regulament, pe de o parte pentru că CJUE ar aplica aceste articole pentru a cere referințe privind validitatea și încălcările brevetului (aspecte care sunt acoperite de dreptul non-UE), iar pe de altă parte din teama ca nu cumva CJUE să devină o a treia instanță în cazul brevetelor unitare. În aceste condiții s-a încercat ajungerea la un compromis și s-a decis introducerea unei dispoziții care să facă referire direct sau indirect la ACUB, elaborându-se art. 5 privind protecția uniformă, care face trimitere la legea care trebuie aplicată, și anume, legea națională așa cum arată art. 7.

Un al autor, Christopher Wadlow²⁴, care cercetează repercusiunile eliminării art. 6-8 din Regulament, observă teama de a oferi un rol excesiv CJUE în cadrul sistemului brevetului unitar, motiv pentru care Consiliul a și propus excluderea acestor dispoziții. În articolul său, autorul analizează textul Regulamentului privind brevetul unitar fără aceste articole și adresează întrebarea dacă un astfel de regulament ar fi valid.

Înainte cu câteva zile de a fi votat regulamentul privind brevetul unitar în Parlamentul European, Klaus-Heiner Lehne²⁵ a dat un interviu pentru publicația germană JUVE susținând aparent că autoritățile de la

²³ InfoCuria, Cauza C-235/09 DHL Express France SAS v Chronopost SA, [Online] la: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5663822af2b7646678640fdd02210ff14.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLaNj0?text=&docid=81436&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=641999>, accesat la 14.08.2017.

²⁴ C. Wadlow, *Hamlet without the prince: Can the Unitary Patent Regulation strut its stuff without Articles 6-8?*, în *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 8, no. 3/2013, pp.207-212.

²⁵ K.-H. Lehne, *Unitary patent and court system – Lehne: „The time of decision had come”*, în *JUVE Rechtsmarkt*, no. 1/2013, p. 86, traducere disponibilă [Online] la http://www.stjerna.de/index_en_htm_files/Juve%20Rechtsmarkt%201_2013%20-%20The%20time%20of%20decision%20had%20come.pdf, accesat la 15.08.2017.

Bruxelles și Strasbourg consideră că au adus un prețios cadou pentru inventatori care ar trebui să fie primit cu brațele deschise. De analiza acestui interviu s-a ocupat Jochen Pagenberg²⁶, un renumit avocat și profesor de la Harvard. Pagenberg a observat că pentru Lehne procesul legislativ european este unul din cele mai transparente, având în vedere că acesta a considerat un non-sens criticile aduse de un mare număr de oameni din domeniul brevetelor care reclamau lipsa de transparență și acuzau perioada de peste 12 luni de negocieri secrete.

Între noiembrie 2011 și septembrie 2012 toate cererile de acces la documentația privind brevetul unitar adeseate Consiliului și Comisiei au fost respinse, lucru menționat în numeroase publicații²⁷ de la acea vreme. Încă din august 2012, Comisia a informat persoanele interesate că deliberările necesare cu privire la documentația privind brevetul unitar sunt încă în progres, iar termenul limită stabilit de Secretariatului General de a răspunde solicitărilor a fost extins la 15 zile lucrătoare, în conformitate cu art. 7 alin. (3) din Regulamentul 1049/2001 din 30 mai 2001 privind accesul publicului la documentele Parlamentului European, Consiliului și Comisiei. În aceste condiții, Pagenberg adresează retoric următoarea întrebare: „Cum poate Lehne, care a fost profund implicat în acest proiect mulți ani și care a participat la negocierile desfășurate în spatele ușilor închise, să pretindă că acesată procedură a fost transparentă?”.

Bernhard Rapkay²⁸, membru în Parlamentul European și unul dintre raportorii privind brevetul unitar, în cadrul Comitetului privind Dreptul Afacerilor, a fost ceva mai aproape de adevăr când a afirmat, într-o declarație după reuniunea Parlamentului European din octombrie 2012, faptul că în anul 2011 Comisia, Parlamentul și Consiliul s-au contrazis în declarații. Consiliul și Comisia se pare că au preferat să soluționeze intern neînțelegerile și probleme legale din jurul brevetului unitar, fără accesul publicului, deoarece au considerat că divulgarea acestor chestiuni ar avea un efect negativ asupra procesului de ratificare în statele membre. Același lucru

²⁶ J. Pagenberg, *Unitary patent and Unified Court – What lies ahead?*, în *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2013, vol. 8, no. 6, pp. 480-485.

²⁷ J. Pagenberg, *The EU Patent Package: Politics vs. Quality and the New Practice of Secret Legislation*, *EPLAW Patent Blog*, 31 mai 2012, [Online] la: <http://www.eplawpatentblog.com/eplaw/2012/05/eu-open-letter-pagenberg-to-van-rompuy-re-eu-patent-package-lack-of-transparency.html>, accesat la 15.08.2017.

²⁸ A. Wessels, *A letter by the EU patent rapporteur?*, [Online] la: <https://blog.ffii.org/a-letter-by-the-eu-patent-rapporteur/>, accesat la 25.09.2017.

s-a întâmplat și cu regulile de procedură. Versiunea care trebuia să fie publicată pentru a se putea purta discuții a fost adusă la cunoștința publicului în noiembrie, în situația în care în Parlament a fost votată în decembrie. Deci proiectul a fost publicat cu întârziere pentru a se preveni posibile amendamente aduse de persoanele interesate.

Consiliul European s-a contrazis în propria declarație din 17 decembrie 2012²⁹ spunând, pe de o parte, că un pas important constă în a facilita accesul companiilor europene la sistemul de brevete prin scăderea costurilor și prin asigurarea unui cadru legal stabil, iar pe de altă parte susținând eliminarea totală a costurilor. Cu privire la această declarație, Chartered Institute of Patent Attorneys (CIPA) consideră că se oferă speranțe mari, dar nicio certitudine, ba chiar își exprimă îngrijorarea că noul brevet va fi mai costisitor. Una dintre multele voci sceptice cu privire la acest aspect este cea a lui Volker Metzler³⁰, care afirmă că scăderea cu 70% a costurilor de brevetare nu este realistă, ci este doar o parte a unui discurs politic sau cel mult autosugestie.

Blogurile³¹ au publicat titluri precum „Big European businesses ask European Parliament to reject Unitary Patent”. Scrisorile de la Ericsson³², Nokia și BAE³³ au relevat faptul că aceste companii au considerat că noul brevet va avea un impact negativ asupra business-ului european și au solicitat ca propunerile legislative să nu fie votate.

IAM Magazine³⁴ avertiza că industria nu își poate permite un sistem ratat, creat doar ca un mijloc de protecție pentru propriile lor bunuri;

²⁹Consiliul European, *Unitary patent protection: a big leap towards innovation for EU companies*, European Commission, Press Release Database, Nr. 17824/12, PRESSE 534, Bruxelles, 17 decembrie 2012.

³⁰V. Metzler, *The Essential Features of the Unitary Patent and Unified Patent Court – An Itemized Overview*, KSNH Blog, 25 October 2011, [Online] la: <http://blog.ksnh.eu/en/2011/10/>, accesat la 16.08.2017.

³¹Gibus, *Big European businesses ask European Parliament to reject Unitary Patent*, Unitary Patent EU, 12 octombrie 2012, [Online] la: <http://www.unitary-patent.eu/content/big-european-businesses-ask-european-parliament-reject-unitary-patent>, accesat la 17.08.2017.

³²Ericsson, *Unitary Patent Protection –proposed Regulation of the European Parliament and Council*, Stockholm, 10 decembrie 2012, [Online] la: http://www.unitary-patent.eu/sites/www.unitary-patent.eu/files/ericsson_2012_12_10.pdf, accesat la 17.08.2017.

³³Nokia and BAE Systems Joint Letter, *Unitary Patent Protection –proposed Regulation of the European Parliament and Council*, decembrie 2012, [Online] la: http://www.unitary-patent.eu/sites/www.unitary-patent.eu/files/nokia_and_bae_systems_joint_letter.pdf, accesat la 19.08.2017.

³⁴J. Wild, *EU patent court “bound to fail” unless plans are changed, warn European patent litigators*, Intellectual Asset Management, 15 decembrie 2011, [Online] la:

după 40 de ani de muncă merită cu siguranță așteptat câteva luni pentru a face lucrurile așa cum trebuie și, mai ales, pentru a evita un dezastru.

Revista World Intellectual Property Review³⁵ considera că Uniunea Europeană face un pas spre necunoscut adoptând Regulamentul privind brevetul unitar și citează un număr de practicieni care erau critici cu privire la rezultatul votului din cadrul Parlamentului European. Toate aceste opinii nu susțin punctul de vedere a lui Lehne cu privire la faptul că noul brevet nu este disputat.

Profesorul Dr. Thomas Jaeger³⁶, un renumit expert de drept european de la Universitatea din Viena, afirmă că experiența Statelor Unite ale Americii ne-a învățat că un sistem prost de brevetare este mai rău decât inexistența unui astfel de sistem. Cu privire la Acordul privind Curtea Unică, acesta consideră că actul cuprinde numeroase defecte, cele mai importante fiind lipsa de consolidare a competenței jurisdicționale în cadrul noului sistem de brevetare. Sistemele naționale, Convenția privind brevetul european, Regulamentul privind brevetul cu efect unitar au fiecare propria procedură de control și propria interpretare a dreptului privind brevetul, astfel că lipsa de consolidare din actualul sistem va fi accentuată. Un alt aspect negativ se referă la faptul că vor domina tradițiile naționale în diviziile regionale și locale, având în vedere majoritatea judecătorilor naționali în marile divizii și tripartiția diviziei centrale.

În literatura de specialitate³⁷ s-au identificat unele motive de îngrijorare cu privire la pachetul de brevet european cu efect unitar. În primul rând, este vorba de fragmentarea protecției prin brevet în interiorul Uniunii Europene. În loc să se consolideze dreptul brevetelor în Europa, brevetul unitar va contribui la fragmentarea acestuia din punct de vedere teritorial, deoarece nu va acoperi tot arealul geografic pe care îl cuprinde piața internă și va fi disponibil doar statelor membre care ratifică Acordul

<http://www.iam-media.com/Blog/Detail.aspx?g=ac02bcd-b0254-46f2-b733-76bc7e773374>, accesat la 19.08.2017.

³⁵ WIPR, *EU leaps into unknown with Unitary Patent agreement*, World Intellectual Property Review, 11 decembrie 2012, [Online] la: <http://www.worldipreview.com/news/eu-leaps-into-unknown-with-unitary-patent-agreement>, accesat la 19.08.2017.

³⁶ T. Jaeger, *Reset and Go: The Unitary Patent System Post-Brexit*, December 13, 2016, [Online] la: <https://ssrn.com/abstract=2884671>, accesat la 20.08.2017.

³⁷ R.M. Hilty, T. Jaeger, M. Lamping, H. Ullrich, *The unitary patent package: twelve reasons for concern*, October 17, 2012, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series, No.12-12, [Online] la: <https://ssrn.com/abstract=2169254>, accesat la 26.08.2017.

privind Curtea Unică. Fragmentarea substanțială constă în crearea a patru nivele de protecție a brevetelor în Europa care se suprapun, și anume, brevete naționale acordate la nivel de stat, brevete naționale acordate de OEB în cadrul sistemului UPCt, brevete naționale acordate de OEB dar fără să fie subiecte a UPCt datorită procedurii de *opt-out*, pentru state membre care nu au ratificat sau pentru state non-UE, și brevete europene cu efect unitar.

În al doilea rând, se consideră că noul regulament nu cuprinde suficiente excepții și limitări și, din acest motiv, tinde să nu răspundă provocărilor moderne privind dreptul brevetelor. De asemenea, se critică lipsa drepturilor compensatorii și a riscului de a se dezvolta practici disfuncționale, având în vedere că unii aplicanți oportuniști vor avea intenția să solicite protecție prin brevet unitar pentru anumite părți de tehnologie, iar pentru altele vor căuta să obțină brevete naționale, astfel că nu va mai exista un sistem global de protecție.

Criticat sau nu, noul sistem de brevetare se preconizează a deveni operațional în prima parte a anului 2018, aplicarea brevetul unitar fiind strâns legată de crearea CUB, care va avea competență atât în materia brevetului unitar, cât și pentru clasicul brevet european³⁸.

3. Concluzii

Noul regulament are drept obiectiv crearea unei protecții unitare prin brevet, aspect pe care statele nu îl pot realiza în mod satisfăcător ținând cont de amploare și de efectele pe care le determină, motiv pentru care este necesar a fi aplicat la nivelul Uniunii Europene. În contracararea criticilor enunțate, dorim să evidențiem avantajele pe care le presupune, precum protecție unitară, costuri reduse, siguranță și stabilitate juridică, încurajarea inovației în sectorul privat, mai multe oportunități de afaceri pe piața unică, competitivitate. Toate acestea constituie o premisă ca brevetul unitar să fie considerat un instrument binevenit pentru inventatori.

³⁸European Patent Office, *When will the Unitary Patent system start?*, [Online] la: <https://www.epo.org/law-practice/unitary/unitary-patent/start.html>, accesat la 26.08.2017.

LIMITELE LIBERTĂȚII DE EXPRIMARE A AVOCATULUI

THE LIMITS OF LAWYER'S FREEDOM OF SPEECH

COSTICĂ CIOCAN¹

Rezumat: Prezenta lucrare abordează modul în care poate fi exercitat dreptul la liberă exprimare de către avocat din perspectiva legislației naționale și a Convenției Europene a Drepturilor Omului. Cu toate că se bucură de impunitate cu privire la susținerile făcute în fața instanței de judecată și nu poate fi supus niciunei presiuni, avocatul este ținut să acționeze cu respectarea legii, a Statului profesiei de avocat și a Codului deontologic al avocaților din Uniunea Europeană. Atunci când depășește limita criticilor acceptabile ce pot fi aduse judecătorilor, procurorilor, precum și celorlalți participanți la actul de justiție, în funcție de gravitatea afirmațiilor, avocatul poate răspunde disciplinar fața de organele de conducere ale baroului, poate fi tras la răspundere penală pentru infracțiunea de încălcare a solemnității ședinței de judecată sau i se poate aplica o amendă judiciară. Modul concret de sancționare a avocatului, raportat la caracterul proporțional și necesar al sancțiunii într-o societate democratică, a stârnit de-a lungul timpului vii dezbateri, atât în lumea academică, cât și în cea a practicienilor, care s-au concretizat în lucrări de specialitate de referință și o bogată jurisprudență.

Cuvinte cheie: dreptul la liberă exprimare, avocat, critici acceptabile, încălcarea solemnității ședinței de judecată, caracterul proporțional și necesar al sancțiunilor.

Abstract: The present paper analyses how the right of free speech can be exercised by a lawyer in the light of the national law and the European Convention on Human Rights. Even though the lawyer enjoys impunity for the affirmations he makes in court and he cannot be subjected to any pressure whatsoever, he is required to obey the law, including the National Code of Ethics for Lawyers and the Code of Conduct for European Lawyers. When he oversteps the legal limits in criticizing judges, prosecutors, or any other trial participants, considering the severity of his affirmations, the lawyer may be disciplinarily punished by the National Bar Association, may be held criminally liable for the offense of violating the solemnity of the hearings or he may have to pay a fine. The legitimate way to sanction the lawyer, taking into account the proportional and necessary character of the sanction in a democratic society, generated intense debates along the years, both

¹ Student al Facultății de Drept, anul IV, email: ciocan.costica@yahoo.com.

in the academic society and in the world of practitioners, which is reflected through a great number of publications and a generous jurisprudence.

Keywords: the right of free speech, lawyer, acceptable criticism, violation of the solemnity of the hearings, the proportional and necessary character of sanctions.

I. Introducere

Libertatea de exprimare reprezintă unul dintre drepturile fundamentale garantate oricărei persoane într-o societate democratică. Astfel, în România, potrivit art. 30 alin. (1) din Constituție, *„Libertatea de exprimare a gândurilor, a opiniilor sau a credințelor și libertatea creațiilor de orice fel, prin viu grai, prin imagini, prin sunete sau prin alte mijloace de comunicare în public, sunt inviolabile”*.

Cu toate acestea, dreptul la liberă exprimare comportă anumite limite, neavând un caracter absolut. În exercitarea dreptului, persoanei nu îi este admis, în niciun caz, să prejudicieze demnitatea, onoarea, viața particulară și nici dreptul la imagine al altor persoane (art. 30 alin. (6) Constituția României).

Pentru protejarea acestor valori, în Codul penal din 1968 erau incriminate în articolele 205 și 206 faptele prin care se putea prejudicia onoarea sau reputația unei persoane. În doctrină², s-a considerat că dacă în cazul infracțiunii de insultă se aduce atingere „autoprețuirii” pe care fiecare persoană o are față de ea însăși, în cazul infracțiunii de calomnie este lezată „prețuirea”, bunul renume de care se bucură persoana în colectivitatea în care trăiește.

Infracțiunea de insultă putea fi săvârșită atât prin cuvinte sau gesturi, expunere la batjocură, cât și prin orice alte mijloace care puteau produce un rezultat asemănător. Era interzisă, de asemenea, atribuirea unei persoane a unui defect sau deficiențe fizice, indiferent dacă erau sau nu reale, cu condiția ca acestea să facă parte din categoria celor care nu ar trebui relevate. Este evident că legiuitorul din acea vreme nu a reglementat o astfel de categorie de neputințe sau maladii care nu ar trebui semnalate cuiva, ci a făcut apel la bună-cuviință, educație și la respectul ce se cade să fie arătat în relațiile interpersonale. În ceea ce privește infracțiunea de calomnie, fapta imputată trebuia să aibă un caracter determinat și să poată expune persoana

² O. Loghin, A. Filipaș, *Drept penal român, Partea Specială*, Casa de Editură și Presă „Șansa” S.R.L., București, 1992, pp. 78-79.

în cauză la o sancțiune penală, administrativă sau disciplinară ori disprețului public.

În prezent, aceste două infracțiuni nu se regăsesc în Codul penal din 2009, legiuitorul, din motive de politică penală, înțelegând că ordinea socială se poate realiza și fără incriminarea faptelor de insultă și calomnie. În literatura de specialitate³ se susține că în cursul procesului de legiferare în materie penală se are în vedere în primul rând interesul care va fi apărat și „răul” împotriva căruia va fi realizată ocrotirea. Probabil acest „rău” despre care ne vorbea reputatul profesor, în cazul de față este atât de mic, neînsemnat, acest gen de fapte este atât de puțin întâlnit în practică, încât protecția penală nu mai prezintă interes.

II. Libertatea de exprimare a avocatului

Privitor la libertatea de exprimare a avocatului, potrivit art. 39 alin. (3) din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, acesta se bucură de impunitate raportat la susținerile făcute atât oral, cât și în formă scrisă, cu respectarea anumitor reguli pe care le voi expune în cele ce urmează.

În exercitarea profesiei, avocatul este independent și se supune în mod necondiționat legii, Statutului profesiei de avocat și Codului deontologic al avocaților din Uniunea Europeană. Este esențial ca avocatul să nu fie ținut să dea socoteală terțelor persoane cu privire la modul în care își desfășoară activitatea, atât timp cât o face în limitele legale. Tocmai de aceea, art. 7 alin. (3) din Statutul profesiei de avocat, stabilește în mod expres că: *„Avocatul, în exercitarea profesiei, nu poate fi supus niciunei restricții, presiuni, constrângeri sau intimidări din partea autorităților sau instituțiilor publice ori a altor persoane fizice sau persoane juridice. Libertatea și independența avocatului sunt garantate de lege”*.

Atunci când se angajează într-o cauză, avocatul se implică într-un „duel judiciar”⁴ în cadrul căruia luptă pentru interesele clientului său, respectarea legii și, dacă este cazul, împotriva abuzurilor judecătorilor sau procurorilor. Totuși, avocatul nu este exonerat de răspundere penală în cazul în care cuvintele sau gesturile sale au un caracter ofensator pentru cei care participă sau asistă la o procedură judiciară, fie că sunt magistrați sau simpli

³ V. Dogoroz, *Drept penal*, „Tirajul” Institut de Arte Grafice, București, 1939, p.201.

⁴ D. Oancea (coord.), *Legea privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat: comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2015, p. 180.

civili. Doar cu privire la opiniile juridice, avocatul nu poate fi tras la nicio formă de răspundere juridică, în acest caz având o absolută libertate de exprimare.

Atunci când consideră oportun și are permisiunea expresă a clientului, avocatul, în temeiul art. 244 alin. (3) din Statut, poate transmite mesaje publicului prin presa scrisă sau audio-vizuală, având obligația ca prin ceea ce va spune să nu aducă atingere onoarei profesiei sau intereselor clientului.

În niciun caz avocatul nu va putea aduce la cunoștința publicului date sau informații care țin de respectarea principiului secretului profesional. Chiar și atunci când are acordul clientului, avocatul nu va putea dezvălui aspecte ale cauzei pentru care este ținut de secretul profesional.

Secretul profesional al avocatului este apărut și raportat la activitatea de investigare a infracțiunilor de către organele de urmărire penală. Conform art. 306 alin. (6) C.proc.pen., secretul profesional al avocatului rămâne opozabil organelor de urmărire penală și după momentul începerii urmăririi penale prin ordonanța procurorului sau a organului de cercetare penală.

III. Încălcarea solemnității ședinței de judecată

După cele arătate, se impune a fi analizat cadrul în care adresarea de cuvinte sau gesturi jignitoare sau indecente unei persoane, cu sau fără a avea o calitate specială, de către avocat poate avea relevanță penală, cu referire strict la infracțiunea de încălcare a solemnității ședinței de judecată și la delimitarea acesteia de alte forme de răspundere juridică.

Infracțiunea de încălcare a solemnității ședinței de judecată are corespondent în Codul penal din 1968, cel puțin în parte, prin infracțiunea de sfidare a organelor judiciare prevăzută în articolul 272¹. Spre deosebire de vechea reglementare, cuvintele sau gesturile ofensatoare pot fi adresate oricărei persoane care participă sau asistă la o procedură care se desfășoară în fața instanței de judecată⁵. În literatura de specialitate, s-a afirmat într-o opinie⁶ că judecătorul, atât cel care prezidează, cât și cel care participă la ședința de judecată, prin faptul că este subiect pasiv secundar al infracțiunii,

⁵ V. Cioclei, A.R. Trandafir, C. Rotaru, *Drept penal. Partea specială II. Curs tematic*, Editura C.H. Beck, București, 2016, p. 127.

⁶ V. Dobrinioiu, N. Neagu, *Drept penal, Partea specială*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 411.

nu poate fi și subiectul activ al acesteia, ci doar al infracțiunii de purtare abuzivă. Într-o altă opinie⁷, se susține că doar în cazul unui complet colegial, (nu și în cel format dintr-un singur judecător), judecătorii pot fi subiecți activi ai infracțiunii, deoarece faptele lor tipice perturbă activitatea instanței.

Dacă textul care incriminează încălcarea solemnității ședinței de judecată (art. 278 C.pen.), impune atât avocatului, cât și oricărei persoane, abținerea de la gesturi jignitoare sau obscene atât timp cât se află în fața instanței de judecată, Statutul profesiei îi interzice avocatului un astfel de comportament și atunci când se află în afara ședinței de judecată. De exemplu, dacă avocatul, pe holul instanței, adresează unuia dintre participanții la proces cuvinte jignitoare, nu va răspunde penal, dar va putea fi tras la răspundere de conducerea baroului din care face parte prin comisia de disciplină, putându-i-se aplica una dintre sancțiunile prevăzute la art. 89 din Legea nr. 51/1995.

Potrivit art. 298 C.proc.pen., președintele completului de judecată, considerat de doctrină ca exercitând „poliția instanței”⁸, are obligația de a menține ordinea și solemnitatea ședinței de judecată, putând lua măsuri specifice pentru asigurarea acesteia și aplica sancțiuni pentru cei ce o încalcă. Este necesar însă de făcut distincția dintre aceste forme de tulburare a ordinii și solemnității ședinței de judecată și infracțiunea de încălcare a solemnității ședinței de judecată. În temeiul art. 283 C.proc.pen., instanța poate aplica sancțiunea amenzii judiciare și în caz de: „*nerespectare de către avocații părților a măsurilor luate de către președintele completului de judecată potrivit art. 359, cu excepția situațiilor când aceștia susțin cereri, excepții, concluzii pe fondul cauzei, precum și atunci când procedează la audierea părților, martorilor și experților*” sau de “*manifestări ireverențioase ale părților, martorilor, experților, interpreților sau ale oricăror alte persoane față de judecător sau procuror.*”

Referitor la ultima ipoteză, se pun anumite întrebări firești: ce putem înțelege prin sintagma „manifestări ireverențioase”? Destinatarul normei se va raporta la sensul curent al termenilor sau este îndreptățit să aibă acces la o definiție legală? Este norma juridică redactată într-o manieră clară,

⁷ S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Noul Cod penal, Partea Specială, Analize, explicații, comentarii. Perspectiva clujeană*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 369.

⁸ I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală, Partea Specială, În lumina Noului Cod de procedură penală*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 173.

previzibilă și predictibilă, în așa fel încât destinatul acesteia să i se poată conforma în mod fidel?

La toate aceste întrebări a răspuns Curtea Constituțională a României prin Decizia nr. 431 din 21 iunie 2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 283 alin. (4) lit. i) din Codul de procedură penală⁹. Autorii excepției arată că dispozițiile criticate încalcă, în principal, prevederile constituționale referitoare la calitatea legii, egalitatea în drepturi, dreptul la un proces echitabil și înfăptuirea justiției. Totodată aceștia se plâng de „characterul represiv” al amenzii judiciare, de inaplicabilitatea acesteia judecătorului, procurorului sau avocatului pentru manifestări ireverențioase față de părți, de lipsa de claritate și precizie a normei procesual penale, deoarece în legislația în vigoare nu este nicăieri definită sintagma „manifestare ireverențioasă”.

Interesant este că inclusiv una dintre instanțele de judecată apreciază că excepția este întemeiată din perspectiva manierei imprecise și neclare a textului criticat, care nu este conform standardelor constituționale și convenționale, nearătându-se care sunt acțiunile care ar putea intra sub incidența sa.

Din punctul de vedere al Ministerului Public, lucrurile sunt relativ clare, acesta arătând că simpla interpretare gramaticală a textului criticat „permite destinatarilor normei să înțeleagă care este conduita pe care trebuie să o adopte, nefiind necesară intervenția legiuitorului cu privire la formularea unei definiții legale”.

Aceasta pare să fie și opinia Curții Constituționale care, examinând excepția de neconstituționalitate, constată că, dacă sintagma „manifestări ireverențioase” nu este definită nici în Codul penal, nici în Codul de procedură penală și nici în restul legislației, „această lipsă a definirii expresiei semnifică faptul că legiuitorul i-a atribuit acesteia semnificația uzuală”. Mai mult, în mod surprinzător, Curtea face apel la Dicționarul Explicativ al Limbii Române pentru a arăta care este sensul sintagmei criticate.

Raportat la celelalte critici, Curtea arată că judecătorul, procurorul și ceilalți participanți la proces nu se află în aceeași situație juridică pentru a li se aplica același tratament juridic. Magistrații, în cazul în care au o conduită neconformă disciplinei ședinței de judecată, vor răspunde potrivit

⁹ Decizie publicată în Monitorul Oficial nr. 935 din 21 noiembrie 2016.

dispozițiilor art. 99 din Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor. Pentru aceste argumente, Curtea a respins ca neîntemeiată excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 283 alin. (4) lit. i) din Codul de procedură penală sunt constituționale în raport cu criticile formulate.

Practica judiciară a arătat care acte se încadrează în conținutul „manifestărilor ireverențioase” sau care ar contraveni măsurilor dispuse de judecător potrivit art. 359 C.proc.pen. și pentru care se poate aplica sancțiunea amenzii disciplinare. S-a reținut, de exemplu, într-o speță¹⁰ că cererea de anulare a încheierii prin care s-a dispus aplicarea unei amenzi judiciare avocatului-apelant este neîntemeiată, „amenda fiind aplicată ca urmare a comportamentului necorespunzător al domnului avocat, al tonului folosit, deși i s-a atras atenția în acest sens”. În motivare, instanța a arătat că tonul și modalitatea de adresare folosite de avocat, nu numai că au fost de natură să aducă atingere solemnității de judecată, ci au și adus atingere acesteia, prin faptul că judecătorul a fost nevoit să suspende ședința de judecată.

În apărare, avocatul a susținut că simplele afirmații „atitudine necorespunzătoare” și „ton necorespunzător”, ce se regăsesc în încheierea prin care s-a aplicat sancțiunea amenzii judiciare, echivalează cu lipsa totală de motivare, deoarece nu s-a precizat în mod clar în ce acțiuni s-a materializat atitudinea acestuia. Avocatul reproșează instanței lipsa de răbdare caracterizată prin „audieri de martori formale și contra-cronometru” și administrarea superficială a probelor care ar putea duce la o soluție netemeinică în speță.

Atunci când judecătorul se folosește de instrumentul juridic al amenzii judiciare cu bună-credință, textul de la 283 C.proc.pen. raportat la art. 359 C.proc.pen. nu ridică importante probleme de aplicare. Dar ce se întâmplă în cazul în care, cu rea-credință, judecătorul aplică amenda judiciară pentru a putea „domina” ședința de judecată, pentru a-și impune în mod neîntemeiat un punct de vedere sau pentru a intimida avocații părților? Nu puține sunt cazurile în care, judecătorul refuză să aplice legea, spre consternarea avocaților, chiar dacă soluția în speță este evidentă. Cât de combativ poate fi în aceste cazuri avocatul pentru a avea totuși un

¹⁰ Curtea de Apel Timișoara, Secția penală, Decizia penală nr. 840/A din 23.09.2015, [Online] la www.rolii.ro.

“comportament corespunzător” și care este “tonul vocii” maxim pe care-l poate avea? Din păcate, toate aceste chestiuni sunt lăsate la aprecierea instanței de judecată care poate aprecia arbitrar în ce măsură au fost încălcate măsurile privitoare la ordinea și solemnitatea ședinței dispuse în cauză.

Din aceste motive, ar trebui determinate anumite criterii sau circumstanțe clare în care avocatului i s-ar putea aplica pedeapsa amenzii judiciare raportat la art. 359 C.proc.pen. Simplul ton al vocii considerat de instanță necorespunzător este un aspect foarte subiectiv, care poate fi apreciat în mod eronat de către instanță, mai ales atunci când interlocutorul are un alt punct de vedere pe care îl exprimă într-un mod viguros.

De aceea consider că marja de apreciere largă oferită judecătorului în aplicarea amenzii judiciare cu privire la avocat este de natură să creeze presiuni majore raportat la modul în care își desfășoară acesta activitatea în fața instanței. Trebuie avut în vedere faptul că avocatul este ținut să aibă respect față de instanță, dar totodată, conform Codului deontologic al avocaților din Uniunea Europeană este obligat *„să își apere clientul în mod conștiincios, fără teamă și fără a ține cont de propriile sale interese și nici de vreo consecință de orice fel ce l-ar putea privi pe el sau pe oricare altă persoană”*.

Nu este de neglijat nici cuantumul în care se poate aplica amenda judiciară în cazul unor astfel de abateri disciplinare. Potrivit art. 283 alin. (4) C.proc.pen., cuantumul amenzii este cuprins între 500 lei și 5000 lei. Poate acest cuantum al amenzii nu are un efect intimidant pentru acei avocați cu venituri substanțiale care ar putea achita amenda fără prea multe dificultăți. Problema se pune referitor la avocații stagiași și nu numai, înscriși în Registrul de asistență judiciară pentru care onorariile astfel obținute sunt vitale atât pentru desfășurarea activității profesionale, cât și pentru traiul de zi cu zi. Spre exemplu, unui avocat care reprezintă din oficiu un client în faza de urmărire penală, în faza de cameră preliminară și în cursul judecății, potrivit art. 5 alin. (1) lit a) din Protocolul nr. 480025/2015 încheiat între Ministerul Justiției și Uniunea Națională a Barourilor din România privind stabilirea onorariilor cuvenite avocaților pentru furnizarea serviciilor de asistență judiciară, i se va achita un onorariu în cuantum de 780 lei¹¹. Să presupunem că același avocat are un ton mai înflăcărat în cadrul

¹¹ Legislația profesiei de avocat, Ediția a 17-a, îngrijită și adnotată de M. Dinu și Ș. Spiridon, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 418.

dezbatărilor, iar instanța consideră că este necorespunzător și îi aplică o amendă de 1000 lei. În acest caz amenda judiciară va avea pentru avocat un puternic efect intimidant și probabil îl va face mai reținut în exprimare, va fi tentat să se autocenzureze de teamă că i se poate aplica o nouă amendă judiciară.

IV. Hotărâri CEDO privitoare la art. 10 din Convenție

În continuare voi prezenta modul în care este reflectată libertatea de exprimare a avocatului în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, prin analiza unor hotărâri relevante privind această materie.

Articolul 10 al Convenției protejează dreptul la libera exprimare ce are în conținutul său „*libertatea de opinie și libertatea de a primi sau de a comunica informații sau idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere*”. În literatura de specialitate¹² s-a arătat că noțiunea de informație nu înglobează doar faptele sau știrile de interes general, aspecte ale vieții literare sau artistice, ci și luările de poziție din cadrul unui proces, indiferent de natura acestuia. Orice ingerință din partea statului cu privire la libertatea de exprimare trebuie să fie proporțională cu scopurile legale urmărite și să treacă testul necesității într-o societate democratică. Între libertatea de exprimare a avocatului și cea a presei se face o distincție netă, cea dintâi fiind mai limitată, bucurându-se de protecție, în special, atunci când declarațiile sunt făcute în fața instanței de judecată¹³.

În cauza Nikula contra Finlandei din 21 martie 2002, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat încălcarea indiscutabilă a art. 10 din Convenție. Anne Nikula, avocat al apărării, a sesizat Comisia la 20 mai 1996, deoarece a fost condamnată pentru calomnie, pe motiv că a adus critici soluției procurorului de a nu pune sub acuzare o anumită persoană. Din punctul de vedere al reclamantei, exprimat printr-un virulent memoriu citit în fața instanței, procurorul de caz „a comis un abuz flagrant”, „a inventat acuzații”, a săvârșit infracțiunea de „manipulare în funcție”, toate în scopul de a transforma un co-acuzat într-un martor, pentru a putea susține rechizitoriul. Simțindu-se lezat de cele afirmate de avocatul apărării, procurorul de caz a sesizat autoritățile competente, inițial Parchetul de pe

¹² R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului, Comenarii și explicații, vol. II*, Editura C.H. Beck, București, 2007, p. 152.

¹³ C. Moldovan, *Libertatea de exprimare, Principii, restricții, jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 26.

lângă Curtea de Apel, apoi Curtea de Apel prin plângere individuală. Curtea de Apel condamnă reclamanta pentru calomnie prin neglijență, deoarece aceasta nu a respectat deontologia profesională, iar criticile aduse procurorului nu s-au întemeiat pe fapte.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că un amestec în libertatea de exprimare a unui avocat este de natură să ridice probleme în temeiul art. 6 din Convenție cu privire la dreptul la un proces echitabil. Dreptul la liberă exprimare al reclamantei a fost încălcat în această cauză, deoarece criticile sale au vizat exclusiv „strategia acuzării aleasă de procuror”, iar nu calitățile profesionale ale acestuia sau alte calități în general. În viziunea Curții, procurorul „trebuia să tolereze criticile aduse de reclamantă”, pentru că nu reprezentau o insultă personală.

Din speța prezentată putem vedea că avocatul în cadrul procedurilor judiciare se bucură de libertatea de a critica, chiar în mod virulent actele încheiate de procuror pe care le consideră abuzive. Reclamanta nu ar fi trebuit să fie sancționată și pentru faptul că tot discursul său a fost ținut în timpul ședinței de judecată, iar nu în afara acesteia. Dacă reclamanta ar fi continuat aceleași remarci, considerate totuși de Curte necorespunzătoare, și după încheierea ședinței de judecată, adresându-se publicului, atunci s-ar putea considera că acestea nu mai au rolul de apărare a clientului, deoarece înfăptuirea justiției are loc doar în cadrul instanțelor de judecată. În acest caz, procurorul s-ar fi putut simți cu adevărat lezat în demnitatea sa și ar fi fost îndreptățit să ceară autorităților competente protejarea drepturilor sale.

Există însă și o opinie separată cu privire la această hotărâre prin care se susține că măsurile adoptate de instanțele finlandeze au fost justificate și proporționale în raport de atitudinea reclamantei care a utilizat „afirmații atât de exagerate”. Pentru motivarea acestei soluții s-a plecat de la interpretarea că acuzația de abuz în exercitarea funcției reprezintă una dintre „cele mai grave afirmații” care poate fi adresată unui funcționar și care-l poate expune pe acesta unor consecințe nefavorabile din punct de vedere profesional.

Consider că această interpretare ar duce în mod nejustificat la o clasificare artificială a acuzațiilor ce ar putea fi aduse unui funcționar, imprimând acestora *ab initio* o gravitate sporită, neținându-se seama de împrejurările concrete în care au fost făcute. În realitate, o anumită afirmație într-un context poate avea un caracter corespunzător, pe când în altă

împrejurare aceeași afirmație poate fi cu totul inacceptabilă. De aceea, în stabilirea gravității acuzațiilor trebuie să se țină seama de toate aspectele obiective ale cauzei și să se stabilească dacă în concret acestea au fost de natură să lezeze demnitatea unei persoane.

Într-o altă cauză, Kyprianou contra Cipru, un avocat cu o vechime de peste 40 de ani în profesie care apăra o persoană suspectată de infracțiunea de omor, a fost întrerupt de instanță în timp ce interoga un martor al acuzării. Simțindu-se ofensat, avocatul a cerut retragerea sa din cauză, cererea fiind mai apoi respinsă de instanță ca fiind neîntemeiată. Din acest moment, un întreg conflict și schimb de replici a intervenit între instanță și avocat, care s-a încheiat prin condamnarea avocatului la cinci zile de închisoare.

Avocatul a avut o atitudine ostilă față de instanță, dar aceasta poate fi motivată și de situația specială în care se afla. Pledând într-o cauză de o importanță deosebită și încercând să construiască o apărare cât mai puternică pentru ca persoana pe care o reprezenta să nu fie condamnată pentru infracțiunea de omor, în cadrul interogatoriului, nu numai că instanța nu i-a acordat atenție (judecătorii schimbau bilețele între ei), dar l-au și oprit din demersurile întreprinse, ceea ce este contrar bunelor practici ale unei instanțe de judecată. Guvernul a motivat imixtiunea instanței ca fiind una „de rutină” și „o simplă remarcă politicoasă cu privire la interogatoriu” (avocatului i se imputase că interogatoriul este prea detaliat în etapa procesuală în care se aflau).

Instanța și-a motivat aplicarea sancțiunii prin aceea că avocatul a creat „un climat de teroare și intimidare”, încercând să domine instanța prin țipete și gesticulații. Efectul atitudinii avocatului, din perspectiva instanței, a fost acela de obstrucționare a desfășurării activității instanței și de lezare a demnității acesteia.

Curtea Europeană a constatat nu doar încălcarea art. 10 din Convenție, ci și a art. 6 privind dreptul la un proces echitabil, deoarece instanța a fost lipsită de imparțialitate atunci când a aplicat avocatului sancțiunea închisorii. Acest lucru a fost dedus din limbajul utilizat de judecători prin care se arătau vădit indignați de cuvintele avocatului, limbaj care nu denotă o detașare în soluționarea cauzei, din faptul că avocatul a fost considerat vinovat chiar de la începutul discuțiilor contradictorii și din aceea că procedura a fost soluționată cu o celeritate nejustificată. Curtea reiterează argumentul pe care îl regăsim și în Cauza Nikula contra Finlandei și suține

că toate criticile formulate de avocat se refereau la modul în care era condusă ședința de judecată și nu constituiau insulte personale, în concluzie judecătorii trebuiau să le „suporte”.

Pedeapsa privativă de libertate aplicată a avut un efect descurajant și inhibitiv nu doar pentru avocatul în cauză, ci și pentru întregul corp profesional al avocaților care s-ar putea teme, pe bună dreptate, de consecințele negative la care s-ar expune în urma unei „confruntări” directe cu unul dintre membrii instanței. Din perspectiva judecătorilor care au aplicat pedeapsa închisorii, aceștia consideră că s-au arătat destul de îngăduitori atunci când au oferit avocatului de două ori posibilitatea de a-și retrage declarațiile sau de a-și cere scuze.

Spre deosebire de celelalte două hotărâri prezentate până acum prin care Curtea Europeană a constatat încălcarea art. 10 din Convenție, în cauza Schmidt contra Austriei din 17 iulie 2008, Curtea a statuat că nu există o încălcare a art. 10 din Convenție, sancțiunea aplicată avocatului de către autoritățile interne fiind una proporțională. În fapt, avocatul a susținut că Agenția pentru inspecția produselor alimentare de la Viena (care îndeplinea o funcție de acuzare în cadrul procesului ca cea a procurorului), a „încercat să-i înșele clientul”. Dacă avocatul prin această afirmație înțelesese să pună sub semnul întrebării concluziile Agenției și să arunce dubiu cu privire la concluziile expertului, autoritățile interne au considerat că această replică este nu numai ofensatoare și jignitoare, ci și de natură să aducă atingere reputației instituției. Ca și în cazul Kiprianou contra Cipru, problemele se ivesc atunci când trebuie stabilit sensul anumitor termeni sau expresii și gravitatea acestora. În cazul amintit, dacă avocatul atunci când a imputat judecătorilor că schimbă între ei „ravasakkia” susține că s-a referit la sensul de bilet, scurt mesaj scris, instanța a înțeles că avocatul le-a reproșat că își trimit de la unul la altul scrisori de dragoste, lucru puțin probabil deoarece unul dintre judecători i-ar fi permis avocatului să citească biletul.

Revenind la cauza Schimidt contra Austriei, avocatului i-a fost aplicată sancțiunea disciplinară a mustrării scrise, potrivit cap. 16 (1) al Codului disciplinar. Curtea a considerat că avocatul a făcut o afirmație care nu era susținută de nicio faptă care să o justifice, ba mai mult, avocatul nu a oferit nicio explicație în declarație cu privire la critica adusă Agenției pentru inspecția produselor, în consecință, nu există o încălcare a art. 10 din Convenție.

Pentru a putea vedea cât de sensibilă este delimitarea criticilor rezonabile de cele necorespunzătoare și cât de greu este de tranșat această chestiune se impune a fi examinată opinia separată a trei judecători (Rozakis, Vajic și Spielmann) cu privire la această hotărâre. Judecătorii susțin că „nu pot înțelege hotărârea adoptată de majoritate”, deoarece faptul că avocatul nu și-a întemeiat afirmația pe nicio faptă sau acuzație nu constituie o barieră în constatarea încălcării art. 10 din Convenție. Mai mult, în opinia separată, se argumentează că declarațiile avocatului au fost acceptabile pentru rolul pe care-l are într-o procedură judiciară și că în jurisprudența sa, Curtea a fost mereu rezervată să accepte o ingerință în libertatea de exprimare a avocaților.

Din punctul meu de vedere, Curtea nu a constatat încălcarea art. 10 din Convenție raportându-se în mare măsură la caracterul blând al sancțiunii aplicate avocatului și la faptul că acesta nu și-a argumentat opinia care nu era susținută de o bază factuală. Într-adevăr, dacă este să ne raportăm la sancțiunea aplicată avocatului în cauza Kyprianou contra Cipru (cinci zile de închisoare, condamnatul fiind încarcerat pe loc), putem spune că în cauza Schmidt contra Austriei s-a aplicat o sancțiune moderată, relativ proporțională. Totuși și o astfel de sancțiune ar putea avea un caracter descurajant, de aceea judecătorii, în opinia separată au afirmat că „în mod greșit Curtea a caracterizat mustrarea scrisă ca fiind o sancțiune blândă”.

V. Concluzii

Sancțiunea aplicată avocaților, indiferent de natura sa penală, administrativă sau disciplinară are fără tăgadă un efect negativ asupra activității acestora atunci când are loc în afara limitelor legale și a „dreptei măsuri” (caracterul proporțional și necesar într-o societate democratică).

Cu toate că, așa cum s-a arătat și în doctrină¹⁴, limitările dreptului la exprimare în cadrul procedurilor judiciare cu privire la avocați servesc garantării bunei funcționări a justiției, acestea trebuie să fie prevăzute de legiuitor cu foarte multă prudență, deoarece se poate aduce atingere libertății și independenței acestui corp profesional. Fără dreptul la liberă exprimare, consolidat atât de legislația națională, cât și de cea internațională, avocatul și-ar pierde rolul esențial pe care-l are în procesul de înfăptuire a justiției și

¹⁴ M. Roibu, *Libertatea de exprimare și limitele ei penale*, Editura C.H. Beck, București, 2013, p. 311.

ar deveni o simplă „unealtă” necesară pentru a se păstra aparența de echitate a procedurilor judiciare în ansamblul lor.

Deși într-o sală de judecată podiumul de pe care poate pleda avocatul are cea mai joasă înălțime, spre deosebire de cel al procurorului sau al instanței, acest lucru nu poate influența nicidecum puterea cuvântului său în a arăta cu ce nu este de acord referitor la actele îndeplinite de organele judiciare. Se impune ca avocatul să fie liber să critice actele procurorului, netemându-se de nicio sancțiune, mai ales că, în prezent, probatoriile se întemeiază, în mare măsură, pe metode speciale de supraveghere ori cercetare (interceptarea comunicațiilor, accesul la un sistem informatic, supravegherea video,audio) la care avocatul nu poate participa formulând obiecțiuni. De aceea, astăzi, poate că mai mult ca oricând se impune ca dreptul la liberă exprimare, atât al avocaților, cât și al oricărei persoane, să fie apărut în mod efectiv și nu să rămână doar un simplu deziderat prevăzut în normele constituționale și cele europene.

**PERSPECTIVE DE DREPT COMPARAT ASUPRA OBLIGAȚIILOR
CUMPĂRĂTORULUI**

PERSPECTIVES OF COMPARATIVE LAW ON BUYER OBLIGATIONS

MĂDĂLINA-ELENA MARIAN¹

Rezumat: Deoarece abordarea comparativă a instituțiilor juridice se poate dovedi de multe ori foarte utilă atât pentru teoreticienii dreptului, cât și pentru practicieni, voi încerca să subliniez principalele diferențe dintre dreptul altor state (Germania, Franța, Iran) și dreptul nostru, referitoare la materia obligațiilor cumpărătorului. Astfel, vom observa cum în dreptul iranian poate avea calitatea de cumpărător chiar și o persoană oarbă atât timp cât devine conștient de natura obiectului vânzării prin alte mijloace decât vederea, eventual cu ajutorul altei persoane. De asemenea, nu e niciun conflict de interese dacă acea persoană este cealaltă parte contractantă. În Codul civil din Québec, promisiunea de vânzare însoțită de predare și posesia asupra bunului echivalează de fapt cu o vânzare, având deci efect translativ de proprietate. În dreptul francez este reglementată resciziunea pentru leziune. Așa cum voi arăta, vânzătorul unui imobil poate să ceară resciziunea vânzării în situația în care a fost lezat cu mai mult de șaptesprezeceimi (7/12) din valoarea bunului din momentul vânzării. În dreptul german, contractul de vânzare-cumpărare este un contract real. O altă diferență importantă o regăsim între transferul dreptului de proprietate asupra mobilelor și a imobilelor: în cazul mobilelor manifestarea de voință este revocabilă până în momentul predării bunului, în vreme ce în materie imobiliară acest lucru nu este posibil, neputând opera o revocare unilaterală.

Cuvinte cheie: contract de vânzare, dreptul german, dreptul francez, dreptul iranian, Codul civil din Québec

Abstract: Because the comparative approach of the legal institutions often proves very useful both for law theorists and practitioners, I will try to highlight the main differences between the law systems of other states (Germany, France, Iran) and our own legal system, regarding the obligations of the buyer. Thus, we will see that under Iranian law the buyer may be a blind person as long as she becomes aware of the nature of the object of sale by other means than seeing, possibly with the help of another person. Also, there is no conflict of interests if the other person is the seller.

¹ Student al Facultății de Drept, UAIC, anul I, Master Științe penale (2017-2019), email: marian.elena17@yahoo.com.

In the Civil Code of Québec, the promise of sale with delivery and actual possession is equivalent to sale, having the effect of transferring the property. The French law regulates the rescission of unfair contracts. As I will show, the seller of real estate may obtain the rescission of the sales contract if he suffers a prejudice assessed at more than 7/12 of the value of the object at the time of conclusion of the contract. Under German law, the sales contract is a real contract. Another important difference regards the transfer of personal property and real property: in the case of personal property, the consent may be revoked until the goods are delivered, while in the case of real property the unilateral revocation is not possible.

Keywords: sales contract, German law, French law, Iranian law, Civil Code of Québec

1. Obligațiile cumpărătorului conform Convenției Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri

Întrucât vânzarea internațională de mărfuri reprezintă unul dintre cele mai vechi și mai uzuale contracte de comerț internațional, am găsit utilă prezentarea obligațiilor pe care le are cumpărătorul în această convenție.

Dintotdeauna a existat o preocupare a statelor în adoptarea unor instrumente internaționale care să faciliteze vânzarea de mărfuri, având în vedere diferențele de regim juridic din diferite sisteme de drept².

Ca soluție la aceste preocupări, a fost adoptată Convenția Națiunilor Unite cu privire la contractele de vânzare internațională de mărfuri de la Viena din 1980, intrată în vigoare în 1988.

La 20 septembrie 2014, Convenția de la Viena avea 81 de state părți, adică aproximativ 2/3 din comerțul mondial de mărfuri.

Conform art. 1 (1) din Convenție, aceasta este aplicabilă contractelor de vânzare de mărfuri între părți care își au sediul în state diferite, când aceste state sunt contractante ale Convenției sau când normele de drept internațional privat conduc la aplicarea legii unui stat contractant.

Aplicarea Convenției are un caracter opțional, astfel că potrivit art. 6, părțile o pot exclude în tot sau în parte. Excluderea poate fi expresă, implicită sau tacită. Dacă este exclusă, se aplică legea materială, așa cum este indicată de legea aplicabilă contractului. Chiar dacă părțile nu exclud aplicarea Convenției, acestea pot deroga de la dispozițiile ei, pot modifica efectele acestor dispoziții, cu excepția regulilor de formă.³

² C.T. Ungureanu, *Dreptul Comerțului Internațional*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 48.

³ *Idem*, p. 50.

Vânzările internaționale reprezintă acele contracte de furnizare de mărfuri ce urmează a fi fabricate sau produse, cu excepția cazului în care partea care le comandă furnizează o parte esențială din elementele materiale necesare acestei fabricări sau produceri. Nu se aplică contractelor la care obligația principală a părții care furnizează mărfurile constă în furnizarea manoperei sau a altor servicii, făcând-se astfel diferența între contractul de vânzare și contractul de antrepriză.⁴

De asemenea, Convenția nu se aplică contractelor încheiate pentru o folosință personală, familială sau casnică, contractelor având ca obiect imobile, mobile corporale, valori mobiliare, efecte de comerț și monede, nave, aeronave, electricitate, contractelor privind bunuri vândute la licitații de sub sechestru sau vânzărilor efectuate în orice alt mod de autoritățile judiciare.

Această Convenție are mari lacune, deoarece nu reglementează chestiuni esențiale cum ar fi: validitatea contractului și a clauzelor acestuia, reprezentarea părților, prescripția extintivă, validitatea prețului, relațiile cu terții, transferul de proprietate, răspunderea pentru prejudiciile cauzate de mărfurile vândute, cesiunea de creanță și compensația. Evident, asupra acestor chestiuni se va aplica legea forului⁵.

Contractele de comerț internațional se încheie, de regulă, în formă scrisă, prin voința părților. Pentru orice modificare ulterioară este aplicabil principiul simetriei de formă, cu excepția situației în care modificarea reiese din comportamentul uneia dintre părți pe care se bazează cealaltă parte⁶.

Obligațiile cumpărătorului sunt acelea de a prelua marfa și de a plăti prețul.

Potrivit art. 60 din Convenție, cumpărătorul trebuie să îndeplinească orice act care se poate aștepta în mod rezonabil din partea lui pentru a permite vânzătorului să efectueze predarea și să preia în mod efectiv marfa. Așadar, este necesară o colaborare între cele două părți pentru ca vânzătorul să își îndeplinească obligația de predare.

Dacă cumpărătorul nu preia marfa, acesta suportă riscul pieirii sau deteriorării acesteia, întrucât transferul riscurilor operează de la data la care vânzătorul pune marfa la dispoziția acestuia⁷.

⁴ C.T. Ungureanu, *op.cit.*, p. 50.

⁵ *Idem*, p. 51.

⁶ *Idem*, p. 53.

⁷ *Idem*, p. 63.

Cumpărătorul are obligația fundamentală de a verifica marfa în cel mai scurt termen posibil, în funcție de circumstanțe. Pentru a evita transportul unei mărfi neconforme, care trebuie ulterior returnată vânzătorului, e de preferat ca această verificare să se facă înainte de plecarea mărfii.

Conform art. 39 din Convenție, cumpărătorul trebuie să notifice vânzătorului orice lipsă de conformitate constatată, într-un termen rezonabil.

Cumpărătorul este obligat să plătească prețul, care este portabil, adică se face la locul unde este situat sediul vânzătorului sau, dacă plata trebuie făcută contra remiterii mărfurilor sau documentelor, la locul acestei remiteri.

De asemenea, prețul trebuie plătit la data stabilită în contract sau care rezultă din contract, fără a fi necesară nicio altă cerere sau formalitate din partea vânzătorului.

În contractul de vânzare internațională, transferul riscurilor are loc în momentul în care mărfurile sunt livrate cumpărătorului, potrivit art. 69 din Convenție.

În cazul pieirii fortuite a bunului, debitorul obligației de predare pierde dreptul la contraprestație, iar dacă a primit-o, este obligat să o restituie. Cu toate acestea, creditorul pus în întârziere preia riscul pieirii fortuite a bunului, neavând posibilitatea de a se elibera, chiar dacă ar dovedi că bunul ar fi pierit și dacă obligația de predare ar fi fost executată la timp⁸.

Conform art. 67 din convenția menționată, atunci când livrarea mărfii implică un transport, transferul riscurilor are loc în momentul în care vânzătorul încredințează marfa primului transportator pentru a o transmite cumpărătorului, în conformitate cu contractul de vânzare. Trebuie să precizăm că riscurile nu îi sunt transferate cumpărătorului cât timp mărfurile nu au fost identificate, prin aplicarea unui semn distinctiv pe mărfuri prin documentele de transport, printr-un aviz dat cumpărătorului sau prin orice alt mijloc⁹.

Atunci când vânzarea are loc în cursul transportului, transferul proprietății are loc, în acest caz, la data încheierii contractului. Dacă în momentul încheierii contractului de vânzare, vânzătorul știa sau ar fi trebui să știe că mărfurile au pierit sau erau deteriorate și nu l-a informat pe

⁸ C.T. Ungureanu, *op.cit.*, p 60.

⁹ *Ibidem*.

cumpărător, pierderea sau deteriorarea este în sarcina vânzătorului. Totuși, cumpărătorul nu este împiedicat de transferul riscurilor să îl acționeze pe vânzător, dacă acesta se face vinovat de încălcarea esențială a contractului¹⁰.

2. Obligațiile cumpărătorului în dreptul german

Contractul de vânzare-cumpărare este reglementat în Codul civil german în materia obligațiilor (*Schuldrecht*). Este definit ca fiind un contract sinalagmatic prin care vânzătorul unui bun se obligă să înmâneze bunul cumpărătorului și să procure dreptul de proprietate asupra bunului, în timp ce cumpărătorul se obligă să plătească prețul convenit și să preia bunul¹¹.

Contractul de vânzare-cumpărare nu este supus, în principiu, niciunei condiții de formă. Dreptul german nu impune niciun fel de constrângeri de formă pentru formarea valabilă a contractului de vânzare-cumpărare, care poate fi încheiat fie verbal, fie în formă scrisă. Manifestarea de voință poate să fie expresă sau tacită (*konkludentes Handeln*). Această regulă este aplicabilă numai în ceea ce privește bunurile mobile. În ceea ce privește bunurile imobile, contractul de vânzare trebuie să îmbrace forma înscrisului autentic notarial (*notariellen Beurkundung*). Așadar, înscrisul trebuie să fie autentificat de către notarul public, simpla legalizare a semnăturilor nu este suficientă. Și în dreptul german este valabilă vânzarea unui bun viitor. Ca orice contract sinalagmatic specific dreptului german, obligațiile părților se află într-o relație de dependență; obligația uneia dintre părți se execută numai în măsura în care cealaltă parte și-a executat propria obligație (*Zug um Zug*).¹²

Vânzătorul se obligă la a preda nu numai posesia asupra bunului, ci și să transfere dreptul de proprietate asupra acestuia. Transferul dreptului de proprietate depinde în dreptul german numai de existența contractului real. Faptul că în dreptul german contractul de vânzare este un contract real are consecințe pe planul transferului proprietății și a riscurilor în momente diferite, cu consecințele aferente.¹³

Realitatea este că de cele mai multe ori contractul real este încheiat în mod tacit, concludent, ca urmare a predării bunului. De asemenea,

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Ș. Mircioiu, *Transferul dreptului de proprietate prin vânzare, Studiu de drept comparat*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 411.

¹² Ș. Mircioiu, *op. cit.*, p. 412.

¹³ C.T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 49.

contractul real este guvernat de principiul specialității (*das Bestimmtheitsgrundsatz*), fiind absolut necesar ca bunul a cărui proprietate se transferă să fie exact determinat. O altă particularitate a acestui contract este caracterul revocabil al acestuia, majoritatea autorilor germani fiind de părere că până la momentul predării bunului, contractul nu beneficiază de forță obligatorie, putând fi revocat în mod liber de oricare dintre părți.¹⁴

Obligația vânzătorului de a transfera dreptul de proprietate, asumată prin contractul de vânzare-cumpărare, este executată numai prin încheierea celui de-al doilea contract și prin îndeplinirea actului material de executare subsecvent.¹⁵

Vânzătorul are posibilitatea ca, cel târziu la momentul predării, să declare în mod unilateral, chiar dacă o asemenea clauză nu a fost inserată în contractul de vânzare-cumpărare, că nu dorește să transfere dreptul de proprietate asupra bunului vândut decât sub condiția suspensivă a plății integrale a prețului. Cumpărătorului, deși intră în posesia bunului, dreptul de proprietate asupra acestuia nu îi este transferat. Deși transferarea proprietății nu depinde în dreptul german de plata prețului, părțile pot să încheie în cazul bunurilor mobile, o vânzare cu rezerva dreptului de proprietate prin intermediul căreia vânzătorul își păstrează calitatea de proprietar al bunului chiar și după predarea bunului, până în momentul în care cumpărătorul își execută integral obligația de plată a prețului. În situația în care bunul nu a fost predat cumpărătorului, riscul pieirii fortuite a bunului este suportat de către vânzător.¹⁶

Vânzătorul este obligat să predea posesia nemijlocită asupra bunului, adică să îi confere cumpărătorului folosința faptică asupra acestuia. Precizăm că în dreptul german predarea este un act material, și nu un act juridic.¹⁷

Apoi, vânzătorul este obligat să îndeplinească toate actele necesare transferului dreptului de proprietate: în cazul bunurilor mobile, să încheie contractul real și să predea bunul, iar în cazul bunurilor imobile, să încheie contractul real și să efectueze toate operațiunile necesare înscrierii în cartea funciară. Vânzătorul trebuie să depună toate diligențele pentru a transmite cumpărătorului drept de proprietate liber de orice sarcini.

¹⁴ Ș. Mircioiu, *op. cit.*, p. 416.

¹⁵ *Ibidem*, p. 413.

¹⁶ Ș. Mircioiu, *op. cit.*, p. 413.

¹⁷ *Ibidem*, p. 414.

Așadar, predarea este elementul final care produce efectul translativ de drept.

O diferență importantă între transferul dreptului de proprietate asupra mobilelor și a imobilelor în dreptul german este aceea că, în cazul mobilelor, manifestarea de voință este revocabilă până în momentul predării bunului, în vreme ce în materie imobiliară acest lucru nu este posibil, neputând opera o revocare unilaterală.¹⁸

Codul german oferă și o soluție pentru situația în care există un conflict de drepturi între doi cumpărători ai aceluiași bun (*Doppelverkauf*). Astfel, dacă avem doi achizitori ai aceluiași bun mobil, va deveni proprietar cel căruia i se face primul tradițiunea bunului. Urmând consecvent principiul tradițiunii, este firesc ca dreptul de proprietate să fie dobândit de cumpărătorul căruia îi este predată prima dată posesia asupra bunului (*Übergabe*). Cumpărătorul care nu a avut posesia bunului nu poate exercita acțiunea în revendicare față de celălalt cumpărător, pentru simplul motiv că nu a fost niciodată proprietar. Singura soluție pentru acest cumpărător ar fi să se întoarcă împotriva vânzătorului pe temeiul răspunderii contractuale. În cazul conflictului între doi achizitori ai aceluiași bun imobil, soluția este aceea că va deveni proprietar cel care și-a înscris primul dreptul în cartea funciară. Rolul jucat de predarea posesiei în cazul bunurilor mobile este jucat de înscrierea în cartea funciară, în cazul bunurilor imobile.¹⁹

În concluzie, principalele obligații ale cumpărătorului în dreptul german sunt să preia bunul, și bineînțeles să plătească prețul.

3. Obligațiile cumpărătorului în dreptul francez

În dreptul francez, vânzarea este perfectă între părți și proprietatea este dobândită de drept de cumpărător în privința vânzătorului de îndată ce s-a convenit asupra lucrului și prețului, cu toate că lucrul nu s-a predat și nici prețul nu s-a plătit.²⁰

Observăm o traducere cvasiexactă a textului francez în legislația noastră.

¹⁸ *Ibidem*, p. 438.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ I. Popa, *Contractul de vânzare-cumpărare. Studiu comparativ de doctrină și jurisprudență*, Editura Universul Juridic, București, 2008, p. 59.

În art. 1650 din Codul civil francez se precizează că principala obligație a cumpărătorului este de a plăti prețul în ziua și locul stabilite în contract.²¹

Cu privire la această obligație, se cuvine să facem câteva precizări. Prețul trebuie să îndeplinească o serie de condiții: să fie determinat sau determinabil, real, licit, serios și sincer.

Prețul lezionar nu deschide calea unei acțiuni în resciziune în dreptul românesc, decât ca măsură de protecție a minorului, majorul neavând deschisă această cale. Singura soluție a majorului va fi să ceară nulitatea actului pentru cauză ilicită, dacă contractul s-a încheiat profitându-se de neștiința, ignoranța, starea de constrângere în care se află unul dintre contractanți.²²

Codul francez prezintă însă și resciziunea pentru leziune. Așadar, vânzătorul unui imobil poate să ceară resciziunea vânzării în situația în care a fost lezat cu mai mult deșaptesprezecimi (7/12) din valoarea bunului din momentul vânzării. Generalizând, am putea spune că orice preț care nu ajunge la aproximativ jumătatea valorii bunului imobil vândut ar putea fi considerat lezionar.²³

Dacă acest criteriu ar fi existat și în dreptul românesc, peste jumătate din tranzacțiile imobiliare încheiate ar fi putut fi declarate lezionare, cu consecințe directe pe planul evaziunii fiscale.

În cele ce urmează, vom analiza fundamentele leziunii. Potrivit unei concepții voluntariste, leziunea prezuma un viciu de consimțământ alături de eroare, dol și violență. De altfel, ca și în dreptul nostru, după cum bine știm, această teorie a fost însă respinsă, deoarece nu acoperea situațiile în care poate exista leziune, însă nu există viciu de consimțământ.

În concepția delictuală, leziunea prezumă culpa beneficiarului său, care a exploatat în interesul său dificultatea financiară sau lipsa de experiență a vânzătorului. Prejudiciul pe care i l-a creat astfel vânzătorului trebuie reparat, fie printr-o indemnizație, fie prin anularea vânzării.²⁴

Tendința generală actuală este de a considera leziunea ca fiind un viciu obiectiv al contractului independent de alte instituții. El aparține oricui dorește să-și protejeze interesul său, dar legea trebuie să-l protejeze pe cel

²¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do>, accesat la 10.04.2017.

²² I. Popa, *op. cit.*, p. 409.

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

slab (în sensul de incapabil de a-și proteja singur interesele, nu neapărat minor) sau lipsit de experiență, iar pe vânzătorul de imobile datorită importanței activului său.²⁵

În analiza resciziunii nu sunt luate în calcul vânzările aleatorii (*l'alea chasse la lesion* – cel care joacă nu se poate plânde de pierdere) sau vânzările judiciare.

Acțiunea în resciziune va putea fi promovată în termen de 2 ani de la încheierea vânzării de către vânzător, cu excepția situației în care vânzătorul a renunțat prin contract la promovarea acțiunii, declarând totodată că donează diferența de valoare.²⁶

Dacă leziunea este dovedită, efectele sunt similare efectelor nulității, părțile fiind repuse în situația anterioară vânzării. Singura posibilitate a cumpărătorului de a salva contractul este de a plăti diferența de preț.²⁷

În dreptul nostru, există leziune dacă între cele două prestații există o disproporție considerabilă. Apreciem că sintagma este foarte ambiguă. Chiar dacă legiuitorul român nu utilizează metoda franceză (proporția celor 7/12 părți), totuși ar putea fi mai explicit. Considerăm că orice prestație care se află sub jumătate din valoare bunului cumpărat, este lezionară.²⁸

La fel ca în dreptul român, dacă în contract nu s-a prevăzut nimic despre ziua și locul efectuării acestei obligații, aceasta se va face în momentul predării bunului, potrivit art. 1651 din Codul civil francez.²⁹

Cumpărătorul are însă obligația de a se interesa de prețul vânzării până în momentul plății capitalului în următoarele trei cazuri: dacă a fost stabilit astfel în momentul vânzării, dacă lucrul vândut și livrat produce dividende sau alte câștiguri, și dacă cumpărătorul a fost somat să plătească. În acest ultim caz, datoria se prelungește până după somație.³⁰

Conform art. 1653 din Codul civil francez, dacă cumpărătorul a fost deranjat sau are doar impresia că este deranjat de o acțiune, fie ipotecară, fie în revendicare, poate să suspende plata până în momentul în care vânzătorul rezolvă problema dacă nu preferă să ofere o cauțiune sau

²⁵ I. Popa, *op. cit.*, p. 410.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem*, p. 411.

²⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do>, accesat la 20.04.2017.

³⁰ *Ibidem.*

dacă nu a fost de acord ca în ciuda tulburării, cumpărătorul totuși să plătească.³¹

La fel ca în Codul civil român, dacă cumpărătorul nu plătește, atunci vânzătorul poate cere rezoluțiunea vânzării.³²

Rezoluțiunea vânzării imobiliare este pronunțată în același moment în care cumpărătorul este în pericol de a pierde atât lucrul, cât și bunul.

Dacă acest pericol nu există, judecătorul îi poate acorda cumpărătorului un termen mai lung sau mai scurt, în funcție de circumstanțe.³³

Conform art. 1655 din Codul civil francez, dacă acest termen se scurge fără executarea obligației de către cumpărător, se va pronunța rezoluțiunea vânzării.

Dacă a fost stipulat în contractul de vânzare că lipsa de plată la termenul convenit va atrage rezoluțiunea de plin drept a vânzării, cumpărătorul va putea totuși plăti înainte de expirarea acestui termen, atât timp cât nu a primit notificarea de rezoluțiune, dar după primirea acestei notificări judecătorul nu îi mai poate acorda vreun termen.

În sfârșit, art. 1657 din Codul francez precizează că în vânzările de mărfuri alimentare și de uz casnic, anularea vânzării va avea loc în mod automat și fără avertisment, în favoarea vânzătorului, după expirarea termenului convenit.

Atunci când vânzătorul nu își execută obligația de a preda bunul, cumpărătorul poate opta între invocarea excepției de neexecutare, rezoluțiunea contractului cu daune-interese, executarea în natură a contractului, sau chiar procurarea bunurilor de gen de la terți, pe seama vânzătorului.

Am reamintit aceste lucruri pentru a sublinia o diferență ce apare în dreptul francez. Astfel, obligația de predare a vânzătorului este completată cu alte trei tipuri de obligații derivate. Atunci când lucrul vândut este periculos, vânzătorul are obligația de a-l informa pe cumpărător asupra potențialelor pericole. Dacă obiect al vânzării îl formează un utilaj (material) complex, vânzătorul se angajează să-i predea cumpărătorului, pe lângă bunul în sine, și *ghidul de utilizare* al acestuia, cu toate detaliile necesare. Pe lângă predarea bunului vândut, vânzătorul poate să se oblige față de cumpărător să

³¹ *Ibidem.*

³² I. Popa, *op. cit.*, p. 411.

³³ *Ibidem.*

asigure și *service-ul* necesar utilizării acelui bun, ceea ce-i impune vânzătorului de a-i semnală cumpărătorului necesitatea schimbării unor piese uzate și de a face aceste schimbări pe cheltuiala cumpărătorului.³⁴

4. Obligațiile cumpărătorului în dreptul iranian

Vânzarea constă în a preda posesia unor anumite bunuri în schimbul unei contraprestații determinate, conform art. 338 din Codul civil iranian.³⁵

După încheierea acordului mutual cu privire la obiectul contractului, respectiv la preț, vânzarea este încheiată prin întâlnirea ofertei cu acceptarea. De asemenea, vânzarea poate fi efectuată și prin intermediul unui schimb. Practic, observăm că în dreptul iranian schimbul este o specie a vânzării.³⁶

Potrivit art. 340 din Codul civil iranian, în cazul unei oferte și al unei acceptări privind vânzarea, formularea și termenii folosiți trebuie să indice în mod clar că este vorba de o vânzare și nu de o altă operațiune juridică.³⁷

O vânzare poate fi afectată sau nu de condiții, de asemenea, un termen poate afecta predarea întregului obiect sau doar al unei părți, sau poate afecta plata prețului în tot sau în parte, conform art. 341 din Codul civil iranian.

Ceea ce este interesant în dreptul iranian este că poate avea calitatea de cumpărător chiar și o persoană oarbă atât timp cât devine conștient de natura obiectului vânzării prin alte mijloace decât vederea, eventual cu ajutorul altei persoane, chiar dacă cealaltă persoană este cealaltă parte contractantă, conform art. 347 din Codul civil iranian.

Potrivit art. 362 alin. (4), contractul de vânzare îl face pe cumpărător responsabil de plata prețului, dispoziții ce se cumulează cu prevederile art. 365 și art. 366, care precizează că o vânzare invalidă nu are drept efect transmiterea proprietății și orice persoană care, în urma unei vânzări invalide, preia obiectul contractului trebuie să-l returneze

³⁴ I. Popa, *op.cit.*, p. 349.

³⁵ <http://www.alaviandassociates.com/documents/civilcode.pdf>, accesat la 21.04.2017.

³⁶ <http://www.alaviandassociates.com/documents/civilcode.pdf>, accesat la 21.04.2017.

³⁷ *Ibidem*.

proprietarului, în caz contrar rămânând responsabil pentru obiectul respectiv și răspunde și în cazul în care obiectul este pierdut sau deteriorat.³⁸

Predarea bunului constă în punerea la dispoziție a cumpărătorului a obiectului vândut, astfel încât acesta să aibă control absolut asupra lui, putând beneficia de el în orice mod dorește. Preluarea bunului produce efecte atunci când cumpărătorul își asumă controlul asupra obiectului, potrivit art. 367 din Codul civil iranian.

Predarea are loc atunci când obiectul vândut este pus la dispoziția cumpărătorului, chiar dacă acesta nu a intrat în posesia fizică asupra lui. Observăm că există două momente distincte, unul în care vânzătorul îi pune cumpărătorului la dispoziție bunul, fiind liberat de obligație, și unul în care cumpărătorul are obligația să îl preia, pentru ca, cumva, operațiunea să fie perfectată. Deci momentele pot fi distincte.

În art. 374 se precizează că pentru a prelua posesia bunului nu este necesară nicio autorizare, cumpărătorul putând prelua posesia bunului pe care l-a cumpărat, fără nicio autorizare.

Ultima teză a art. 381 este iarăși relevantă pentru noi, arătând că este obligația vânzătorului de a suporta costurile predării, cum ar fi costul transportului la locul predării, ale verificării, cântăririi, însă costurile legate de plata prețului sunt suportate de cumpărător.

Un obiect vândut care nu poate fi divizat, cum ar fi o casă sau un covor, și vândut în schimbul unui preț fix, dar la predare este mai mic sau mai mare, conferă cumpărătorului și vânzătorului posibilitatea de a desființa contractul: cumpărătorului în primul caz și vânzătorului în al doilea, potrivit art. 385.

Cumpărătorul poate desființa contractul și în cazul în care bunul este supus deteriorării înainte de predare, potrivit art. 388.

Conform art. 394, cumpărătorul are obligația de a plăti prețul la timpul și locul stabilit și în concordanță cu termenii contractului.

În sfârșit, potrivit art. 395, dacă cumpărătorul nu se conformează și nu plătește prețul la timpul convenit, vânzătorul are posibilitatea de a denunța contractul sau are dreptul de a cere judecătorului obligarea cumpărătorului la plata prețului.

5. Obligațiile cumpărătorului în Codul civil din Québec

³⁸ *Ibidem.*

Potrivit art. 1708 din Codul civil din Québec, vânzarea este un contract prin care o persoană numită vânzător transferă proprietatea unui bun către altă persoană numită cumpărător pentru un preț stabilit în bani pe care cel din urmă se obligă să îl plătească.³⁹

Observăm că definiția dată de Codul civil din Québec se aseamănă destul de mult cu definiția vânzării din dreptul românesc.

Teza a doua a articolului menționat precizează că un dezmembrământ al dreptului de proprietate sau orice alt drept deținut de o persoană poate de asemenea să facă obiectul unei vânzări.

Foarte interesante sunt prevederile art. 1710 în care se precizează că promisiunea de vânzare însoțită de predare și posesia asupra bunului echivalează de fapt cu o vânzare.

Cumpărătorul poate solicita anularea vânzării, însă nu poate solicita anularea atunci când deținătorul bunului nu este îndreptățit să revendice proprietatea. Deducem noi că deținătorul bunului este cel care se pretinde proprietar și nu are dreptul să revendice proprietatea, potrivit art. 1715 din Codul civil din Québec.

Art. 1734 precizează obligațiile cumpărătorului. Astfel, cumpărătorul este obligat să preia bunul, să plătească prețul la timpul și locul predării. De asemenea, este obligat să suporte cheltuielile privind operațiunea de vânzare.⁴⁰ Subliniem faptul că diferă momentul plății prețului față de reglementarea din dreptul românesc.

Totodată, cumpărătorul datorează dobândă calculată prin raportare la preț, din momentul predării bunului sau din momentul expirării termenului la care părțile au convenit că trebuia plătit prețul, potrivit art. 1735.

Cumpărătorul unor bunuri mobile poate, în cazul în care vânzătorul nu le predă, să considere vânzarea rezolvită, dacă vânzătorul este de drept în întârziere sau dacă nu își îndeplinește obligația în termenul acordat la momentul punerii în întârziere, conform art. 1736.

Dacă vânzătorul este obligat să predea suprafața, volumul sau cantitatea specificate în contract și nu poate să o facă, cumpărătorul poate să obțină o reducere a prețului, însă dacă diferența îi cauzează un prejudiciu important, poate interveni chiar rezoluțiunea vânzării. Cu toate acestea, în cazul în care suprafața, volumul sau cantitatea depășește ceea ce a fost

³⁹ <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/CCQ-1991>, accesat la 23.04.2017.

⁴⁰ *Ibidem*.

specificat în contract, cumpărătorul este obligat să plătească pentru exces sau să restituie vânzătorului bunul, potrivit art. 1737.

În art. 1738 se precizează posibilitatea cumpărătorului care descoperă un risc de evicțiune de a-l notifica pe vânzător în scris, într-un termen rezonabil de la data descoperirii cu privire la dreptul sau pretențiile terțului, specificând natura lor. Interesant este faptul că vânzătorul nu poate invoca tardivitatea notificării cumpărătorului dacă vânzătorul era conștient de dreptul sau pretenția terțului sau era imposibil să nu fie conștient de ea.⁴¹

Totodată, potrivit art. 1739, cumpărătorul care constată că proprietatea prezintă vicii poate să îl notifice în scris cu privire la vicii pe vânzător, într-un termen rezonabil de la momentul descoperirii. Atunci când viciul apare gradual, termenul începe să curgă din ziua în care cumpărătorul poate bănui seriozitatea și întinderea viciului. La fel, vânzătorul nu poate invoca tardivitatea notificării, dacă acesta era conștient de viciu sau era imposibil să nu îl cunoască.

6. Concluzii

Revenind la sistemul național, voi concluziona învederând stadiul legislației noastre în ceea ce privește reglementarea obligațiilor cumpărătorului.

Așa cum știm, deși comune prin conținutul esențial, contractele se deosebesc prin efecte. Obligațiile cumpărătorului reprezintă unul dintre principalele efecte ale contractului de vânzare-cumpărare. Observăm că uneori există dificultăți în identificarea scopului pentru care s-a contractat, ceea ce a justificat aplecarea spre dezvoltarea acestui subiect de drept. Asemenea situații se ivesc când acordul de voințe al părților tinde să genereze mai multe efecte juridice care sunt în egală măsură determinante pentru o parte la încheierea contractului.⁴²

Potrivit Codului Civil român, principalele obligații ale cumpărătorului sunt următoarele: a) să preia bunul vândut; b) să plătească prețul vânzării; c) să suporte cheltuielile vânzării.⁴³

⁴¹ <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/CCQ-1991>, accesat la 23.04.2017.

⁴² R. Dincă, *Contracte civile în Noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 15.

⁴³ Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Yves-Gautier, *Contractele speciale*, trad.: Diana Dănișor, Editura Wolters Kluwer, București, 2009, p. 72.

Părțile pot stipula și alte obligații pentru cumpărător, în afara celor prevăzute „de drept”. Astfel, ele pot introduce în contract obligația cumpărătorului de a asigura vânzătorului sau familiei acestuia (sau altor persoane) folosința lucrului sau a unei părți din acesta, în continuare, după transferul dreptului de proprietate.⁴⁴

Asemenea obligații pot fi stabilite atât în favoarea vânzătorului, cât și în favoarea unei terțe persoane, regimul lor juridic fiind acela de drept comun.⁴⁵

În final, aș vrea să precizez că unele soluții date de alte state se regăsesc în legislația noastră în legi speciale. De exemplu, în Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și a activității notariale, la art. 94 alin. (7) regăsim ipoteza în care contractantul este o persoană nevătătoare, legislația românească acordându-i dreptul de a contracta cât timp acesta îi dictează notarului conținutul actului și se asigură prezența unor martori.

⁴⁴ L. Stănciulescu, *Contracte speciale. Succesiuni*, Editura All Beck, București, 2002, pp. 63-64.

⁴⁵ D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Editura C.H. Beck, București, p. 563.

**PROMISIUNEA SINALAGMATICĂ DE VÂNZARE-CUMPĂRARE
ȘI LEGEA 17/2014
AUSSITÔT DIT, AUSSITÔT FAIT**

PANTELIMON MOVILĂ¹

Rezumat: Prin Legea 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției² s-a părăsit tradiția legislativă de reglementare a drepturilor de preempțiune privind terenurile agricole. Totodată, aceeași lege reglementa, pentru prima dată după 1991, acțiunea prin care se poate suplini consimțământul promitentului recalcitrant. Este interesant că prin același act normativ se abroga o tradiție legislativă și, pe de altă parte, se reglementa o tradiție doctrinară. Situația părea că se stabilizează o dată cu intrarea în vigoare a Codului civil³, reglementându-se un drept comun pentru ambele instituții. Doar că starea de normalitate a fost părăsită pe parcurs, semn că predictibilitatea legislativă nu este o prioritate. Legea 17/2014⁴ reprezintă (doar) un exemplu de dispoziții speciale contrare spiritului dispozițiilor generale. Articolul vine să surprindă evoluția sinuoasă a promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare care are ca obiect încheierea unui contract de vânzare privind terenurile agricole situate în extravilan, prin sublinierea modificărilor legislative survenite, a jurisprudenței obligatorii a Înaltei Curți de Casație și Justiție și a jurisprudenței Curții Constituționale.

Cuvinte cheie: drept de preempțiune; Legea 17/2014; promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare; acțiunea prin care se suplinește consimțământul.

¹ Student, anul IV, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: paul_rvd@yahoo.com.

² Publicată în Monitorul oficial nr. 653 din 22 iulie 2005.

³ Legea 287/2009, publicată în Monitorul oficial nr. 511 din 24 iulie 2009, în vigoare de la 1 octombrie 2011.

⁴ Legea 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 178 din 12 martie 2014.

Abstract: By the Law 247/2005, concerning the reform in the domains of property and justice, the legislative tradition of preemption rights regulation concerning agricultural grounds has been left. At the same time, the same law regulates, for the first time since 1991, the action which can replace the consent of the refractory promisor. It is interesting that by the same normative act a legislative tradition is repealed and, on the other hand, a doctrinaire tradition is regulated. The situation seemed to stabilize since the civil Code has come into force, regulating a common law for both institutions. But the state of normality has been left ongoing, a sign that the legislative predictability is not a priority. The Law 17/2014 represents (only) one example of special dispositions contrary to the general dispositions. The article comes to catch the sinuous evolution of the mutual promissory agreement, which has as object the conclusion of a contract of sale concerning the agricultural grounds located in the unincorporated area, by underlining the occurred legislative modifications, the compulsory jurisprudence of the Supreme Court of Justice and the jurisprudence of the Constitutional court

Key words: pre-emption right, the Law 17/2014, mutual promissory agreement, the action that replaces the consent.

1. Prolegomene. Promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare. Dreptul de preempțiune. *Prendre le taureau par les cornes*

Alegerea unei teme care să fie, deopotrivă, utilă și coerentă, pare dificilă când majoritatea informației cunoscute se bazează pe un stil mai nou „găzetăresc” decât profund. De aceea, prin intermediul acestui articol, voi încerca să abordez într-o metodă desuetă, mai doctrinară și împământenită într-un soi de arhaism, o temă pe care o percep de interes, anume corelația dintre promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare (mai exact, acțiunea care are ca obiect suplinirea consimțământului promitentului-recalcitrant) și dreptul de preempțiune.

Promisiunea (generic, de contract, conform art. 1279 C.civ.) nu are o definiție legală, mai important pentru înțelegerea sa fiind depistarea rațiunilor practice care au dus la reglementarea sa. Aici pot fi subliniate, spre exemplu, nevoia de certitudine asupra încheierii viitorului contract. Să presupunem că nu există posibilitatea încheierii contractului final, pentru varii motive, economice, juridice (vreo incapacitate de exercițiu dată de vârstă), etice etc. În aceste cazuri, se poate recurge la o promisiune de contract, care, notată în Cartea funciară conform art. 902 C.civ., va asigura o inalienabilitate subînțeleasă în termenii art. 627 alin. (4) C.civ., fiindu-i

inopozabil promitentului-cumpărător (spre exemplu; poate fi și promitent-împrumutat/copermutant/depozitar etc.) orice contract constitutiv sau translativ de drepturi reale sau de creanță.

De asemenea, s-a considerat că este o alternativă pentru reglementarea vânzării cu pact de răscumpărare. Prin încheierea unei promisiuni de vânzare asupra bunului, obiect al contractului previzionat, urmată de notarea în Cartea funciară a promisiunii, cu rol de asigurare a inopozabilității actelor de înstrăinare față de promitentul-cumpărător, care a avut calitatea de vânzător în cadrul primului raport juridic, se suplinește lacuna de reglementare care a dus la restatuarea ca posibilă a vânzării cu pact de răscumpărare. Discuția este interesantă, dar este vorba despre *manus manum lavat*, astfel că nu voi continua.

Cât privește dreptul de preempțiune, învățăm de la notariatul francez că acesta este, nici mai mult, nici mai puțin, *„un droit légal ou contractuel accordé à certaines personnes privées (locataire, fermier, indivisaire, ...) ou publiques d'acquérir un bien par priorité à toute autre personne, lorsque le propriétaire manifeste sa volonté de le vendre”*⁵.

Vechimea acestei instituții este atestată prin prezența sa în Cartea Sfântă, sub următoarea configurație: *„Dacă fratele tău, care e cu tine, va săraci și va vinde din moștenirea sa, să vină ruda sa de aproape și să cumpere ceea ce vinde fratele său”* (Lev. 25, 25).

*„Eterna strălucire a dreptului de preempțiune”*⁶, o instituție autonomă prin dificultate⁷, a fost paravan pentru antamarea multor disfuncții actuale. Dificultatea (și absurditatea) interpretării și aplicării dispozițiilor legale s-au „maturizat” prin trecerea celor 3 ani de la intrarea în vigoare a Legii 17/2014. Pentru a sublinia această realitate, analiza se va defalca pe

⁵ În acest sens: <https://www.notaire.be/acheter-louer-emprunter/3-droit-de-preemption>, verificat la 7 septembrie 2017.

⁶A.-M. Gheorghincă, *Eterna strălucire a dreptului de preempțiune*, lucrare disponibilă în format pptx. la adresa: <http://www.centrulrobertianum.ro/dimitrie-alexandresco/>, verificat la 7 septembrie 2017.

⁷ Pentru detalii privind reglementarea existentă în Codul civil, a se vedea R. Dincă, *Contract speciale în reglementarea Noului Cod Civil.*, Editura Universul Juridic, București 2013, p. 80.; C. Macovei, *Dreptul de preempțiune, rien ne va plus?*, în volumul *5 ani de la intrarea în vigoare a Codului civil. Perspectiva notarială*, Editura R.A. „Monitorul Oficial”, București 2016, p. 279 și urm.

situația existentă înainte de Legea 17/2014 și situația existentă după intrarea în vigoare a acestei legi.

2. Promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare și dreptul de preempțiune anterior intrării în vigoare a Legii 17/2014. *Ce qui est fait n'est plus à faire*

Principala problemă căreia trebuia să-i găsim răspuns era dacă de valabilitatea promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare depindea identitatea dintre promitentul-cumpărător și preemptor.

Practica juridică⁸ a fost confruntată cu problema valabilității unei astfel de promisiuni sinalagmatice de vânzare-cumpărare, având ca obiect un teren agricol situat în extravilan, în situația în care promitentul-cumpărător nu este titular al dreptului de preempțiune, iar promitentul-vânzător nu a respectat dispozițiile legale cu privire la exercitarea dreptului de preempțiune. Această situație a fost prilejuită de intrarea în vigoare a Legii 17/2014, care, cu excepția promisiunilor autentificate (circa 1 an), era de imediată aplicare (deci pentru promisiuni verbale sau care aveau ca suport probator un înscris sub semnătură privată). În această situație, instanța, investită cu soluționarea unei cereri care are ca obiect pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract de vânzare, a respins acțiunea, motivat de faptul că nu poate valida un contract de vânzare care presupune transmiterea dreptului de proprietate, cu nerespectarea normelor legale care reglementează dreptul de preempțiune.

Prin urmare, observăm că nu s-a pus problema nevalabilității promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare, deoarece acest contract nu este translativ de proprietate *per se*. În schimb, convenția care transmite dreptul de proprietate asupra terenului extravilan trebuie să respecte dreptul de preempțiune, în acest sens instanțele refuzând pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract. Acesta ar fi modelul de rezolvare a acestor acțiuni: promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare nu afectează preemptorul, deci nu prezintă importanță dacă promitentul-cumpărător este

⁸ Sentință civilă 2076 din 24.09.2015, disponibilă la adresa <http://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-bi46vto/>, accesată la data de 8 septembrie 2017.

și preemtor. Apoi, singurul mod de transmitere a proprietății este fie contractarea benevolă a vânzării, care se va dovedi inefficientă în funcție de dreptul de preempțiune încălcat (mă refer la sancțiunea aplicabilă, care diferă de la un act normativ la altul), fie pronunțarea hotărârii care ține loc de contract, inadmisibilă după cum reiese din această hotărâre. De altfel, părțile promisiunii pot erija neexercitarea dreptului de preempțiune de către preemtor ca având valoare de condiție suspensivă.

Doar că această jurisprudență va suferi amputări logice o dată cu halucinantele probleme ridicate de Legea 17/2014. De aceea, se vădește necesară problematizarea acestei dubioase legi.

3. Promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare și dreptul de preempțiune după intrarea în vigoare a Legii 17/2014. *L'erreur est humaine*

Legea 17/2014 nu pare cel mai inspirat mod de a rezolva problema vânzării de terenuri din extravilan, în contextul expirării perioadelor tranzitorii stabilite de Legea 312/2005⁹. Pentru analiza dispozițiilor relevante pe marginea Legii nr. 17/2014, voi prezenta o situație de fapt, pe marginea căreia se pot aduce observații asupra reglementării. Presupunem că numitul *Primus* a încheiat o promisiune sinalagmatică de vânzare-cumpărare în formă autentică cu numitul *Secundus* la data de 15.01.2014, asupra unui bun imobil, teren agricol extravilan, neinteresându-ne detalii privind publicitatea imobiliară, la acest moment.

Presupunem mai departe că, urmare a refuzului promitentului-cumpărător de a se prezenta la notariat, promitentul-vânzător, parte la promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare, a sesizat instanța de judecată, solicitând pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract, în temeiul art. 1.669 alin. (1) C.civ. Între timp, după introducerea acțiunii, a intrat în vigoare Legea nr. 17/2014 (mai exact, la data de 11 aprilie 2014).

Prima problemă pe care și-ar putea-o pune judecătorul investit cu o astfel de acțiune este dacă trebuie să aplice dispozițiile legii în acest caz. Criteriile stabilitate de Codul civil privind neretroactivitatea și aplicarea imediată a legii noi nu ne prea ajută. Că este așa, o dovedește următoarea

⁹Privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine, publicată în Monitorul oficial nr. 1008 din 14 noiembrie 2005,

lămurire: dacă refuzăm să aplicăm pe motiv de neretroactivitate, înseamnă că nu recunoaștem aplicarea imediată a legii noi (nu interesează aici situațiile noi ivite sub imperiul ei), situațiilor în derulare; dacă aplicăm și situațiilor în curs, se modifică implicit cadrul contractual astfel cum era el gândit inițial de părți, deci rezultă un soi de retroactivitate. În fine, problema este mai mult de teoria generală a dreptului civil, întrucât legile conțin, de obicei, situații tranzitorii. Și Legea nr. 17/2014 nu face excepție, conținând reguli privind situațiile tranzitorii. În forma inițială, art. 20 stipula: *”Prevederile prezentei legi nu se aplică antecontractelor și pactelor de opțiune care au fost autentificate la notariat anterior intrării în vigoare a acesteia”*. Aplicând acest text, judecătorul urma să soluționeze acțiunea conform dreptului comun, cu puțin ”talent” sustrăgându-se de la complicații legislative parțial inutile.

Doar că, la o citire de bun simț a acestui articol, se întrezărește o viitoare contestare a acestuia. Și nu mă refer la denumirea dată contractului (antecontract), ci la distincția dubioasă ce rezultă din textul legii. Pe lângă exprimarea parțial redundantă și pedantă a textului, relativă la autentificare de către notariat a actului, se face distincție după izvorul dreptului de creanță, anume dacă rezultă dintr-un contract încheiat verbal ori având atașat în scop probator un înscris sub semnătură privată, pe de o parte, sau dacă rezultă dintr-unul încheiat în formă autentică, esențializată *inter partes*, pe de altă parte. De unde rezultă că sesizarea Curții Constituționale pare o problemă de timp, iar nu de dovadă a încălcării Legii fundamentale. De ce această distincție, totuși? În analiza unui posibil motiv, am plecat de la art. 21 alin. (2) din Legea 17/2014, care spune următoarele: *”Prezenta lege intră în vigoare la 30 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I”*. Deci, coroborat cu art. 20 alin. (1) în forma inițială, mai exista un termen suplimentar pentru cei interesați de a cumpăra liber: nu se poate încheia din diverse motive o vânzare, nu este nici o problemă; persoana interesată va convinge proprietarul să încheie o promisiune sinalagmatică de vânzare-cumpărare în formă autentică, pentru ca, atunci când va fi executarea silită atipică a promisiunii, să nu intre sub incidența acestei legi. În caz contrar, vânzarea încheiată ulterior intrării în vigoare a legii va intra sub incidența sa. Alt motiv pe care îl presupun îi privește pe cei ce tranzacționează imobiliare: era facil de a scăpa de incidența acestei legi dacă încheiau promisiuni autentificate, pe care ulterior să le invoce tocmai în scop de a sustrage vânzarea legii 17/2014. Și dacă această soluție pare

prea complicată pentru cei interesați, mai au și alte alternative pentru a "dribla" orice dispoziție restrictivă: contract de schimb, contract de împrumut garantat cu ipotecă, dare în plată etc. Până acum, legea este doar o banală pasișă.

După cum anticipam anterior, dispoziția a fost supusă unei excepții de neconstituționalitate. Prin decizia Curții Constituționale nr. 755 din 16 decembrie 2014¹⁰, a fost admisă excepția de neconstituționalitate ridicată relativ la prevederile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 17/2014 și s-a constatat că acestea, prin exceptarea de la aplicarea Legii nr. 17/2014 a antecontractelor autentificate la notariat anterior intrării în vigoare a acesteia, sunt neconstituționale, fiindcă instituie un tratament juridic diferențiat față de antecontractele (a se citi promisiunile) neautentificate, sub forma unui privilegiu în favoarea persoanelor care au încheiat un antecontract autentic, întrucât numai acestea beneficiază de dispozițiile favorabile ale legii. Hotărârea nu va face obiectul unei analize distincte, pentru că nu este nimic special de analizat. Statuarea ca neconstituțională a normei tranzitorii era previzibilă.

Și acum, încotro? Dispoziția, neproducând efecte, se pune întrebarea ce facem în situațiile tranzitorii? Am văzut că regulile dreptului comun nu sunt cele mai potrivite pentru a tranșa definitiv problema. În acest sens, primii chemați a aplica legea, notarii, au considerat că, toate promisiunile încheiate anterior intrării în vigoare a Legii 17/2014 trebuie exceptate de la aplicarea acesteia. "*Principalul argument al acestei orientări a fost reticența în a acorda Legii nr. 17/2014 un efect retroactiv în privința antecontractelor mai sus identificate*"¹¹. Concluzia acestui punct de vedere,

¹⁰Disponibilă la adresa: <https://www.ccr.ro/files/products/755.pdf>, verificat la 7 septembrie 2017.

¹¹ Pentru această opinie, a se vedea C. Macovei, M. C. Dobrilă, *Dreptul de preempțiune, un nou remake...*, articol care este disponibil la adresa: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2016/volii/2016_ii_1.4.macovei_dobrilă.pdf, verificat la data de 7 septembrie 2017, p.7. Opinia este prudentă și, cred eu, corectă. Ar trebui să existe situații tranzitorii clar stabilite *ab initio* în corpul legii, care să nu prilejuiască arbitrariul aplicării sale. Doar că, suspect, această lege nici măcar la normele tranzitorii nu excelează. Nu mai vorbim de calificarea vânzării drept "vânzare-cumpărare", specifică Codului civil 1864.

pentru cel despre a cărui promisiune este vorba (nu, încă nu este cel despre a cărui moștenire este vorba; nu este domnul K., personajul kafkian, ci un particular siderat de ce se poate întâmpla în jurul său), este aceea că el nu simte vreo diferență prilejuită de această decizie a Curții Constituționale, astfel că va fi tentat să catalogheze această decizie drept o ”tărăgănare <<advocațială>>”.

Practica judiciară s-a plasat în sens opus, susținând imediata aplicabilitate a dispozițiilor Legii 17/2014, inclusiv promisiunilor sinalagmatice de vânzare-cumpărare încheiate în formă autentică. Raționamentul a fost următorul: din momentul publicării Deciziei nr. 755/2014 a Curții Constituționale în Monitorul Oficial al României, la data de 09.02.2015, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale, respectiv dispozițiile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 17/2014, nu mai pot produce efecte juridice, în lipsa unor demersuri legislative ale Parlamentului sau ale Guvernului de a pune în acord norma invalidată cu dispozițiile constituționale. Efectele constau în aceea că dispozițiile Legii nr. 17/2014, inclusiv dispozițiile art. 5, se aplică de îndată, indiferent de forma în care a fost încheiată promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare. Apoi, art. 20 din Legea 17/2014 avea ca scop să stabilească o excepție de la aplicabilitatea imediată a dispozițiilor legii asupra promisiunilor sinalagmatice de vânzare-cumpărare autentificate, excepție care, înlăturată, va atrage aplicabilitatea dreptului comun și în acest caz.

”Promitenții-cumpărători nu se pot prevala de dispozițiile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 17/2014 pentru a înlătura inadmisibilitatea acțiunii formulate în lipsa întrunirii condițiilor menționate de art. 5 din Legea nr. 17/2014, chiar dacă promisiunea bilaterală invocată îmbracă forma actului autentic ce a fost încheiat anterior intrării în vigoare a legii”¹². De data aceasta, cel despre a cărui promisiune este vorba ”s-a ars” parțial: pentru ca acțiunea sa să fie admisibilă, trebuie să îndeplinească formalitățile prevăzute de art. 5 din Legea 17/2014, ceea ce nu se va dovedi chiar ușor.

Dacă al nostru promitent-vânzător pare confuz până acum, pentru el distracția abia începe: s-a simțit nevoia sesizării Înaltei Curți de Casație și

¹² În acest sens, a se vedea Decizia 112 din 03.02.2016, disponibilă în varianta electronică la adresa următoare: <http://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-n22817g/>, verificată la 7 septembrie 2017.

Justiție pentru a pronunța o Hotărâre prealabilă privind următoarea problemă: *”modul de interpretare și aplicare a prevederilor art. 5 alin. (1) în corelare cu prevederile art. 3 alin. (3), art. 4, art. 9 și art. 16 din Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, cu modificările și completările ulterioare, art. 1.248 și art. 1.251 din Codul civil și art. 15 alin. (2) din Constituția României”*. Altfel spus, obiectul hotărârii va fi stabilirea soluțiilor de urmat în cazul situațiilor tranzitorii.

Situația este delicată: dacă se recunoaște punctul de vedere majoritar din rândul practicii judecătorești, se vedește că pentru promitentul-cumpărător, reclamant într-o acțiune de suplinire a consimțământului, există o imposibilitate obiectivă și juridică de a face demersurile referitoare la dreptul de preempțiune; prin aplicarea art. 5 din Legea nr. 17/2014, cu modificările și completările ulterioare, s-ar ajunge la situația în care promitentul-cumpărător, care și-a respectat obligațiile contractuale, care reies din promisiune, să fie sancționat pentru nerespectarea unor obligații care nu erau prevăzute de lege nici la data încheierii promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare (dacă vorbim de situații tranzitorii, înseamnă că momentul încheierii promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare premerge momentului intrării în vigoare a Legii 17/2014) și nici la data înregistrării cererii de chemare în judecată și care, potrivit legii, nu sunt în sarcina sa, ci a promitentului-vânzător, care, prin calitatea de pârât pe care o are în proces, poate fi considerat de rea-credință.

Pare nejustificat ca promitentul-cumpărător să fie privat de dreptul înscris (și) în art. 21 din Constituție (Liberul acces la justiție), în temeiul unei legi care nu era în vigoare nici la data nașterii dreptului său, nici la data cererii de chemare în judecată. Prin urmare, ori se va stabili un mecanism pentru cumpărător, prin care el să poată îndeplini formalitățile privind dreptul de preempțiune, ori se va da în sarcina judecătorului îndeplinirea *ex officio* a pașilor necesari, prin care se va respecta Legea 17/2014. Spun acestea independent de situația tranzitorie creată: se vor încheia promisiuni sinalagmatice de vânzare-cumpărare și după intrarea în vigoare a Legii 17/2014, deci este evident că această dilemă va subzista și de acum înainte. Înțelept ar fi fost să nu se recunoască vreun efect Legii 17/2014 asupra

promisiunilor deja încheiate, iar pentru viitor, să nu poată fi executată silit o promisiune încheiată după intrarea în vigoare a Legii 17/2014. Doar că nu aceasta este rezolvarea care se desprinde din hotărârea prealabilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 24/2016¹³.

Soluția obligatorie oferită de către Înalta Curte de Casație și Justiție este discutabilă. Instanța supremă a stabilit că *”dispozițiile art. 5 alin. (1) din Legea nr. 17/2014 (...) se aplică promisiunilor bilaterale de vânzare-cumpărare privind terenuri agricole situate în extravilan, încheiate anterior intrării în vigoare a acestui act normativ, indiferent de momentul sesizării instanței. Instanța de judecată poate dispune îndeplinirea formalităților în vederea obținerii avizelor prevăzute la art. 3 și art. 9 din Legea nr. 17/2014, cu modificările și completările ulterioare, de la autoritățile competente și parcurgerii procedurii privind respectarea dreptului de preempțiune prevăzut de art. 4 din același act normativ, în cursul judecății”*..

Așa înțelege Înalta Curte să ofere legitimare procesuală activă promitentului-cumpărător: să autorizeze instanța să îndeplinească obligațiile promitentului-vânzător. Ce a rezultat în practică? *„Obligă pârâta la îndeplinirea procedurilor prevăzute de art. 3 și 4 din legea 17/2014, precum și la obținerea avizului final prev. de art. 9 din Legea 17/2014 cu privire la suprafața de teren de 9.958 mp cu nr. cadastral A 376/7/5, înscrisă în CF-, iar în caz de refuz autorizează reclamantul la îndeplinirea procedurilor prevăzute de art. 3, 4 și 9 din Legea 17/2014”*¹⁴. Adică nimic concret.

Această nefericită statuare îmi amintește de celebrul proces al tramvaielor, care a prilejuit pentru prima dată controlul de constituționalitate al unei norme subordonată Legii fundamentale. Dacă ne întoarcem în 1912, vom observa că *”regulile jocului”* au fost schimbate pe parcurs de noul Guvern conservator, fiind o decizie politică de a modifica statutele Societății de tramvaie București printr-o lege pretins interpretativă, clamându-se tot principiul aplicabilității imediate a noii reglementări. Analizând rezolvarea situației tranzitorii prilejuită de Decizia 24/2016 dată în soluționarea problemei de drept, nu pare că este o diferență prea mare față de hotărârea

¹³ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 936 din 22 noiembrie 2016.

¹⁴ Judecătoria Timișoara, Sentința civilă nr. 3427/14 martie 2017, disponibilă în format electronic la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/58ccdb99e49009c82200003a>, verificat 7 septembrie 2017.

Tribunalului Ilfov dată în soluționarea procesului intentat de Societatea de tramvaie București.

4. Propunere de...declaraire a neconstituționalității. *Pas de nouvelle, bonne nouvelle*

Cel puțin privitor la aplicabilitatea deciziei asupra promisiunilor sinalagmatice de vânzare-cumpărare încheiate înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 17/2014, consider că interpretarea dată acestei norme este parțial neconstituțională. Cum o modificare legislativă nu se întrevide, aceasta pare a fi soluția de compromis, prin care să se înlăture efectele dubioase create.

Modul de declaraire ca neconstituțională a soluției poate fi asemănător cu raționamentul uzitat în Decizia nr. 397 din 15 iunie 2016¹⁵, când Curtea *”a constatat că dispozițiile art.67 din Legea nr.192/2006, în interpretarea dată prin Decizia nr.9 din 17 aprilie 2015 a Înaltei Curți de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, sunt constituționale în măsura în care încheierea unui acord de mediere cu privire la infracțiunile pentru care poate interveni împăcarea produce efecte numai dacă are loc până la citirea actului de sesizare a instanței, întrucât altfel se aduce atingere principiului privind unicitatea, imparțialitatea și egalitatea justiției, consacrat de art.124 alin.(2) din Constituție”*.

Dacă ar fi să mă antepun, Curtea ar urma să constate că: dispozițiile art. 5 din Legea 17/2014, în interpretarea dată prin Decizia nr. 24/2016 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie civilă sunt constituționale în măsura în care procedura prin care instanța de judecată poate autoriza îndeplinirea formalităților în vederea obținerii avizelor prevăzute la art. 3 și art. 9 din Legea nr. 17/2014, cu modificările și completările ulterioare, de la autoritățile competente și poate supraveghea în cursul judecății parcurgerea procedurii privind respectarea dreptului de preempțiune prevăzut de art. 4 din același act normativ *nu* se aplică și promisiunilor încheiate înainte de intrarea în vigoare a Legii 17/2014.

¹⁵https://www.ccr.ro/files/products/DECIZIA_397_15iunie16_1041D,1186D15.pdf, verificat la 7 septembrie 2017.

