



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

ȘTIINȚE JURIDICE
TOM LXV/II, 2019



Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

COLEGIUL REDACȚIONAL:

Prof. dr. **TUDOREL TOADER** (redactor-șef)

Prof. dr. **CARMEN TAMARA UNGUREANU** (director științific)

CONSILIUL EDITORIAL:

Conf. dr. **SEPTIMIU VASILE PANAINTE**

Conf. dr. **MARIUS NICOLAE BALAN**

Conf. dr. **IOANA MARIA COSTEA**

Dezvoltare pagină WEB: CIPRIAN ICHIM

Tehnoredactare: Luminița Răducanu

ISSN: 1221-8464

ISSN-L: 1221-8464

Adresa redacției:

Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Facultatea de Drept

Bd. Carol I, nr. 11

Iași, România, 700506

Cuprins

Un sindrom nou: alienarea parentală Lucia Irinescu	7
Elemente de cultură juridică norvegiană Cosmin Dariescu	17
Situații particulare referitoare la exercitarea rolului activ al judecătorului în procesul civil Nicolae-Horia Țiț	29
Particularități privind suportarea riscurilor în contractul de arendare în Noul Cod civil. Abordare comparativă cu reglementarea anterioară Mirela Carmen Dobrilă	45
Implicațiile caracterului abuziv al unor clauze din contractele bancare asupra angajamentelor asumate de părți Luiza-Cristina Gavrilescu	63
Aspecte controversate privitoare la limitele dreptului la acțiune al organizațiilor sindicale în protecția drepturilor individuale ale membrilor lor Elena Crizantema Panainte	81
Încotro duc unii pași actuali pe calea reformei penale (II)? Din nou despre definiția infracțiunii continuate Mihai Dunea, Maria-Ioana Mărculescu-Michinici	95
<i>Poenalia sunt strictissimae interpretationis?</i> (I) Mihai Dunea	107
Repere pentru înțelegerea rolului spectroscopiei în investigația criminalistică Ancuța Elena Franț	123
Considerații în legătură cu legitima apărare în dreptul internațional Carmen Moldovan	133
Validarea mandatelor consilierilor locali. Repere normative și aspecte jurisprudențiale Dan Constantin Mătă	147
Aspecte privind incompatibilitatea funcționarilor publici. Perspectivă asupra discriminării Dragoș Lucian Rădulescu	163
Epoca afirmării juristului roman Florentinus Petruț-George Bran	171

Table of contents

A new syndrome: parental alienation Lucia Irinescu	7
Elements of Norwegian Legal Culture Cosmin Dariescu	17
Particular situations regarding the exercise of the active role of the judge in the civil process Nicolae-Horia Țiț	29
Particularities regarding the matter of contractual risk in the agricultural lease contract in the New Civil Code. Comparative approach with the previous regulation Mirela Carmen Dobrilă	45
Implications of the unfair contract terms in banking contracts on the commitments assumed by the parties Luiza-Cristina Gavrilescu	63
Controversial issues regarding the limits of the right to action of trade union organizations in the protection of the individual rights of their members Elena Crizantema Panainte	81
Where to...? Some current steps on the road to criminal law reform in the Romanian justice system (II). Again about the definition of the continued offense Mihai Dunea, Maria-Ioana Mărculescu-Michinici	95
<i>Poenalia sunt strictissimae interpretationis?</i> (I) Mihai Dunea	107
Guidelines for understanding the role of spectroscopy in forensic investigation Ancuța Elena Franț	123
Considerations on the legitimate defence in international law Carmen Moldovan	133
Validation of the mandates of local advisors. Normative benchmarks and jurisprudential issues Dan Constantin Măță	147
Aspects regarding the incompatibility of civil servants. Perspective on discrimination Dragoș Lucian Rădulescu	163
The age when Roman jurist Florentinus wrote his work Petruț-George Bran	171

Un sindrom nou: alienarea parentală

A new syndrome: parental alienation

Lucia Irinescu¹

Rezumat: Autoritatea părintească reprezintă totalitatea drepturilor și obligațiilor referitoare la persoana și bunurile copilului și se exercită în mod egal de către ambii părinți în interesul superior al copilului. Această se realizează în mod natural, prin traiul în comun. Divorțul părinților nu trebuie să afecteze nici teoretic, dar nici faptic, relațiile părinți-copii. Cu toate acestea, conflictele dintre părinți, ca urmare a divorțului, au ca victime principale copii, care cel mai adesea sunt prinși într-un război al orgoliilor, care, în final, conduce la o înstrăinare a copilului față de unul dintre părinții săi. Prezenta lucrare își propune să analizeze unul dintre principalele efecte negative ale divorțului, respectiv privarea copilului de prezența și afecțiunea unuia dintre părinți.

Cuvinte-cheie: autoritate părintească, interesul superior al copilului, minor, alienare parentală.

Abstract: The parental authority represents all the rights and obligations regarding the person and the goods of the child and is exercised equally by both parents in the best interests of the child. This is naturally achieved through shared living. The divorce of parents should not affect neither theoretically nor factually the parent-child relationships. However, conflicts between parents, as a result of divorce, have as main victims children, who are most often trapped in a war of pride, which ultimately leads to a rejuvenation of the child from one of his parents. This paper aims to analyze one of the main negative effects of the divorce, namely the deprivation of the child from the presence and affection of one of the parents.

Key-words: parental authority, minor's best interest, minor, parental alienation.

1. De la iubire la ură e un singur pas sau mai mulți?

A fost odată ca niciodată... Așa începe orice poveste. Și când auzim sau citim o poveste, ne amintim instinctiv de copilărie, de chipul mamei sau al bunicii, de cel al tatălui sau al bunicului, de frați și surori, de ulița copilăriei, de scara blocului unde am crescut, de Creangă...

În dreptul familiei, în relațiile de familie, orice poveste începe din iubire... dar iubirea, spun psihologii, nu durează mai mult de 3 ani. Și ce urmează după iubire? Divorț? Relații care sunt tributare unor principii mărețe, adeseori prăfuite de concepții greșite? Rămânem împreună de dragul copiilor? Și copiii? Ei ce vor?

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

Ei ce simt? Să ne spună terapeuții... sau judecătorii... E oare alienarea parentală un dragon cu multe capete, pe care părinții îl creează? De fapt, soții care uită că sunt și soți și părinți? Sau care confundă cele două calități?

Principiul protejării interesului superior al copilului nu este oare exacerbât astăzi? De fapt, cine este copilul? Este rodul dragostei soților, este esența vieții pentru fiecare dintre părinți, este o unealtă în mâna unui părinte folosită numai în scopul de a provoca noi suferințe celuilalt părinte, ca un bonus post divorț? Greu de găsit un răspuns general valabil. Dar un răspuns corect din punct de vedere juridic putem da: copilul este un obiect al executării silite. Al cui? Al dreptului părintelui de a avea legături personale cu acesta, bineînțeles.

Copiii asistă astăzi, de cele mai multe ori neputincioși, la situații în care părinții nu reușesc să cadă la un acord cu privire la exercitarea autorității părintești. În continuare, sunt nevoiți să fie coparticipanți în procesul de divorț al acestora pentru ca, în final, să fie obligați să se supună unei hotărâri judecătorești care, cel puțin la nivel teoretic, răspunde intereselor afective ale copilului.

În studiul de față ne propunem să supunem analizei și o serie de hotărâri judecătorești pentru a putea exemplifica modul în care instanțele judecătorești au ales să reglementeze modalitatea în care părintele care nu mai locuiește cu minorul își valorifică dreptul de a avea legături personale cu acesta. Un lucru este cert: instanțelor de tutelă le revine sarcina să decidă cu privire la modalitățile de exercitare a dreptului părintelui care nu locuiește cu minorul de a avea legături personale cu acesta, în caz de neînțelegere între părinți.

Temeiul juridic în acest sens îl constituie art. 17 alin. (1) din Legea nr. 272/2004², care garantează dreptul copilului de a avea legături personale și contacte directe cu părinții, iar în alin. (4) prevede că „În caz de neînțelegere între părinți cu privire la modalitățile de exercitare a dreptului de a avea legături personale cu copilul, instanța va stabili un program în funcție de vârsta copilului, de nevoile de îngrijire și educare ale acestuia, de intensitatea legăturii afective dintre copil și părintele la care nu locuiește, de comportamentul acestuia din urmă, precum și de alte aspecte relevante în fiecare caz în parte”.

Mai mult, în art. 18 sunt indicate principalele modalități prin care se pot menține relațiile personale dintre părinți și copiii lor:

- întâlniri ale copilului cu părintele ori cu o altă persoană care are, potrivit acestei legi, dreptul la relații personale cu copilul;
- vizitarea copilului la domiciliul acestuia;
- găzduirea copilului, pe perioadă determinată, de către părintele sau de către altă persoană la care copilul nu locuiește în mod obișnuit, cu sau fără supravegherea modului în care relațiile personale sunt întreținute, în funcție de interesul superior al copilului;
- corespondență ori altă formă de comunicare cu copilul;

² Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, republicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 159 din 15.03.2014

- transmiterea de informații copilului cu privire la părintele ori la alte persoane care au, potrivit prezentei legi, dreptul de a menține relații personale cu copilul;

- transmiterea de către persoana la care locuiește copilul a unor informații referitoare la copil, inclusiv fotografii recente, evaluări medicale sau școlare, către părintele sau către alte persoane care au dreptul de a menține relații personale cu copilul;

- întâlniri ale copilului cu părintele ori cu o altă persoană față de care copilul a dezvoltat legături de atașament într-un loc neutru în raport cu copilul, cu sau fără supravegherea modului în care relațiile personale sunt întreținute, în funcție de interesul superior al copilului.

Noțiunea de *alienare parentală* este definită pentru prima dată de către profesorul Richard A. Gardner, care, totodată, a introdus și conceptul de *parental alienation syndrome* (*sindromul alienării parentale*) ca fiind „denigrarea sistematică a unui părinte de către celălalt, cu intenția îndepărtării copilului de acesta”³.

Sindromul alienării parentale a fost definit și identificat de către Colegiul Psihologilor din România, în *Dispoziția 2/2016 pentru recunoașterea fenomenului alienării parentale/părintești* și în *Protocolul privind recunoașterea alienării parentale încheiat între Institutul de Psihologie Judiciară și Asociația Română pentru Custodie Comună*⁴ ca fiind „o formă de abuz psihologic (emoțional) sever asupra copilului, constând în activitatea de denigrare sistematică a unui părinte de către celălalt părinte, cu intenția alienării (înstrăinării) copilului de către celălalt părinte”.

La rândul ei, Curtea de la Strasbourg are o jurisprudență bogată cu privire la ingerințele în dreptul la respectarea vieții de familie⁵. Curtea Europeană a Drepturilor Omului pune în balanță, pe de o parte, interesul copilului de a fi protejat într-o anumită situație care pune în pericol sănătatea și dezvoltarea sa, iar, pe de altă parte, obiectivul de a reuni familia atunci când circumstanțele o permit. Astfel, Curtea atribuie o importanță deosebită interesului superior al copilului, care în funcție de natura și de gravitatea sa, poate să predomine asupra interesului părintelui.⁶ Astfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis că respectul pentru viața familială implică, în materia separației copiilor de părinți,

³ R. A. Gardner, *The parental alienation syndrome: a guide for mental health and legal professionals, creative therapeutics*, Ed. Cresskill, ed. a 2-a, New Jersey, 1998.

⁴ Publicată în Monitorul Oficial a României, Partea I, nr. 144 din 25 februarie 2016.

⁵ Articolul 8 din Convenția europeană a drepturilor omului, intitulat „Dreptul la respectarea vieții private și de familie” prevede: „1. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondentei sale. 2. Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acesta este prevăzut de lege și constituie, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protecția sănătății, a moralei, a drepturilor și a libertăților altora.”

⁶ Hotărârea din 7 august 1996, pronunțată în Cauza Johansen împotriva Norvegiei prin care Curtea a dat prevalență interesului superior al copilului.

obligația pozitivă a statului de a lua toate măsurile necesare, atât pentru a menține legăturile personale, cât și pentru a reuni copilul cu părintele său, ținând cont de interesul superior al minorului.

Prin Hotărârea din 16 iulie 2015, pronunțată în Cauza Nazarenko împotriva Rusiei, Curtea de la Strasbourg a statuat că, având în vedere marea varietate de situații pe care le prezintă viața de familie, trebuie analizate circumstanțele particulare ale fiecărui caz, pentru a putea fi siguri că există un just echilibru între drepturile tuturor persoanelor implicate. În ceea ce privește dreptul de vizită, interesul superior al copilului nu poate să fie determinat în mod obiectiv prin raportare la o prevedere legală cu caracter general.

Totodată, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a remarcat faptul că între alienare și înstrăinarea copilului de un părinte este o graniță fină. Copilul nu poate fi obligat să aibă relații personale cu părintele divorțat, tocmai de aceea este necesară parcurgerea unei etape de consiliere psihologică prin care să se deceleze cu claritate opțiunea reală a copilului. În Hotărârea din 8 iulie 2003, pronunțată în Cauza Sommerfeld împotriva Germaniei, s-a reținut că un minor în vârstă de 13 ani al reclamantului își exprimase dorința clară de a nu se vedea cu acesta, dorință pe care o menținuse timp de mai mulți ani. Instanțele naționale au considerat că a forța pe minor să îl vadă pe reclamant i-ar putea afecta grav echilibrul emoțional și psihologic. Curtea de la Strasbourg a acceptat faptul că procesul decizional proteja suficient interesele reclamantului.

Relativ recent, Curtea Constituțională a fost sesizată cu excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 913 din Codul de procedură civilă, excepție ridicată într-o cauză având ca obiect soluționarea unei cereri adresate instanței pentru a dispune cu privire la efectuarea unui program de consiliere psihologică pentru minor. În motivarea excepției de neconstituționalitate autorul acesteia arată, în esență, că prevederile legale criticate sunt neconstituționale, întrucât au determinat înmulțirea cazurilor de alienare parentală, acest lucru fiind de natură a împiedica existența unei relații parentale normale. Astfel, procedura instituită de prevederile art. 910-914 din Codul de procedură civilă necesită aproape 12 luni pentru parcurgere, ceea ce împiedică soluționarea cauzei într-un termen rezonabil. De asemenea, aceeași procedură suspendă în mod efectiv viața de familie, ceea ce contravine interesului superior al copilului. Curtea Constituțională a decis că „Copilul nu poate fi sancționat pentru că nu mai dorește să aibă relații personale cu unul dintre părinți, dar această dorință a sa este analizată cu ajutorul unui psiholog specializat capabil să deceleze opiniile reale ale minorului de atitudinile condiționate de un eventual conflict de loialitate sau de manipularea părintelui căruia i-a fost încredințat copilul. Sigur că autoritățile competente trebuie să acționeze cu celeritate în sensul rezolvării acestor situații delicate care țin de viața de familie, însă textul legal criticat nu prezintă niciun viciu de neconstituționalitate”.⁷

⁷ Decizia 18/2019 [R] referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 913 din Codul de procedură civilă publicată în M. Of. 685 din 2019.08.20.

În același sens, Curtea de la Strasbourg a reiterat în Hotărâre din 2018 în Cauza R. I. și alții împotriva României⁸ faptul că „datoria autorităților de a lua măsuri pentru a înlesni reîntregirea familiei nu este absolută, deoarece reunirea unui părinte cu copiii care locuiesc de mai mult timp împreună cu celălalt părinte nu poate avea loc imediat și poate necesita luarea de măsuri pregătitoare” și a considerat că în cauză „autoritățile nu au acționat în timp util și nu au făcut ceea ce era rezonabil în acele circumstanțe pentru executarea sentințelor de încredințare a minorilor, nereușind astfel să realizeze un echilibru just între interesele concurente ale persoanei și ale comunității”, reclamantii neputând să beneficieze de o protecție efectivă a dreptului lor la respectarea vieții lor de familie fiind astfel încălcat art. 8 din Convenție (paragraful 66 din Hotărâre)⁹.

2. Doamna cu pantofi albaștri există? De prin instanțe adunate

În cele ce urmează, ne propunem să identificăm și să exemplificăm modalitățile în care se manifestă sindromul alienării parentale, situațiile care generează acest efect și cum reușesc să identifice și să anihileze instanțele de tutelă astfel de fenomene. Rolul judecătorilor chemați să se pronunțe în cauze în care se invocă o eventuală alienare parentală este unul decisiv, ei apelând la ajutorul experților psihologi, care trebuie să evalueze întreg mediul psiho-familial din cauză. În final, instanța de tutelă trebuie să aprecieze în conformitate cu interesul superior al copilului.

Semnificativă și deosebit de impresionantă în acest sens este relatarea avocatului care a reprezentat-o pe mama copilului într-un dosar care avea ca obiect stabilire legături personale cu minorul¹⁰. Aceasta a fost impresionată de modul în care magistratul, numit metaforic „Doamna cu pantofi albaștri” a ales să soluționeze conflictul dintre doi părinți, în care prins la mijloc era un băiețel de 8 ani. Decizia Tribunalului Alba, instanța competentă să soluționeze acțiunea, nu iese cu nimic din tiparul altor hotărâri judecătorești de același fel, în sensul că în dispozitivul acesteia se arată că „*Obligă pârâtul să permită reclamantei să aibă legături personale cu minorul, în prima și a treia săptămână din fiecare lună, de vineri de la ora 16:00 până duminică la ora 11:00, în vacanța de vară între 20 iunie și 01 august, de sărbătorile de Paște în anii impari și de Crăciun în anii pari, în data de 22 martie între orele 15:00-19:00 în anii impari, prin luarea minorului la domiciliul reclamantei și aducerea acestuia la domiciliul pârâtului, la expirarea perioadei stabilite. Obligă pârâtul să permită reclamantei să aibă legături personale cu minorul prin convorbiri telefonice și corespondență prin intermediul mijloacelor de comunicare pe internet, în fiecare săptămână*”.

⁸ Publicată în M. Of. 577 din 15.07.2019

⁹ Curtea deplânge faptul că autoritățile nu au acordat o atenție deosebită destrămării progresive a legăturii dintre prima reclamantă și copiii săi și nici comportamentului manipulator al tatălui.

¹⁰ https://adevarul.ro/locale/alba-iulia/final-fericit-povestea-doamnei-pantofi-albastri-judecatoarea-incantat-romania-1_58b001e25ab6550cb8c45337/index.html

Speța este una clasică: în timp ce mama era în străinătate, la muncă, soțul a obținut și divorțul, și custodia exclusivă asupra copilului. Reîntoarsă în țara, mama a venit să-și vadă copilul, i-a adus cadouri, l-a sunat încontinuu, fostul soț interzicându-i total orice formă de acces la minor. Martorii lui au spus lecția dinainte învățată: nu tatăl e cauza, ci copilul, care nici nu vrea să audă de mamă. În cursul audierii, copilul a scris pe o hârtie: „Mama... tata zice să scăpam de tine”. „Doamna judecător cu pantofi albaștri coboară de pe podium, traversează sala, iese pe ușă destinată oamenilor obișnuiți, și, ajunsă în hol, întinde mâna stângă către mamă, iar cea dreaptă către copil. Uite așa, toți 3, ca într-o poveste din cea mai frumoasă carte, intră în camera destinată Arhivei și nu mai ies de acolo decât după un sfert de ceas... Când a scăpat de sub influența total irațională a tatălui, copilul s-a cuibărit în brațele mamei sale, ca și cum nu ar fi fost despărțiți nici măcar o secundă. Asta a vrut să verifice magistratul, pentru a fi sigur că va da o soluție corectă, că-și va pune semnătura pe o hotărâre corectă, că va putea dormi împăcat, că a decis corect și nu s-a jucat de-a justiția, cu viețile oamenilor”¹¹.

Într-o altă speță, în urma consilierii și a raportului întocmit de psihologul judiciar desemnat, s-a stabilit că este vorba despre o alienarea parentală cu un factor de risc pentru minoră. Abuzul emoțional vine din partea tatălui său, care se află în relație de încredere, răspundere sau putere cu copilul, durează de circa 7 luni de zile, este repetitiv și susținut, duce la afectarea diverselor paliere ale psihicului copilului devenind abuz psihologic, care are consecințe mai grave decât abuzul emoțional și pe termen lung asupra dezvoltării copilului. Mai mult, tatăl a izolat-o pe minoră de orice mediu străin sau persoană capabilă să o convingă pe minoră de realitate, minora nesocializând, neieșind la joacă în parc, iar când este acasă nu răspunde la telefon dacă este căutată de mama, bunicii materni, rude. Instanța a arătat că alienarea înseamnă că prin gânduri, acțiuni și maniere verbale sau non-verbale minora este abuzată emoțional, îndoctrinată pentru a o determina să creadă că celălalt părinte este un dușman sau pentru a-i sugera ostilitatea sau inferioritatea acestuia. Celălalt părinte este vorbit de rău în fața copilului de către alienator - tatăl, vizitele copilului la părintele alienat - mama sunt restricționate sau alienatorul încearcă să controleze activitățile pe care copilul le va face atunci când se va afla cu celălalt părinte¹².

Se conturează astfel o serie de tehnici de manipulare pe care instanțele trebuie să le identifice în cadrul alienării parentale.¹³ În mod evident, ei au nevoie

¹¹ *Ibidem*.

¹² Jud. Arad, sentința civilă nr. 4127/2016 din 25-iul-2016, disponibilă online pe sintact.ro.

¹³ În doctrină au fost identificate o serie de tehnici de manipulare pe care le folosește părintele alienator pentru a schimba modul în care copilul relaționează cu celălalt părinte: jocul numelor (constă în folosirea de apelative depreciative la adresa celuilalt părinte); repetarea neîncetată a aceluiași idei (formulează constant formulări denigratoare la adresa celuilalt părinte); istoria revizionistă (alterarea amintirilor reale ale copilului în scopul de a sădi altele noi, nereale); prezentarea viziunii părintelui denigrator drept adevăr; minciuna; indulgența excesivă (atragerea copilului prin concesii excesive, dăunătoare acestuia). Pen-

de ajutorul unor psihologi care să aibă expertiză în evaluarea minorilor și experiență în cazurile de protecție a minorului. mai adesea, psihologii identifică la copiii care sunt afectați de alienare parentală simptome precum: campania de denigrare; susțineri nereale privind violențe la care ar fi suspusă de către mamă, explicațiile vagi, absurde despre motivele denigrării, lipsa de ambivalență, fenomenul de gânditor independent.

Raportul de expertiză psihologică întocmit în astfel de cauze vine în întâmpinarea deciziilor instanțelor. Într-o cauză, din raportul de expertiză psihologică se desprinde concluzia că „Minorul prezintă indicatorii sindromului alienării parentale (PAS) într-o formă moderată. Conform literaturii de specialitate Sindromul Alienării Parentale (Parental Alienation Syndrome – PAS) constă în denigrarea sistematică a unui părinte de către celălalt părinte, cu intenția îndepărtării copilului de acesta. (...) De asemenea, o altă variantă este să spună că sunt de acord ca minorul să meargă la celălalt părinte, dar din păcate, copilul nu vrea, iar el/ea nu vrea să-l oblige. Acest proces începe, în multe cazuri, încă dinaintea finalizării divorțului. Sindromul se dezvoltă din cauza fricii copiilor de a pierde afecțiunea părintelui cu care petrec cel mai mult timp”.¹⁴

Sindromului alienării parentale (PAS) într-o formă moderată este, conform literaturii de specialitate, cea în care părintele alienator intervine în relația copilului cu celălalt părinte, dar în aparență va sprijini implicarea acestuia. Sunt cazuri în care programul copilului este încărcat cu diverse activități școlare sau sociale, care împiedică relaționarea copilului cu celălalt părinte.

Dacă celălalt părinte obiectează, părintele alienator consideră că nu-i pasă de activitățile în care este implicat copilul. În această etapă a PAS, contribuția părintelui alienator la înstrăinarea copilului este semnificativă și are repercusiuni asupra relației acestuia cu celălalt părinte. Părintele alienator interacționează cu celălalt părinte într-un mod generator de conflict, astfel încât relația acestuia cu copilul să se răcească. Dacă în etapa ușoară, copilul menține o relație afectuoasă cu celălalt părinte, în etapa moderată și membrii familiei celuilalt părinte pot deveni subiect al campaniei de denigrare. Pot apărea dificultăți serioase în relaționarea copilului cu celălalt părinte, dar acestea diminuează după perioada de tranziție și programul de vizitare se poate desfășura normal, în contrast cu etapa severă, când desfășurarea programului de vizitare este aproape imposibilă, copilul având un comportament agresiv sau provocativ, acești copii afirmând frecvent că nu doresc să îl vadă sau să vorbească cu celălalt părinte.¹⁵

Practica a dezvăluit foarte puține situații în care părinții au reușit să aibă înțelepciunea de a feri copilul de orice observații negative față de celălalt părinte,

tru detalii, a se vedea A. R. Motica, *Alienarea parentală sau cum să crești un copil nefericit*, în *Autoritatea părintească. Între măreție și decădere*, Ed. Solomon, 2018, p. 339 și urm.

¹⁴ Tribunalul Ilfov, dec. nr. 1491/2019 din 28 martie 2019, www.sintact.ro.

¹⁵ Pentru detalii, a se vedea I. Nicolae, *Reflectarea sindromului de „alienare parentală” în jurisprudența românească*, în „Pandectele Române” nr. 11/2016; D. F. Barbur, *Alienarea parentală*, în „Pandectele Române” nr. 6/2016.

cu dorința de a păstra copilului un echilibru și o imagine pozitivă a părintelui absent.

Spre exemplu, într-o altă situație, instanța a constatat că în prezența minorei, tatăl o jignește și o amenință continuu față de aceasta sau telefonic pe mamă. Fiind la o vârstă mică minora este complet neajutorată pentru a înțelege ce i se întâmplă și pentru a se apăra în această campanie a tatălui de denigrare a mamei sale, imită comportamentul și vocabularul tatălui pentru a obține satisfacțiile materiale pe care acesta i le oferă. Se remarcă faptul că minora are acest comportament doar în prezența tatălui. Totodată, se constată că i-a fost transmisă ostilitatea tatălui față de pârâtă și minorei, așa se explică cele constatate de psiholog cu ocazia evaluării întocmite. Însă toate acestea nu sunt de natură să o descalifice pe mama-pârâtă ca părinte, iar instabilitatea afectivă și emoțională a minorei, pe fondul unei imaturități psihice și a lipsei experienței de viață, o privează pe aceasta de posibilitatea de a sesiza care este adevăratul său interes și, adesea de a discerne între bine și rău. Pe cale de consecință, instanța apreciază că minora prezintă o formă ușoară de alienare parentală ca urmare a erorilor comportamentale ale tatălui, care nu a reușit să depășească resentimentele personale generate de comportamentul pârâtei. În ceea ce privește pe pârâtă, aceasta a avut capacitatea de a recunoaște că a adus în locuință un alt bărbat, în prezența minorei, precizând că nu o să se mai întâmple, însă punând în balanță, acest aspect, față de întregul comportament al reclamantului, se apreciază că nu constituie un motiv de a stabili domiciliul minorei la tată¹⁶. Totodată, imaginea maternă compromisă și distorsionată, ca efect al fenomenului de alienare parentală, provocat de tatăl reclamant, impune îmbunătățirea relației cu mama sa, pentru a înlătura apariția unei consecințe negative pe plan psihologic pe termen lung. Dacă s-ar stabili locuința minorei la tată, posibilitățile refacerii relațiilor dintre pârâtă și fiica sa se vor diminua semnificativ.

Alte instanțe au reținut că sindromul alienării parentale se manifestă prin scenarii denigratoare la adresa părintelui discontinuu, raționalizări/motivări absurde pentru denigrare la adresa părintelui discontinuu, susținerea reflexă/necon condiționată a părintelui alienator în caz de conflict, prezența unor scenarii împrumutate care există și la părintele alienator, iar recomandările vizează consiliere psihologică pentru copil și părinți, informarea părinților despre faptul că sindromul alienării parentale este profund traumatizant pentru copil și are consecințe asupra structurii psihice a acestuia și intervenția judecătorului sub aspectul stabilirii unor ședințe de consiliere¹⁷.

3. Rolul instanțelor de judecată în neutralizarea efectelor sindromului de alienare parentală

În mod evident, instanțele nu au pârghiile necesare a impune părinților să se comporte în mod civilizat, și nu dețin mijloace de natură a-i convinge pe

¹⁶ Jud. Pătârlagele, dec. civ. nr. 1133/2019 din 2 octombrie 2019, www.sintact.ro.

¹⁷ Jud. Iași, sent. civ. nr. 3010/2017 din 8 martie 2019, www.sintact.ro.

aceștia că echilibrul copilului se regăsește doar atunci când relația părinților (fie că mai formează sau nu un cuplu) este, în egală măsură echilibrată.

Respectarea interesului superior al copilului trebuie să fie preocuparea de bază a ambilor părinți, iar trecutul comun al acestora nu trebuie să estompeze prioritățile copilului și drepturile sale, căci mai întâi de toate copilului îi aparține dreptul de a avea legături personale cu fiecare părinte, iar negarea acestui drept poate produce traume profunde acestuia în plan emoțional și psihic.

Cu toate acestea, poate stabili anume obligații în sarcina păților, obligații care în opinia instanței pot ajuta minorul să crească în prezența ambilor părinți, ipoteză care pe termenul lung este, fără putință de tăgadă, în interesul minorului.

Având în vedere că singurul mod în care copiii au o șansă de a avea o relație normală cu părintele nerezident este petrecând timp cu acesta, în astfel de situații, cel mai adesea, instanțele apreciază că este oportună stabilirea unui program de vizitare de care ambele părți să fie ținute, evitându-se astfel alte certuri suplimentare, dar care în egală măsură să respecte și drepturile părintești ale părintelui nerezident.

Spre exemplu, într-o cauză, deși pârâta susține că minorul nu dorește să își vadă tatăl și că minorul este o ființă mai echilibrată și calmă de când nu mai este tatăl său prezent în viața sa, instanța apreciază că aceste afirmații constituie opinii subiective ale mamei, care cel mai probabil reflectă viziunea unui copil de 6 ani, fără discernământ format, influențat de certurile părinților și de atitudinea acestora care nutresc în continuare sentimente negative unul față de celălalt¹⁸.

Pentru a putea preveni efectele sindromului alienării parentale, trebuie stabilit și respectat un program de legături personale, întrucât minorul are nevoie de timp și de afecțiune din partea tatălui pentru a construi o relație bazată pe propriile percepții.

Instanța mai reține că între părți există o relație tensionată care constituie un obstacol major în calea dezvoltării unei relații bazate pe afecțiune și încredere între minor și tatăl său. Este incontestabil, faptul că la acest rezultat a contribuit și incapacitatea păților de a colabora pentru a depăși resentimentele personale în scopul dezvoltării unei relații armonioase a minorului cu fiecare dintre părinți, precum și conduita mamei de a nu încuraja, în mod real, relația copilului cu tatăl și de a transmite minorului, mesaje negative despre tată, chiar involuntar.

Într-o altă cauză în care se solicită stabilirea unui program de vizitare minor, cu constatarea alienării parentale a minorilor, expertul constată că minorii trăiesc conflicte de loialitate, având impresia că mergând la un părinte îl trădează pe celălalt. Prezența semnelor de alienare parentală face ca inserarea mamei în programul lor să fie extrem de dificilă, de aceea, se recomandă să se facă gradual. Nu se recomandă schimbarea domiciliului minorilor la acest moment, dar acest lucru poate fi luat în calcul în viitorul apropiat dacă minorii se vor adapta la domiciliul mamei și al unchilor și dacă își vor dori acest lucru¹⁹.

¹⁸ Jud. Târgu Mureș, dec. nr. 4921/2019 din 6 decembrie 2019, www.sintact.ro

¹⁹ Jud. Vatra Dornei, dec. nr. 540/2019 din 11 iunie 2019, www.sintact.ro.

Concluzii

Relația părinte-copil stă la baza dezvoltării acestuia ca individ. Aceasta relație se poate hrăni în funcție de cele două dimensiuni ale părinților: mamă și tată. Când exprimarea acestor funcții este în armonie sau corespunde nevoilor copiilor, atunci este asigurată o dezvoltare armonioasă a copiilor.

Este recunoscut faptul că în cadrul familiei copilul își dezvoltă simțul identității. O relație pozitivă și consistentă cu părinții, în care aceștia reușesc să vină în întâmpinarea nevoilor sale este cadrul ideal pentru dezvoltarea minorului.

Orice măsură luată în ceea ce privește copilul, care nu ține cont de faptul că minorul are nevoie de ambii săi părinți are un efect negativ direct asupra copilului, mărinnd perioada de instabilitate din viața acestuia și reducând posibilitățile de adaptare ale copilului.

Elemente de cultură juridică norvegiană

Elements of Norwegian Legal Culture

Cosmin Dariescu¹

Rezumat: Într-o societate globală, cultura juridică reprezintă o importantă arie de cercetare, fiind definită drept un cumul al ideilor și așteptărilor legate de aplicarea dreptului prin practici instituționale. Această lucrare își propune să ofere o sinteză a informațiilor fundamentale despre izvoarele juridice, organizarea instanțelor și procedura judiciară regăsite pe teritoriul norvegian. Izvoarele juridice din Norvegia situează acest sistem la granița dintre familia romano-germanică și familia de common law. Instanțele sunt organizate într-un sistem stratificat pe trei niveluri centrate pe soluționarea spețelor civile, penale, administrative și constituționale. În acest context, vor fi identificate și aprofundate elemente ce particularizează cultura juridică norvegiană și anume, judecătoria pot fi atât profesioniști, cât și nespecialiști, procedura judiciară având anumite limitări ale apelului în cauzele civile.

Cuvinte-cheie: cultură juridică, Norvegia, izvoare juridice, sistem judiciar, procedură judiciară.

Abstract: In a global society, legal cultures of different nations constitute a fertile field of research. The concept of legal culture is defined as ideas and expectations to law made operational by institutional practices. This paper aims to offer a synthesis of basic data about the legal sources, the court system and the judicial procedure of Norway. From the legal sources point of view, Norwegian Law is at the border between the Romano-Germanic Family and the Common Law Family. Courts are organized in a three layered system that deals with civil, criminal, administrative and constitutional cases. Judges are both professionals and laymen. The judicial procedure is oral, public, adversarial and transparent, with some limitations on the right to appeal in civil cases.

Key-words: legal culture, Norway, legal sources, court system, judicial procedure.

1. Introducere

Tabloul norvegian a fost și încă rămâne unul care fascinează prin imaginile corăbiilor vikinge, ilustratele unor orașe curate, colorate în culori vii, potențate de un cer plumburiu și amintirea emoției naționale produse de deciziile Barnevernet (Serviciile de Protecție a Copilului) legate de copiii familiilor Bodnariu și Nan. Desigur, vorbim de o țară cu un nivel de trai foarte ridicat, Norvegia fiind

¹ Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: cosmin.dariescu@uaic.ro.

considerată cea mai bogată țară europeană din afara Uniunii Europene². Tezaurul nostru de cunoștințe privind sistemul juridic al acestui regat este însă foarte sărac.

În acest context, prezentul material aduce în atenție informații esențiale pentru înțelegerea culturii juridice norvegiene. Multe din trăsăturile dreptului norvegian, vom constata, sunt comune și celorlalte culturi juridice scandinave³.

Norvegia (adică „Țara Drumului spre Miazănoapte”) s-a constituit ca stat unitar în jurul anului 885 e.n., sub domnia lui Harald Harfagr (Cel cu Plete Bogate)⁴. Norvegienii, pricepuți navigatori, și-au dovedit talentul de exploratori prin descoperirea și colonizarea Islandei, Groenlandei și a Insulelor Faroe (supuse regelui norvegian între 1262-1397) și a unei părți din Canada de astăzi (numită „Vinland”, adică „Țara Viței-de-vie”). După efectele devastatoare ale războaielor civile și ale Marii Ciume, în anul 1381, Norvegia intră într-o uniune personală cu Danemarca, ca efect al unei alianțe dinastice. Această uniune va dura până în 1814⁵. În urma înfrângerii Danemarcei în războaiele napoleoniene, Tratatul de pace de la Kiel prevedea cedarea Norvegiei Suediei, membră a coaliției antinapoleoniene. Norvegienii, dorindu-și libertatea, au adoptat pe 17 mai 1814 o Constituție numită Grunnlov, inspirată de Constituția S.U.A. (1777) și de cea franceză din 1791. Această act fundamental este și azi în vigoare, fiind, în prezent, a doua ca vechime după cea americană⁶. După un scurt război cu Suedia, Norvegia a intrat într-o uniune personală cu acest stat (Constituția, Parlamentul,

² Capital. *Ce trebuie să știi pentru a te stabili în cea mai bogată țară din Europa , care nu face parte din UE*, [Online] la <https://www.capital.ro/ce-trebuie-sa-stii-pentru-a-te-stabili-in-cea-mai-bogata-tara-din-europa-care-nu-face-parte-d.html>, accesat 18.09.2019.

³ Cultura juridică este definită în literatura de specialitate drept cumulul ideilor și așteptărilor privind aplicarea dreptului prin practici instituționale sau cvasi-instituționale. Cel mai potrivit sinonim al acestui concept îl reprezintă noțiunea de familie de drept. Pentru detalii a se consulta: Jørn Øyrehagen Sunde, *Managing the Unmanageable - An Essay Concerning Legal Culture as an Analytical Tool* în Søren Koch, Knut Einar Skodvin, Jørn Øyrehagen Sunde (Eds.) *Comparing Legal Cultures*, Fagbokforlaget, Bergen, 2017, pp. 15-16.

⁴ *The Norwegian History. Some important facts in the Norwegian History*, [Online] la <http://www.nynorge.no/en/Ny-i-Norge-velg-sprak/New-in-Norway/Useful-information/Facts-about-Norway1/The-Norwegian-History/>, accesat pe 18.09.2019. Pentru legende despre Harald Harfagr, a se consulta Florica Lorinț, *Oamenii nordului*. Ediția a II-a revăzută, Editura Științifică, București, 1965, pp. 26-28.

⁵ Între 1397-1523, această uniune personală cuprindea Norvegia, Danemarca și Suedia (Uniunea de la Kalman). După 1523, Suedia s-a retras din uniune, iar în 1536 (ca efect al introducerii Reformei luterane în Danemarca) Norvegia este redusă la statutul de provincie daneză. Norvegia și-a păstrat acest statut până în 1660, când și-a recăpătat poziția de partener al uniunii personale cu Danemarca (aceasta din urmă devenită monarhie absolutistă).

⁶ Søren Koch și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to Norwegian Legal Culture*, pp. 1-3 ce va fi publicată în Søren Koch, Jørn Øyrehagen Sunde (Eds.) *Comparing Legal Cultures, Second Edition*, Fagbokforlaget, Bergen, 2020.

Banca Națională, Universitatea și armata rămânând aceleași). În 1905, pe 7 iunie, Norvegia s-a separat complet de Suedia, prin încoronarea regelui Hakon al VII-lea. În prezent, Norvegia este o monarhie constituțională, partener economic al U.E. (uniune în care a refuzat să intre, prin referendum, atât în 1972 cât și în 1994) și unul dintre cele mai bogate state din lume datorită zăcămintelor de petrol și gaze din Marea Nordului⁷.

La origine, dreptul norvegian, asemenea dreptului celorlalte state scandinave a fost unul oral. Legile erau făcute de adunarea locală sau regională, numită thing⁸, care era și singurul organ jurisdicțional⁹. Ea era alcătuită din toți bărbații născuți liberi care se prezentau la dezbateri înarmați¹⁰. În cadrul thing-ului, juristul (numit „Cel care spune legea”) recita legea, bazându-se pe cunoștințele sale și pe experiență¹¹. Regele, la scandinavii, era un arbitru, un împăciuator, dar nu promulga legi. Doar în război, autoritatea lui era recunoscută de toți, având drept de viață și de moarte asupra cetelor de luptători¹². Iată de ce, în literatura de specialitate se afirmă că, în Norvegia, dreptul și activitatea de soluționare a litigiilor au constituit temelia pe care s-a construit puterea politică centralizată și nu invers, ca în alte state europene¹³.

Dreptul scris a apărut odată cu adoptarea creștinismului (în Norvegia între 995-1030¹⁴) și a influențelor străine care încep să se manifeste¹⁵. Primele coduri scrise au fost edictate în secolul al XIII-lea, în vremea domniei regelui Magnus Lagabøte (adică Legiutorul): Codul Regatului (1274), Codul orașelor (1276) Codul administrativ (1277) și Codul Islandei (1281)¹⁶. Codul Regatului a fost în vigoare până în 1687, când a fost înlocuit prin Codul Norvegian al regelui Christian al V-lea al Danemarcei. Acest cod era foarte asemănător cu Codul Danez, edictat de același rege în Danemarca (1683), cod inspirat din dreptul roman și din cel canonic. El cuprindea norme juridice de drept procedural, drept religios,

⁷ Andreescu Florin, *Oslo și Bergen*, Editura Ad Libri, București, 2011, pp. 7-11 și Thomas Horn, *The Norwegian Legal System*, p. 3 [Online] la <https://www.uio.no/studier/emner/hf/iln/NORINT0500/h11/The%20Norwegian%20Legal%20System%20-%20lecture%20by%20Horn.doc>, accesat pe 20.09.2019.

⁸ Se citește ting.

⁹ Ole Lando, *A Short Survey of the Laws of the Nordic Countries. The Laws in General and Contract Law in Particular* în O. Lando, M.-L. Holle, T. Håstad, B.-E. Konow, P. Møgelvang-Hansen, S. Nystén-Haarala, Á. Ólafsdóttir & L. Zackariasson (Editors), *Restatement Of Nordic Contract Law*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2016, p. 13.

¹⁰ Florica Lorinț, *op. cit.*, p. 21.

¹¹ Ole Lando, *op. cit.*, p. 13.

¹² Karl Baedeker, *Civilizația germanică și a vikingilor*, Editura Prietenii Cărții, București, 1998, p. 119.

¹³ Sören Koch și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to ...*, p. 2.

¹⁴ *Christianization* [Online] la <https://www.britannica.com/place/Norway/Christianization>, accesată pe 20 septembrie 2019.

¹⁵ Ole Lando, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶ Sören Koch și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to ...*, p. 2.

prevederi administrative, drept maritim, drept penal și civil¹⁷. În prezent, mai sunt încă în vigoare șase articole din cele peste 1800 ale Codului Norvegian din 1687¹⁸.

Lucrarea de față este structurată în cinci părți. După ce cititorul s-a familiarizat cu câteva date esențiale ale istoriei norvegiene și ale istoriei dreptului din această țară, secțiunea a doua prezintă izvoarele juridice care evidențiază particularitățile sistemului de drept scandinav. Secțiunea a treia înfățișează organizarea judecătorească, iar a patra insistă asupra câtorva elemente fundamentale ale procedurii de judecată. Articolul se încheie cu a cincea secțiune care readuce în atenția cititorului tabloul culturii juridice norvegiene observat în timpul stagiului efectuat la Universitatea din Bergen în ianuarie-februarie 2019.

2. Izvoarele juridice norvegiene

Analizând izvoarele juridice, dreptul norvegian, asemenea celorlalte sisteme de drept scandinave, se află la granița dintre familia juridică romano-germană și cea de common-law¹⁹. Deși a fost influențat de dreptul continental, mai precis, de cel german (structura, metoda de raționament și termenii), dreptul norvegian nu s-a întemeiat pe dreptul roman în aceeași măsură ca alte sisteme de drept continentale. Spre exemplu, el nu are un drept comercial separat. În loc să aibă un Cod civil cu un capitol dedicat căsătoriei, capitol care să includă un subcapitol privind concubinajul (cu o definiție a acestei forme alternative căsătoriei)²⁰, Norvegia are legi speciale separate privind căsătoria, respectiv copiii, în vreme ce concubinajul este reglementat prin 52 de legi și 677 de decrete, cu câteva definiții ale instituției care nu au prea multe în comun. Din cauza acestei tradiții de legiferare, legislația norvegiană are un caracter fragmentar, lacunele ei fiind complinite prin jurisprudență²¹.

Legile adoptate de Parlament (Storting) reprezintă cea mai importantă sursă de drept. În prezent, în dreptul norvegian numără peste 600 de legi în vigoare²². Legile norvegiene sunt redactate în limbajul oamenilor educați dar care nu sunt juriști Prin dispozițiile prea generale, indefinite ale articolelor de lege, legiuitorul norvegian a conferit o mare libertate de interpretare judecătorilor. În interpretarea unei legi, instanțele norvegiene consultă lucrările pregătitoare ale acelei legi (travaux préparatoires) care sunt faimoase prin minuțiozitatea lor (așa

¹⁷ Ole Lando, *op. cit.*, p. 14.

¹⁸ Sören Koch și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, p. 9.

¹⁹ Ole Lando, *op. cit.*, p. 14 și Thomas Horn, *The Norwegian Legal System*, p. 19 [Online] la <https://www.uio.no/studier/emner/hf/iln/NORINT0500/h11/The%20Norwegian%20Legal%20System%20-%20lecture%20by%20Horn.doc>, accesat 21.09.2019. Pentru detalii asupra diverselor situații ale sistemelor de drept scandinave în raport cu marile familii juridice a se consulta Ulf Bernitz, *What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future*, pp. 18-20 [Online] la <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/50-1.pdf>, accesat 24 septembrie 2019.

²⁰ Ambele ipostaze de conviețuire au aceleași efecte juridice, cu câteva excepții.

²¹ Sören Koch și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, p. 9.

²² Sören Koch și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, p. 9.

cum se întâmplă în toata lumea scandinavă)²³. Prin lucrări pregătitoare înțelegem investigații documentate, discuții și concluzii ale comisiilor de experți, miniștrilor și comisiilor parlamentare permanente²⁴. Aceste lucrări au o dublă funcție: pe de-o parte încadrează legea specială în sistemul de drept general și pe de alta, îngăduie formularea normelor juridice într-un mod concis și ușor de citit, toate explicațiile suplimentare fiind păstrate de lucrările pregătitoare.

În materia legilor, între Norvegia și celelalte patru state scandinave (Danemarca, Suedia, Finlanda și Islanda) a existat o cooperare extensivă, mai ales în domeniul dreptului privat cu un apogeu în primele decenii ale secolului al XX-lea, din anii '70, această cooperare s-a diminuat ca urmare a integrării Danemarcei și Finlandei în U.E.²⁵

Caracterul mixt al sistemului de drept norvegian (între familia juridică de Drept civil și cea de Common Law) se datorează rolului important al instanțelor în activitatea de producere a normelor juridice. Puterea judecătorilor norvegieni de a complini lacunele legii scrise prin reguli noi ale căror aplicare depășește granițele speței concrete are o lungă tradiție juridică dovedită de culegerile medievale de hotărâri judecătorești ale Regelui și ale judecătorilor din instanțele de apel. În perioada medievală dar și în cea modernă, în Norvegia, apelul era considerat un proces contra judecătorului de la prima instanță pentru malpraxis. Judecătorul putea fi amendat. Iată de ce, modul de interpretare a normelor juridice și normele nou create de judecătorii curților de apel sau de Rege erau atât de importante pentru judecătorii instanțelor inferioare. De-a lungul istoriei, s-au făcut eforturi pentru a lipsi instanțele superioare norvegiene de acest rol în producerea de norme juridice, dar în prezent, jurisprudența Curții Supreme este izvor de drept, recunoscut chiar de Parlament, deși, formal, nu are caracter obligatoriu pentru instanțele inferioare²⁶. Deciziile Curții Supreme sunt publicate de Asociația Barourilor Norvegiene și sunt influente. Jurisprudența curților de apel a dobândit putere de convingere. În privința interpretării normelor legii scrise, instanțele norvegiene nu s-au simțit strict legate de formularea acestora și și-au arogat multă libertate în explicarea lor, combinând precum instanțele din vechime, înțelepciunea cu intuiția. Ca expresie a cooperării și a istoriei culturale comune, judecătorii norvegieni se inspiră, uneori, din jurisprudența altor state scandinave²⁷.

²³ Ole Lando, *op. cit.*, p. 15 și Thomas Horn, *op. cit.*, p. 19.

²⁴ Sören Koch și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, p. 11.

²⁵ Ole Lando, *op. cit.*, p. 16 și Ulf Bernitz, *op. cit.*, pp. 23-26.

²⁶ Pentru detalii asupra rolului jurisprudenței Curții Supreme a Norvegiei, a se consulta Jørn Øyrehagen Sunde, *The Legal Cultural Dependency of the Norwegian Legal Method – and Its Future* în Ingwill Helland și Sören Koch (Eds.), *Nordic and Germanic Legal Methods. Contributions to a Dialogue between Different Legal Cultures, with a Main Focus on Norway and Germany*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 26-58 și Sören Koch și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, pp. 11-13.

²⁷ Ole Lando, *op. cit.*, p. 18.

Un alt izvor juridic însemnat îl reprezintă doctrina²⁸. Menționăm rolul covârșitor al celei daneze²⁹. Întemeietorul doctrinei norvegiene a fost juristul danez Anders Sandøe Ørsted (1778-1860). Scrierile sale au abordat toate ramurile dreptului, așa cum regăsim în lucrările lui F. Dahl³⁰. Ørsted s-a preocupat de publicarea hotărârilor curților superioare daneze, considerând că doctrina trebuie să păstreze un dialog constant cu personalul dreptului (judecători și avocați). A subliniat importanța dreptului străin pentru complinirea lacunelor dreptului cutumiar danez. În secolul al XIX-lea și la începutul celui de-al XX-lea, doctrinarii norvegieni au fost influențați de doctrina germană. După al Doilea Război Mondial, mulți tineri savanți au mers în Anglia și Statele Unite, unde au luat contact cu un sistem juridic întemeiat pe precedent. Sistemul common law a influențat gândirea doctrinarilor norvegieni, centrată pe realism juridic, o abordare empirică, întemeiată pe spețe³¹. Caracteristic acestei abordări (cristalizată prin activitatea științifică a profesorului Torstein Eckhoff³²) este armonizarea relației dintre drept și viața concretă, ori de câte ori sunt în conflict, în defavoarea siguranței juridice absolute și a coerenței sistemice a dreptului. Astfel, dacă o lege a Parlamentului ar produce rezultate inechitabile, ar primi mai puțină atenție, sau în cazuri extreme, aceasta va fi abandonată de judecători³³. Considerațiile asupra echității rezultatelor sunt posibile prin utilizarea de către judecător a șapte izvoare ale dreptului: legislația (inclusiv cea a Guvernului), lucrările pregătitoare, hotărârile Curții Supreme, obiceiul, practica autorităților administrative, doctrina și „reele hensyn” (considerații practice)³⁴. Demonstrând că hotărârile Curții Supreme sunt întemeiate pe toate cele șapte izvoare ale dreptului și nu doar pe lege, jurisprudență și doctrină, Eckhoff recomanda ca modelul de lucru al juriștilor și obiectul cursurilor în cele trei facultăți de drept ale Norvegiei (Oslo, Bergen și Tromsø) să devină metoda de judecată a instanței supreme³⁵.

Multe legi norvegiene prevăd că părțile sunt obligate de practicile stabilite între ele, de cutumele comerciale și de alte uzanțe. Uzanța este o conduită care a fost urmată pentru o perioadă îndelungată și pe care părțile se simt obligate să o aplice. Uzanțele și cutumele comerciale sau practicile convenite de părți devin

²⁸ G. Cordero-Moss G. Cordero-Moss, *Norway* în Jürgen Basedow; G. Rühl; F. Ferrai & P. de Miguel Asensio (Ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 2389.

²⁹ I. Helland, *Norwegian law on jurisdiction and choice of law in cases concerning personality rights*, Det juridiske Fakultet, Universitetet i Bergen, 2007, pp. 61-62.

³⁰ F. Dahl, *Anders Sandøe Ørsted as a Jurist*, 1932, *l'Oeuvre juridique de Anders Sandøe Ørsted*, 1934, and *Geschichte der dänischen Rechtswissenschaft*, 1937, pp. 34-46.

³¹ Ole Lando, *op. cit.*, pp. 19-21 și 23-24.

³² A trăit între 1916-1993. Detalii despre activitatea sa se pot găsi la *Torstein Eckhoff* [Online] la https://nbl.snl.no/Torstein_Eckhoff, accesat 22 septembrie 2019.

³³ „Niciun articol de lege nu poate forța Curtea să dea o hotărâre inechitabilă” spunea un judecător al Curții Supreme în secolul al XIX-lea, apud Jørn Øyrehagen Sunde, *The Legal Cultural Dependency ...*, p. 58.

³⁴ Jørn Øyrehagen Sunde, *The Legal Cultural Dependency...*, p. 48.

³⁵ Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, p. 19.

izvoare importante de drept în cazul contractelor. Ele au prioritate față de normele dispozitive ale legii și nu pot fi înlăturate decât dacă aplicarea lor ar fi irațională³⁶.

Un alt izvor de drept, dedicat litigiilor fiscale, îl reprezintă practica autorităților administrative. Ea este alcătuită din: circulare (instrucțiuni ale autorităților superioare către cele subordonate), opiniile Avocatului Poporului³⁷ (în Norvegia, acesta supraveghează administrația publică), audierile propuse de un minister părților ce vor fi influențate de măsuri publice, rapoarte, analize și anchete efectuate de experți externi și livrate ministerelor. Ministerul de Justiție are un organ specializat pe Drept administrativ care oferă interpretare legală la cerere, după ce se consultă cu celelalte ministere³⁸.

O mențiune specială o dedicăm moștenirii culturale³⁹, fiind un izvor juridic specific dreptului scandinav (inclusiv celui norvegian). Ea reprezintă combinația principiilor juridice cu sensibilitățile politice și etice ale judecătorului. Moștenirea culturală dobândește însemnătate în situațiile în care instanțele se confruntă cu o speță inedită. Influențează considerabil interpretarea legislației și a jurisprudenței și răstoarnă, uneori, ierarhia izvoarelor de drept. De regulă, legea are prioritate față de jurisprudență, iar aceasta are prioritate față de doctrină. Uneori, modificarea condițiilor sociale, combinată cu o anumită convingere ideologică, susținută de o doctrină persuasivă, poate răsturna un precedent sau poate da un nou sens unei norme legale. În anumite situații, instanțele, întemeindu-se pe această moștenire, dau hotărâri care sunt contrare sau chiar neglijează legislația în vigoare⁴⁰. În teoria generală a dreptului românesc, moștenirii culturale scandinave îi corespunde conceptul de izvor juridic material care nu îi conferă vreo prerogativă judecătorului român, ci doar legiuitorului.

3. Organizarea judecătorească în Norvegia

În Norvegia, există două sisteme de soluționare a conflictelor: unul ordinar (alcătuit din instanțele de judecată obișnuite) și un sistem extraordinar (ce cuprinde comitete specializate⁴¹, medierea și două instanțe specializate, cu rădăcini istorice, Instanța Norvegiană a Muncii, ce mediază conflictele dintre sindicate și patronate și instanțele de modificări funciare)⁴². Ne vom opri asupra sistemului obișnuit, general, de soluționare a conflictelor.

³⁶ Ole Lando, *op. cit.*, pp. 18 și 330.

³⁷ Numit Ombudsman Parlamentar, în Norvegia, acesta supraveghează administrația publică.

³⁸ *Administrative Practice* în Pål A. Bertnes și Rebecca J. Five Bergstrøm, *Update: Guide to Legal Research in Norway* [Online] la: <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Norway1.html#AdministrativePractice>, accesată pe 23 septembrie 2019.

³⁹ Moștenirea culturală este numită „considerații reale” *reellehensyn*, în limba norvegiană.

⁴⁰ Ole Lando, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁴¹ Aceste comitete specializate sunt numite „nemd”.

⁴² Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, pp. 6-7. A se consulta de asemenea și *The Courts of Norway* [Online] la <https://www.domstol.no/en/the-courts-of-justice/>, accesată

Instanțele norvegiene sunt organizate într-o piramidă cu trei niveluri⁴³: judecătoriile⁴⁴ (66 în toată țara, cu 371 de judecători în 2014), curțile de apel⁴⁵ (6 la număr cu un efectiv de 168 de judecători, în 2014) și Curtea Supremă Norvegiană⁴⁶ (cu două camere, efectivul total al acestei instanțe fiind de 19 judecători și un Președinte). Toate aceste instanțe au jurisdicție generală pentru toate litigiile (civile, penale, administrative și constituționale etc.)⁴⁷.

Litigiile sunt judecate, în mod normal, în judecătorii. Accesul la judecata curților de apel este permis doar în anumite situații. Astfel, în litigiile civile, sentința judecătoriei poate fi apelată numai dacă obiectul litigiului are o valoare mai mare de 125000 de coroane norvegiene (aproximativ 59738 Ron). Sub această sumă, apelul poate fi primit cu permisiunea specială a curții de apel. În spețele penale, unde acuzatul a fost condamnat de judecătorie la închisoare, apelul este blocat doar dacă curtea de apel consideră calea de atac „în mod evident lipsită de temei”. În spețele privind infracțiuni foarte grave, acuzatul are un drept de apel neîngrădit. Atacarea cu apel la Curtea Supremă a deciziilor curților de apel se poate face numai cu permisiunea Comisiei de Selecție a Apelurilor din cadrul instanței supreme. Această comisie este alcătuită din trei judecători ai instanței supreme. Menționăm că, în Norvegia, Curtea Supremă are dreptul să examineze atât faptele cât și modul de aplicare a legii. În litigiile civile, Curtea Supremă nu este ținută de probele administrate la instanțele inferioare. Menționăm că doar 15% din cererile de apel către Curtea Supremă sunt alese de comisie pentru a fi supuse judecății acestei instanței⁴⁸. În toate cazurile, această permisiune este acordată doar când apelul este legat de un aspect care este important „dincolo de interesul imediat al speței” (conform Legii privind medierea și procedura în litigiile civile)⁴⁹. Scopul principal al Curții Supreme este acela de a asigura uniformitatea procesului jurisdicțional în întreaga țară prin stabilirea de precedente judiciare. Cel de verificare a corectitudinii hotărârilor judecătorești este unul secundar, deoarece se consideră că acesta este scopul curților de apel⁵⁰. Curtea Supremă are dreptul de a modifica hotărârea instanței inferioare. Rar, atunci când hotărârea instanței inferioare este casată pe interpretarea legii, dar

pe 24 septembrie 2019. Această organizare este comună instanțelor din toate celelalte țări scandinave, cu excepția Islandei.

⁴³ Ole Lando, *op. cit.*, p. 16 și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, pp. 4-6. Pentru evoluția istorică a acestui sistem, a se consulta Jørn Øyrehagen Sunde, *The Legal Cultural Dependency...*, pp. 53-55.

⁴⁴ Judecătoriile se numesc „tingrett”.

⁴⁵ Curțile de apel se numesc „lagmannsrett”.

⁴⁶ Denumirea ei norvegiană este „Høyesterett”.

⁴⁷ Thomas Horn, *op. cit.*, p. 14 și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, p. 4.

⁴⁸ Thomas Horn, *op. cit.*, pp. 14-16 și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, pp. 4-6 și Ole Lando, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁴⁹ Această lege poartă următoarea denumire oficială: Lov-2005-06-17-90 (adică Legea nr. 90 din 17 iunie 2005) [Online] la : <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-06-17-90>, accesat 24 septembrie 2019.

⁵⁰ Thomas Horn, *op. cit.*, p. 15 și Ole Lando, *op. cit.*, p. 17.

este nevoie de probe noi pentru a aplica decizia Curții Supreme privind interpretare legii, Curtea retrimite cauza spre rejudecare unei instanțe inferioare⁵¹.

O particularitate a organizării judiciare a Norvegiei o constituie abilitatea oricărei instanțe de judecată de a exercita controlul constituționalității legilor, indiferent de poziția instanței în piramida celor trei grade de jurisdicție și indiferent de tipul actului normativ atacat. Astfel, o judecătorie poate hotărî neconstituționalitatea unei legi a Parlamentului din Oslo (cea mai recentă situație de acest tip a avut loc în 2010). Această prerogativă care datează din 1822, a fost înscrisă efectiv în legislație în 2015 și este justificată de întinderea mare a țării și de distanțele enorme pe care o persoană care pretinde neconstituționalitatea unei legi ar trebui să le parcurgă până în Oslo. Încă din secolul al XVIII-lea, în societatea norvegiană s-a conturat mentalitatea conform căreia judecătorii trebuie să judece așa cum Curtea Supremă din Oslo ar face-o, pentru a scuti părțile de cheltuielile impuse de apel și de călătoria până în capitală. Dacă Parlamentul nu este de acord cu hotărârea judecătorească ce constată neconstituționalitatea unei legi poate modifica Constituția sau poate adopta o nouă lege care va fi obligatorie și pentru instanțe în spețele viitoare⁵².

O atenție specială trebuie acordată sistemului norvegian de acuzare publică (Autoritatea Norvegiană de Acuzare), însărcinată cu instrumentarea spețelor penale (investigarea, decizia trimiterii în judecată și susținerea acuzării în instanță). Ea este organizată tot în structură piramidală, tripartită. De la temelie spre vârf, cele trei componente sunt: Autoritatea de Acuzare din Poliție, Procurorii Publici și Directorul Acuzării Publice. Procurorii publici și Directorul Acuzării Publice constituie Autoritatea Superioară de Acuzare. Autoritatea de Acuzare din Poliție este alcătuită din 27 de unități de acuzare, integrate în fiecare district polițienesc. Aceste unități de acuzare sunt alcătuite din juriști cu licențe universitare, iar șefii lor au statutul de Șef Adjunct al Poliției de District. Deși sunt integrați în districte de poliție, acuzatorii de poliție sunt subordonați, în instrumentarea cauzelor penale, procurorilor publici și Directorului Acuzării Publice. Cauzele privind infracțiuni minore sunt soluționate în întregime de acești acuzatori ai poliției. Procurorii publici (organizați în 12 parchete⁵³) supraveghează activitatea districtelor de poliție și exercită acuzarea pentru acele spețe privind infracțiuni cu o pedeapsă mai mare de șase ani sau infracțiuni care sunt de competența curților de apel. Directorul Acuzării Publice conduce Autoritatea Norvegiană de Acuzare, stabilind standardele profesionale în exercitarea urmării penale și acțiunii penale. De asemenea, el exercită acțiunea penală pentru infracțiuni grave, prevăzute cu o pedeapsă între 7 și 21 de ani sau pentru

⁵¹ Ole Lando, *op. cit.*, p. 17.

⁵² Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, pp. 5-6.

⁵³ Zece parchete corespund regiunilor Norvegiei, iar două sunt speciale: Autoritatea Norvegiană pentru Investigarea și Acuzarea în Infracțiunile Economice și de Mediu (Økokrim – prototipul DNA-ului românesc) și Autoritatea Națională pentru Acuzarea Crimei Organizate și a Altor Infracțiuni Grave.

infracțiuni privind securitatea regatului, Constituția și drepturile constituționale, blasfemia etc. Directorul este subordonat direct Consiliului de Stat al Regelui (Guvernului).

O particularitate a politicii penale norvegiene o constituie încredințarea luptei contra infracționalității următoarelor două autorități: Directorului Acuzării Publice și Ministrului Justiției⁵⁴. Directorul trebuie să asigure instrumentarea profesionistă, corectă a cauzelor penale, în vreme ce Ministrul Justiției (care este și conducătorul Poliției) se ocupă de toate celelalte aspecte. Între cele două autorități nu există vreun raport de subordonare⁵⁵.

4. Elemente de procedură

O caracteristică a culturii juridice norvegiene constă în lipsa de specializare a judecătorilor. Astfel, judecătorii nu trebuie să urmeze o pregătire specifică pentru a ocupa acest post. Mai mult, nu judecă doar anumite tipuri de spețe, procesele penale fiind judecate de persoane fără studii juridice împreună cu judecătorii profesioniști. Judecătorii fără studii juridice sunt selectați de judecătoria sau de curtea de apel de pe două liste de persoane (una pentru femei, cealaltă pentru bărbați), listele fiind constituite de Consiliul Local pentru o perioadă de patru ani. Se urmărește întotdeauna ca, în completurile de judecată, ambele sexe să fie reprezentate. În procesele penale, judecătorii profani se pot pronunța doar asupra vinovăției, stabilirea în concret a pedepsei fiind lăsată pe seama judecătorilor de carieră. În procesele civile, judecătorii neprofesioniști sunt incluși în complet doar la cererea expresă a părților sau, în mod obligatoriu, în spețele privind custodia copilului sau concedierea. Doar la Curtea Supremă, judecătorii profani nu sunt utilizați⁵⁶.

Completurile de judecată sunt prezidate întotdeauna de un judecător de carieră. În spețele obișnuite, completurile includ un judecător profesionist (Judecătoriiile), trei judecători de carieră (Curtea de Apel) și cinci judecători (Curtea Supremă). Doar în spețe extrem de importante, Curtea Supremă judecă în sesiune plenară cu participarea tuturor celor 19 judecători.

Numărul judecătorilor neprofesioniști, incluși în completurile de judecată ale spețelor penale, diferă în funcție de gradul instanței și de gravitatea infracțiunii. Astfel, la judecătorii, pentru majoritatea infracțiunilor, completul este alcătuit din doi judecători profani și unul de carieră. Dacă infracțiunea este mai

⁵⁴ Acesta este sistemul „cu două căi de combatere a criminalității”.

⁵⁵ Pentru detalii, a se consulta *Welcome to The Higher Prosecuting Authorities – The Director of Public Prosecutions and the Regional Public Prosecution Offices* [Online] la: <https://www.riksadvokaten.no/english/>, accesat 25 septembrie 2019 și *The Prosecution Authority in Norway. An overview of the organisation of the prosecution and the connection with the police authority*, pp. 1-5 [Online] la: https://nettsteder.regjeringen.no/norlam/files/2017/07/574150_en_jogeir_prosecut.pdf, accesat 25 septembrie 2019.

⁵⁶ *Why lay judges?* [Online] la: <https://www.domstol.no/en/the-criminal-court-proceedings/who-is-involved/lay-judge/why-lay-judges/>, accesat 26 septembrie 2019, Thomas Horn, *op. cit.*, p. 16, și Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, pp. 26-27.

gravă, trei judecători profani sunt incluși în complet alături de doi profesioniști. La curțile de apel, majoritatea spețelor sunt soluționate de patru judecători profani împreună cu trei de carieră. Din 2017, cele mai grave infracțiuni sunt judecate de completuri alcătuite din cinci judecători profani și doi de carieră⁵⁷.

Spețele civile se judecă pe baza pledoariilor părților și a probelor. Prin întrebările și sfaturile adresate părților, judecătorii obișnuiesc să își formeze o imagine autentică a speței în vederea soluționării. Iată de ce, procedura în fața instanței este în întregime orală. Instanța nu poate cita, în litigiile patrimoniale, un martor din proprie inițiativă. Ea se limitează doar la dovezile furnizate de părți. Aprecierea probelor ține strict de instanță⁵⁸.

Procedura penală este și ea orală și contradictorie. Pentru respectarea prezumției de nevinovăție, la deschiderea audierii principale, judecătorii cunosc doar rechizitoriul și lista martorilor, fără să aibă posibilitatea să studieze în prealabil tot dosarul cauzei. Astfel, judecătorii au posibilitatea de a lua în considerare în mod direct persoana acuzatului (și nu ce spun diverse hârtii despre el) și se creează un climat de apreciere imparțială a probelor⁵⁹.

Procedurile judiciare norvegiene, civilă și penală, sunt publice și transparente cu acces liber al presei. Astfel, se asigură o corectă și sigură administrare a dreptății și o critică a modului de acțiune al instanței. Reamintim că în Norvegia, onoarea persoanei este o valoare socială însemnată care a fost protejată, inclusiv de abuzurile presei, prin norme penale. Astfel, calomnia a fost dezincriminată abia în 2005 prin Legea nr. 28. Acest nou Cod penal o prevede doar ca delict civil, în art. 320, și doar în legătură cu infracțiuni contra vieții sexuale⁶⁰.

5. Concluzii

Din cele consemnate, se cuvine să subliniem câteva idei despre sistemul juridic norvegian, situat la hotarul familiei juridice romano-germanice cu familia de common-law. Remarcabil este faptul că, în Norvegia, Constituția este în vigoare încă din 1814. În afara Codului penal din 2005, nu există alte coduri, ci doar legi speciale. Jurisprudența (mai cu seamă cea a Curții Supreme) are un rol hotărâtor în interpretarea și dezvoltarea legislației scrise. Doctrina, practica administrativă și considerațiile practice sunt alte izvoare de drept care-i permit judecătorului norvegian să interpreteze, completeze sau chiar să neglijeze norma scrisă. Instanțele sunt nespécializate și sunt organizate piramidal. Instanțele, indiferent de grad, au dreptul de a exercita controlul constituționalității legilor. În

⁵⁷ *Norway to drop jury system on appeal* [Online] la: <https://www.newsinenglish.no/2017/01/20/norway-to-drop-jury-system-on-appeal/>, accesat 26 septembrie 2019, Jørn Øyrehagen Sunde, *Introduction to...*, p. 27 și Thomas Horn, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁸ Ole Lando, *op. cit.*, pp. 17-18 și Thomas Horn, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁹ Thomas Horn, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁰ Pentru detalii asupra „mortifikasjon”, adică declarația formală a unei instanțe că un enunț defăimător făcut de către inculpat nu s-a dovedit a fi adevărat, deși acestuia i s-a dat ocazia să prezinte instanței proba verității, procedură penală abrogată în prezent, a se consulta I. Helland, *op. cit.*, pp. 9-10.

privința apelurilor în procesele civile, există anumite limitări în funcție de obiectul litigiului. Întotdeauna, instanțele superioare filtrează cererile de apel printr-o comisie de selectare. În procesul penal, accesul la curțile de apel nu este îngădit. Curtea Supremă acceptă, atât în procesele civile cât și în penal, doar acele spețe care ridică probleme juridice dincolo de interesul imediat al părților. Acuzarea publică se exercită printr-o autoritate specială, al cărui director este subordonat doar Regelui (Consiliul de Stat). Ministrul Justiției este coordonatorul Poliției. În alcătuirea completurilor de judecată penală, pe lângă judecători de carieră sunt incluși judecători profani care se pronunță asupra vinovăției. Procedurile (civilă și penală) sunt publice, orale și contradictorii. Accentul cade pe percepția nemijlocită a părților și a dovezilor de către judecători.

Cultura juridică norvegiană, prin specificul său, se constituie într-un fertil teren al cercetărilor viitoare. O corectă analiză a elementelor aceste culturi și un dram de înțelepciune vor îngădui și românilor să recepteze instituții și reglementări care ne-ar putea îmbunătăți traiul.

Mulțumiri

Acest proiect este finanțat de Ministerul Cercetării și Inovării prin Programul 1 – Dezvoltarea sistemului național de cercetare-dezvoltare, Subprogram 1.2 – Performanță instituțională- Proiecte de finanțare a excelenței în CDI, Contract nr. 34PFE. Autorul mulțumește profesorilor Berte-Elen R. Konow, Thomas Eeg, Sören Koch și Jørn Øyrehagen Sunde de la Facultatea de Drept a Universității din Bergen.

Situații particulare referitoare la exercitarea rolului activ al judecătorului în procesul civil

Particular situations regarding the exercise of the active role of the judge in the civil process

Nicolae-Horia Țiț¹

Rezumat: Rolul activ al judecătorului are numeroase componente, una dintre acestea referindu-se la clarificarea cadrului procesual. Chiar dacă judecătorul nu poate depăși limitele judecătii, stabilite de părți prin cererile și apărările lor, instanța are obligația de a stabili în mod corect aceste limite, în cazurile în care cererile părților sunt echivoce în acest sens. Articolul analizează, pornind de la Decizia nr. 28/2015 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, implicațiile identificării de către instanța de apel a unei pretenții implicite pe care instanța nu a avut-o în vedere atunci când și-a verificat competența și a soluționat pe fond pricina. Demersul interpretativ este prilejuit de recenta modificare a dispozițiilor art. 130 alin. (2) și art. 131 C. pr. civ. cu privire la momentul până la care poate fi invocată, în fața primei instanțe, necompetența de ordine publică, respectiv la care prima instanță este obligată să-și verifice, din oficiu, competența.

Cuvinte-cheie: judecător, rol activ, pretenție implicită, competență, apel.

Abstract: The active role of the judge has many components, one of them referring to the clarification of the procedural framework. Even if the judge cannot exceed the limits of the judgment, set by the parties through their applications and defenses, the court has the obligation to set these limits correctly, in cases where the parties' requests are ambiguous in this regard. The article analyzes, starting from Decision no. 28/2015 of the High Court of Cassation and Justice, the implications of identifying by the appellate court an implicit claim that the first court did not take into account when it verified its competence and solved the case. The interpretative approach is determined by the recent modification of the provisions of art. 130 paragraph (2) and art. 131 C. pr. civ. regarding the time to which, in the first instance, the lack of public order competence can be invoked, respectively at which the first court is obliged to verify, ex officio, its jurisdiction.

Key-words: judge, active role, implicit claim, competence, appeal.

1. Introducere. Rolul judecătorului în aflarea adevărului și limitele acestuia

Sub denumirea marginală „rolul judecătorului în aflarea adevărului”, art. 22 C. pr. civ. reglementează mai multe ipostaze ale prezenței active a judecătorului

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

în procedură, ca principiu fundamental al procesului civil². Legiuitorul a evitat folosirea clasicei sintagme „rol activ”³, probabil din dorința de a limita tendința implicării judecătorului în aspectele deduse judecătii, în special în ceea ce privește stabilirea cadrului procesual; obligația instanței de a soluționa cauza fără a fi depășite limitele investirii este, de altfel, enunțată în mod expres la art. 22 alin. (6) și la art. 397 alin. (1) C. pr. civ., corelându-se cu elementele de conținut ale principiului disponibilității, mai exact cu regula potrivit căreia obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților [art. 9 alin. (2) C. pr. civ.]. Această intenție, anunțată prin denumirea marginală a art. 22 C. pr. civ., se transpune în cel puțin două situații într-un regim juridic specific, care limitează posibilitatea judecătorului de a se „implica” activ în configurarea cadrului procesual ori în stabilirea probelor necesare dezlegării pricinii.

Astfel, deși art. 22 alin. (3) teza I C. pr. civ. pare a consacra dreptul judecătorului de a introduce în cauză terțe persoane, o astfel de prerogativă nu ar putea fi exercitată decât „în condițiile legii”; or, art. 78 alin. (1) C. pr. civ. limitează posibilitatea instanței de a dispune introducerea în cauză a unor terțe persoane, în procedura contencioasă⁴, numai la cazurile expres prevăzute de lege, în celelalte

² Cu privire la principiul rolului activ al judecătorului, a se vedea C.E. Alexe, *Judecătorul în procesul civil, între rol activ și arbitrar*, Vol. I-II, Editura C.H. Beck, București, 2008; A.-A. Chiș, Gh.-L. Zidaru, *Rolul judecătorului în procesul civil*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

³ Sintagma „rol activ” este prezentă în actuala reglementare la art. 627 C. pr. civ., pentru a caracteriza activitatea executorului judecătoresc pe parcursul activității procesuale de executare silită. Pentru detalii, a se vedea E. Oprina, *Rolul activ al executorului judecătoresc între teorie și practică*, în *Revista Română de Executare Silită*, nr. 4/2015, pp. 39-76.

⁴ În procedura necontencioasă, judecătorul poate să dispună introducerea în cauză a unei terțe persoane, chiar în cazul în care ar exista o opoziție a petentului în acest sens, în toate situațiile, aprecierea aparținând exclusiv judecătorului, raportat la elementele de fapt prezentate de petent prin cererea în materie necontencioasă dedusă judecătii. Sub acest aspect, distincția dintre procedura contencioasă și cea necontencioasă este pe deplin explicabilă prin faptul că, într-o cerere necontencioasă prin care, conform art. 527 C. pr. civ., nu se urmărește stabilirea unui drept potrivit, în absența unui pârât care să formuleze apărări, instanța trebuie să aibă un rol activ mai accentuat decât în procedura contencioasă, pentru a se asigura respectarea principiului legalității. Din acest motiv, în procedura necontencioasă judecătorul își va verifica, din oficiu, competența, chiar dacă este de ordine privată, putând solicita părții lămuririle necesare [art. 529 alin. (1) C. pr. civ.], poate dispune, din oficiu, orice măsuri utile cauzei, având dreptul să asculte orice persoană care ar putea aduce lămuriri cauzei ori ale căror interese ar putea fi afectate prin hotărâre [art. 532 alin. (2) C. pr. civ.] (pentru detalii, a se vedea V. Belegante, *Comentariu la art. 532 C. pr. civ.*, în V. M. Ciobanu, M. Nicolae, *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat*, Vol. II – art. 527-1134, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 28). Introducerea forțată, din oficiu, a unei terțe persoane în procedura necontencioasă nu trebuie, însă, să o transforme într-o procedură contencioasă, ci trebuie să aibă în vedere imperativul aflării adevărului, raportat la scopul și finalitatea formulării cererii, care, așa cum am arătat, exclude stabilirea unui drept potrivit. Cu alte cuvinte, exercitarea de către

situații judecătorul având doar posibilitatea de a supune dezbaterii contradictorii a părților necesitatea introducerii altor persoane, având în vedere elementele raportului juridic dedus judecății; refuzul părților de a solicita introducerea în cauză a terțului despre care judecătorul ar considera că trebuie înprocestat constituie o veritabilă fine de neprimire a cererii inițiale, care, prin definiție, nu ar transpune în acțiune toți subiecții raportului juridic de drept material; cu alte cuvinte, instanța va respinge, fără soluționarea fondului, cererea de chemare în judecată, în cazul în care apreciază că aceasta nu ar putea fi soluționată fără participarea terțului a cărui introducere în cauză a adus-o, anterior, în dezbaterile contradictorii a părților [art. 478 alin. (2) teza a doua C. pr. civ.]⁵.

Cea de-a doua situație vizează rolul judecătorului în propunerea probelor; deși art. 22 alin. (2) C. pr. civ. pare a asigura judecătorului posibilitatea nelimitată de a dispune administrarea probelor pe care le consideră necesare în cauză⁶, în vedere stabilirii corecte și complete a situației de fapt, judecătorul putând dispune administrarea de probe care nu au fost solicitate de părți chiar și în cazul în care acestea s-ar împotrivi, această prerogativă trebuie exercitată cu prudență, ba chiar putem spune că are un caracter subsidiar, dacă avem în vedere dispozițiile art. 254 alin. (5) C. pr. civ. Potrivit acestuia din urmă, instanța poate pune în vedere părților completarea probatoriului „dacă probele propuse nu sunt îndestulătoare pentru lămurirea în întregime a procesului”. Inițiativa judecătorului de suplimentare

judecător a prerogativei prevăzută de art. 78 alin. (1) C. pr. civ. trebuie subsumată, pe de o parte, domeniului de aplicare a procedurii necontencioase, reglementat de art. 527 C. pr. civ., pe de altă parte, dispozițiilor art. 532 alin. (2) teza a doua, citate mai sus (*Ibidem*, p. 29). De asemenea, în procedurile speciale necontencioase, trebuie ca judecătorul să aibă în vedere finalitatea acestora și rațiunile avute în vedere prin instituirea acelei proceduri; spre exemplu, în procedura necontencioasă a încuviințării executării silite, reglementată de art. 666 C. pr. civ., instanța nu ar putea dispune, din oficiu, introducerea în cauză a unui alt creditor ori a debitorului, fiind ținută, pe de o parte, de cadrul procesual execuțional stabilit prin cererea de executare silită, pe de altă parte, de rațiunea acestei proceduri, care este doar aceea a unei verificări preliminare a condițiilor privind declanșarea executării silite, urmând ca debitorul, încunoștințat de organul de executare cu privire la aceasta, să poată să formuleze contestație la executare prin care să solicite anularea încheierii de încuviințare [art. 666 alin. (6) și art. 712 alin. (3) C. pr. civ.].

⁵ A se vedea G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Ediția a 4-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 158; Gh. Durac, *Drept procesual civil. Principii și instituții fundamentale. Procedura contencioasă*, Editura Hamangiu, București, 2014, pp. 157-158.

⁶ În doctrina mai veche se folosea frecvent expresia „judecătorul este suveran în materia probelor”. Chiar dacă aceasta a fost transpusă în regula conform căreia judecătorul poate dispune administrarea probelor pe care le consideră necesare, chiar dacă părțile se împotrivesc, în actuala reglementare, rolul judecătorului în privința administrării probelor este diminuat, fiind dată întâietate obligației părților de a-și dovedi susținerile făcute în fața instanței [art. 10 alin. (1) și art. 249 C. pr. civ.]. A se vedea V. Dănăilă, *Comentariu la art. 254 C. pr. civ.*, în G. Boroi (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă, Comentariu pe articole, Vol. I, Art. 1-455*, p. 677.

a probatoriului intervine, așadar, în a doua parte a cercetării procesului, după ce vor fi fost administrate probele propuse de părți în condițiile art. 254 alin. (1) sau (2) C. pr. civ. și după ce instanța va fi făcut o analiză *prima facie* a situației de fapt pe baza probelor propuse de părți. Premisa tezei I a art. 254 alin. (5) C. pr. civ. (insuficiența sau ineficiența probelor propuse de părți) este valabilă și pentru teza a doua a aceluiași alineat, care dă posibilitatea instanței ca, din oficiu, să pună în discuția părților necesitatea administrării altor probe și/sau de a ordona administrarea acestora chiar dacă părțile se împotrivesc. Că este așa o demonstrează interpretarea gramaticală a textului de lege: folosirea locuțiunii adverbiale „de asemenea” are semnificația faptului că cea de-a doua teză a art. 254 alin. (5) C. pr. civ. produce efecte în exact aceleași condiții ca și prima, adică dacă probele propuse de părți nu sunt îndestulătoare pentru lămurirea în întregime a procesului; faptul că este folosită sintagma „necesitatea administrării altor probe” și nu sintagma „necesitatea administrării de probe” înseamnă că punerea în discuția părților a acestei chestiuni sau ordonarea din oficiu a probelor noi are la bază faptul că anterior au fost administrate la cererea părților, probe care s-au dovedit insuficiente pentru lămurirea cauzei.

Art. 22 C. pr. civ. nu include între prerogativele instanței, legate de rolul pe care îl are judecătorul în aflarea adevărului, și posibilitatea formulării, din oficiu, a unor pretenții sau apărări. Prin urmare, ca regulă, acestea intră sub incidența principiului disponibilității, obiectul și limitele procesului fiind, așa cum am arătat și mai sus, stabilite prin cererile și apărățile părților, potrivit art. 9 alin. (2) C. pr. civ.⁷ Regula enunțată cunoaște și excepții, adică fie cazuri în care legea impune judecătorului să soluționeze, prin chiar dispozitivul hotărârii, anumite pretenții, chiar dacă ele nu se regăsesc în cererile formulate de părți [spre exemplu, în situațiile prevăzute de art. 919 alin. (2) și (3) C. pr. civ., în materia divorțului], fie cazuri în care instanța invocă din oficiu apărări de fond [spre exemplu nulitatea actului juridic pe care reclamantul își întemeiază pretenția, potrivit art. 1247 alin. (3) C. civ.] sau excepții procesuale (de pildă în cazul excepțiilor de fond de ordine publică).

Cu toate acestea, judecătorul are obligația de a clarifica, din oficiu, cadrul procesual dedus judecății prin cererile și apărățile părților, tocmai în scopul de a nu depăși acest cadru ori de a lăsa nesoluționate pretenții sau apărări pe care părțile le-au invocat. Art. 22 alin. (6) C. pr. civ. impune judecătorului rigoarea soluționării complete a cauzei („judecătorul trebuie să se pronunțe asupra a tot ceea ce s-a cerut”) și obligația respectării cadrului procesual stabilit de părți („fără însă a depăși limitele investiției”). De asemenea, art. 397 alin. (1) C. pr. civ. reia regulile prevăzute de art. 22 alin. (6) C. pr. civ. Încălcarea acestora poate fi remediată prin formularea unei cereri de completare a hotărârii, potrivit art. 444 alin. (1) C. pr. civ. („dacă prin hotărârea dată instanța a omis să se pronunțe asupra unui capăt de cerere principal sau accesoriu ori asupra unei cereri conexe sau incidentale”), ori pe calea revizuirii, pentru motivul prevăzut de art. 509 alin. (1)

⁷ Cu privire la corelația între principiul disponibilității și cel al rolului activ al judecătorului, a se vede Gh. Durac, *op. cit.*, pp. 49-50.

pct. 1 C. pr. civ. („s-a pronunțat asupra unor lucruri care nu s-au cerut sau nu s-a pronunțat asupra unui lucru cerut ori s-a dat mai mult decât s-a cerut”)⁸.

2. Pretenții și apărări implicite

Problematica rolului activ al judecătorului în clarificarea cadrului procesual, prin identificarea corectă și completă a tuturor pretențiilor deduse judecății, s-a ridicat și în contextul interpretării art. 478 alin. (4) C. pr. civ., text de lege care folosește, cu caracter de noutate, sintagma „pretenții care au fost cuprinse implicit în cererile sau apărările primei instanțe”. În contextul reglementării limitelor efectului devolutiv al apelului prin raportare la cadrul procesual stabilit în fața primei instanțe, legiuitorul român adoptă o soluție legislativă de inspirație franceză și menționează expres posibilitatea părților de a explicita, în fața instanței de apel, pretențiile implicite formulate în fața primei instanțe. Textul de lege are caracter de noutate, în Codul de procedură civilă de la 1865 nefiind prezentă o reglementare similară.

Pe fondul acestei noutăți a soluției legislative adoptată prin noul Cod de procedură civilă, s-a formulat o sesizare pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, soluționată de Înalta Curte de Casație și Justiție din Decizia nr. 28/2015⁹. Considerațiile pe care le vom face în continuare, referitoare la exercitarea rolului activ al judecătorului cu privire la clarificarea cadrului procesual și la implicațiile acestei clarificări în materia competenței, au în vedere situația de fapt din cauza care a generat sesizarea pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile și argumentele reținute de instanța supremă în sprijinul soluției dată celor două întrebări adresate de instanța de trimitere (Tribunalul Vâlcea, Secția I Civilă).

Sesizarea pentru dezlegarea chestiunilor de drept a fost formulată într-o cauză în care instanța a fost investită cu soluționarea unei contestații la executare, prin care s-a solicitat în mod expres anularea executării silite declanșată în temeiul unei hotărâri judecătorești pronunțată în materia litigiilor de muncă. Prim instanță investită cu soluționarea contestației la executare a considerat că este investită exclusiv cu o contestație la executare propriu-zisă, însă instanța de apel, analizând motivele contestației la executare, a constatat că, în realitate, aceasta este și o contestație la titlu, adică o contestație prin care se solicită lămurirea înțelesului, întinderii sau aplicării titlului executoriu [art. 712 alin. (2) C. pr. civ.]. Prin urmare, instanța de control judiciar a admis apelul și a anulat sentința, în temeiul art. 480 alin. (3) C. pr. civ. În etapa de evocare a fondului, s-a ridicat problema admisibilității „precizării” contestației la executare în această etapă a procesului, contestatoarea arătând că a înțeles să formuleze atât o contestație la executare propriu-zisă, cât și o contestație la titlu, precum și cea a competenței de soluționare a contestației la titlu, neavută în vedere de prima instanță, raportat la dispozițiile art. 714 alin. (3) teza I C. pr. civ., potrivit cu care în cazul titlului

⁸ D. Ghiță, *Drept procesual civil. Partea specială*, Editura C. H. Beck, București, 2017, pp. 148-149.

⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 772 din 16 octombrie 2015.

executoriu jurisdicțional, contestația la titlu este de competența instanței care a pronunțat hotărârea care se execută (par. 2-21 din Decizia nr. 28/2015 a Înaltei Curți de Casație și Justiție).

În acest context, întrebările adresate de Tribunalul Vâlcea, Secția I Civilă au fost: „1. În interpretarea și aplicarea art. 478 alin. (4) din Codul de procedură civilă se poate ajunge la schimbarea cadrului procesual în care a soluționat prima instanță, sub aspectul obiectului, contrar art. 478 alin. (1) și (3) din Codul de procedură civilă; 2. În situația în care în apel, fie din interpretarea art. 478 alin. (4) din Codul de procedură civilă, fie în limitele efectului devolutiv, prevăzut de art. 477 din Codul de procedură civilă, se poate invoca excepția necompetenței materiale, urmând ca astfel să fie interpretate prevederile art. 130 alin. (2) și art. 131 din Codul de procedură civilă, prin prisma celor anterioare.”

Prima întrebare vizează raportul dintre dispozițiile alin. (4) al art. 478 C. pr. civ. și cele ale alin. (1) și (3), care consacră regula clasică a limitării efectului devolutiv, în funcție de cadrul procesual stabilit în fața primei instanțe (*tantum devolutum quantum iudicatum*). Pentru clarificarea acestui raport, instanța supremă are în vedere, pe de o parte, analiza principiului limitării efectului devolutiv, pe de altă parte, lămurirea noțiunii de „pretenție implicită” pe care art. 478 alin. (4) C. pr. civ. o utilizează, cu caracter de noutate față de reglementările Codului de procedură civilă anterior.

În ceea ce privește prima chestiune, aspectele analizate nu presupun clarificări suplimentare, regula potrivit căreia cadrul procesual stabilit în fața primei instanțe se păstrează și în fața instanței de apel fiind o constantă a dreptului procesual, analizată pe larg și clarificată în doctrină. În legătură cu cea de-a doua chestiune, instanța supremă reține că dispozițiile art. 478 alin. (4) C. pr. civ. consacră o atenuare a principiului enunțat la alin. (1) și (3) ale aceluiași articol, contribuind la clarificarea cadrului procesual care era, implicit, stabilit de părți încă de la prima instanță, dar care nu a fost suficient de bine clarificat de aceasta¹⁰; pentru dezlegarea problemei de drept, Înalta Curte utilizează și sintagma „pretenții virtuale”, subliniind importanța identificării acestora în vederea respectării de către judecător a imperativului prevăzut de art. 22 alin. (6) C. pr. civ. („judecătorul trebuie să se pronunțe asupra tot ceea ce s-a cerut”) și de art. 397 alin. (1) C. pr. civ. („instanța este obligată să se pronunțe asupra tuturor cererilor deduse judecătii”)¹¹. Altfel spus, deși este ținut de limitele investiției, stabilite

¹⁰ „În același timp, acest principiu, *tantum devolutum quantum iudicatum*, cunoaște o nuanțare, inexistentă în reglementarea anterioară, dată de dispozițiile alin. (4), care permit părților să expliciteze pretențiile cuprinse implicit în cererile sau apărările adresate primei instanțe” (par. 40 din Decizia nr. 28/2015).

¹¹ „În privința posibilității recunoscute părții de a aduce astfel de lămuriri în calea de atac a apelului trebuie subliniat că ele vizează pretențiile virtuale, adică acelea a căror existență, chiar dacă nu și-au găsit o exprimare expresă în cererea dedusă judecătii în primă instanță, putea fi dedusă din modul de formulare a pretenției principale (a cărei rezolvare integrală presupunea și rezolvarea unei pretenții virtuale sau implicite)” (par. 43 din Decizia nr. 28/2015).

de părți prin cererile și apărările lor, judecătorul are obligația ca, în virtutea rolului activ, să identifice și eventualele pretenții implicite sau virtuale, chiar dacă acestea au fost exprimate în mod echivoc de către părți, deoarece, în caz contrar, se poate ajunge la pronunțarea unei hotărâri care, deși aparent soluționează în mod complet cauza, lasă nerezolvate chestiuni juridice cu privire la care părțile au înțeles să se judece, chiar dacă formularea lor în cuprinsul cererilor a fost imperfectă¹².

Pentru a fi calificată drept pretenție implicită, aceasta trebuie să aibă însă o legătură strânsă cu pretențiile sau apărările explicit formulate de părți în fața primei instanțe, în sensul în care soluționarea acestora nu ar putea fi făcută fără analizarea și a chestiunii litigioase pe care pretenția virtuală o implică sau în care pretenția implicită face corp comun cu pretenția explicită, fiind logic inseparabilă de acesta pentru rezolvare completă a cauzei¹³.

Având în vedere toate aceste argumente, instanța supremă conchide în sensul că dispozițiile art. 478 alin. (4) C. pr. civ. nu constituie o derogare de la regula *tantum devolutum quantum iudicatum* [consacrată de dispozițiile art. 478 alin. (1) și (3) C. pr. civ.], ci o atenuare sau o nuanțare a acestui principiu, în sensul în care, pe fondul unei carențe în modul de stabilire a limitelor judecătii la prima instanță (determinată, pe de o parte, de redactarea imprecisă a cererii de chemare în judecată, pe de altă parte, de lipsa de rol activ a judecătorului care nu a clarificat cadrul procesual stabilit de părți), s-a comis o greșeală de judecată, respectiv o soluționare incompletă a fondului, contravenindu-se astfel, regulii instituită de art. 22 alin. (6) și de art. 397 alin. (1) C. pr. civ.¹⁴.

¹² „Așa cum s-a subliniat în doctrină, textul art. 478 alin. (4) din Codul de procedură civilă se justifică prin două funcții: corectarea sau precizarea formulărilor incorecte, incompreensibile, ambigue ori insuficiente cu privire la pretenții; aducerea în atenția instanței a unor cereri secundare, care derivă virtualmente din cererea principală sau din apărările făcute în raport cu această cerere. Astfel se asigură, pe de o parte, rezolvarea integrală a litigiului și posibilitatea valorizării efective a drepturilor dobândite prin hotărâre, iar, pe de alta, plenitudinea devoluțiunii, fără a se ignora limitele acesteia.” (par. 44 din Decizia nr. 28/2015).

¹³ „(...) o asemenea explicitare nu poate fi raportată decât la pretențiile formulate în cererile sau apărările adresate primei instanțe, o explicitare a unor pretenții subsecvente judecătii în primă instanță fiind inadmisibilă [cu rezerva, bineînțeles, a cererilor vizând dobânzi, rate, venituri ajunse la termen și orice alte despăgubiri ivite după pronunțarea hotărârii, care fac obiect de reglementare pentru alin. (5) al art. 478 din Codul de procedură civilă]. Pentru a exista o cerere implicită sau virtualmente cuprinsă în ceea ce a fost dedus judecătii în primă instanță este necesar să existe o legătură strânsă, de așa manieră încât în absența acesteia pretenția principală să nu își poată găsi o dezlegare integrală ori o rezolvare corectă. De exemplu, atunci când soluția dată unei chestiuni litigioase presupune ca antecedent logic soluționarea unei alte chestiuni litigioase, aceasta din urmă trebuie considerată ca implicită în cererea principală.” (par. 45-47 din Decizia nr. 28/2015).

¹⁴ „Dispozițiile art. 478 alin. (4) din Codul de procedură civilă aduc o atenuare sau nuanțare a acestui principiu pentru ipoteza în care, de exemplu, în condițiile unei

Interpretarea dată de Înalta Curte de Casație și Justiție evidențiată, așadar, o componentă importantă a rolului activ al judecătorului: chiar dacă acesta este ținut de imperativul respectării cadrului procesual stabilit de părți, atât la prima instanță, cât și în apel, principiul aflării adevărului îi impune să identifice toate chestiunile litigioase deduse judecății, ca pretenții ori apărări, și să pună, eventual, în dezbateră contradictorie a părților, inclusiv clarificarea limitelor investiției. Doar în acest fel instanța va putea pronunța o hotărâre prin care să se analizeze și să se soluționeze „tot ceea ce s-a cerut” de părți¹⁵.

În lipsa manifestării acestui rol activ de către judecătorul primei instanțe, revine judecătorului de la instanța de apel să clarifice problematica limitelor cadrului procesual, prin raportare la caracterul implicit sau virtual al pretențiilor explicitate de părți în fața instanței de control judiciar. În acest scop, judecătorul trebuie să aplice un criteriu substanțial, observând și analizând legătură dintre pretenția explicită, dedusă judecății la prima instanță, și cea implicită sau virtuală, explicitată de părți în fața instanței de apel; în cazurile în care aceasta din urmă constituie premisa logică a soluționării celei dintâi, limitele efectului devolutiv al apelului sunt respectate, soluționarea pretenției implicite fiind chiar necesară pentru rezolvarea corectă și completă a cauzei; în lipsa unei astfel de legături, pretenția este una nouă, și, prin urmare, aplicând regula prevăzută de art. 478 alin. (1) și (4) C. pr. civ., instanța de apel nu o va putea soluționa.

Observăm, de asemenea, că raportul dintre pretenția implicită și cea explicită este unul de accesorialitate, care se poate manifesta în dublu sens: fie că pretenția implicită este accesoriul pretenției explicite, adică reprezintă urmarea firească, logică a acesteia, cu privire la care partea a înțeles să solicite instanței dezlegare¹⁶, fie, așa cum era cazul și în speța care a generat formularea întrebării

redactări defectuoase, imprecise a cererii ori a lipsei rolului activ al primei instanțe nu s-a observat că pretenției principale îi era atașată, implicit, și o altă pretenție, în absența rezolvării căreia cererea principală fie nu își are o rezolvare corectă, fie primește o rezolvare incompletă” (par. 53 din Decizia nr. 28/2015).

¹⁵ În doctrina mai veche s-a reținut importanța clarificării cadrului procesual, cu respectarea principiului contradictorialității: „(...) în acele cazuri în care instanța nu poate deduce cu exactitate limitele obiectului pricinii, neînțelegând sensul exact al susținerilor, ea este obligată tot în virtutea rolului activ să ceară explicații părților în acest sens” (C.E. Alexe, *op. cit.*, Vol. I, p. 605).

¹⁶ Pentru a putea vorbi despre o pretenție implicită, în acest caz, trebuie ca ea să fi fost formulată la prima instanță, rezultând din motivare. Cu alte cuvinte, trebuie ca, în contextul unei topografii defectuoase a cererii de chemare în judecată, reclamantul să-și fi exprimat totuși voința de a investi instanța cu capătul de cerere accesoriu, chiar dacă, din neștiință ori neglijență, nu a precizat cu claritate acest lucru. Formularea unei pretenții direct în fața instanței de apel, chiar dacă aceasta ar constitui accesoriul pretenției explicite de la prima instanță, ar contraveni principiului *tantum devolutum quantum iudicatum*, legiuitorul român neînsușindu-și în totalitate soluția legislativă din art. 566 al Codului de procedură civilă francez, care permite nu doar explicitarea, în fața instanței de apel, a pretențiilor implicit cuprinse în pretențiile ori apărările de la prima instanță, dar și

pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, că pretenția implicită reprezenta ea pretenția principală, fiind, în exprimarea instanței supreme, antecedentul logic al pretenției explicite.

Această ultimă situație poate ridica însă o interesantă problemă de competență, atunci când pretenția implicită (ignorată și, prin urmare, nesoluționată de prima instanță) ar atrage competența unei alte instanțe, iar necompetența ar fi una de ordine publică.

3. Ce se întâmplă dacă pretenția implicită „descoperită” de instanța de apel este de competența alte instanțe decât cea care a soluționat cauza în primă instanță?

Așa cum arătam și mai sus, identificarea unei pretenții implicite pe care primul judecător al fondului a trecut-o cu vederea și pe care a lăsat-o nesoluționată, le poate rezerva celor doi (sau trei?) judecători de la instanța de apel o surpriză neașteptată: aceea că pretenția implicită constituie, în logica soluționării cererii de chemare în judecată, capătul principal de cerere (soluționarea pretenției explicite depinde de soluția care ar fi trebuit să fi fost dată pretenției implicite) și că aceasta ar fi de competența unei alte instanțe. Surpriza ar fi cu atât mai mare cu dacă necompetența ar fi de ordine publică. Așa au stat lucrurile și în cauza aflată pe rolul Tribunalului Vâlcea în care a fost făcută sesizarea pentru dezlegarea chestiunii de drept, soluționată de Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. 28/2015: instanța de apel a identificat o pretenție care, deși era implicit formulată la prima instanță, nu a fost soluționată de aceasta și care, fiind o contestație la titlu formulată cu privire la o hotărâre dată într-un litigiu de muncă, nu ar fi fost de competența instanței de executare, ci a instanței care a pronunțat-o. Se ridică, așadar, o problemă de competență materială, instanța de executare fiind, întotdeauna, judecătoria [art. 651 alin. (1) C. pr. civ.], în timp ce litigiile de muncă sunt de competența tribunalului în primă instanță, o problemă de compunere a completului de judecată, precum și una referitoare la calea de atac ce va putea fi exercitată împotriva hotărârii și a instanței competente să soluționeze respectiva cale de atac. În acest context, Tribunalul Vâlcea a sesizat Înalta Curte de Casație și Justiție cu o a doua întrebare, referitoare la admisibilitatea invocării de către instanța de apel a excepției necompetenței materiale, în contextul identificării unei pretenții implicite, cu caracter principal față de pretenția explicită soluționată de prima instanță, care ar fi de competența unei alte instanțe decât aceasta.

O primă observație este aceea că, cel mai probabil dintr-o eroare de redactare a încheierii prin care au fost formulate întrebările de către instanța de trimitere, cea de-a doua întrebare este incompletă și, pe cale de consecință, greu de înțeles. Atât în încheierea de trimitere, cât și în Decizia nr. 28/2015 întrebarea este formulată în felul următor: „În situația în care în apel, fie din interpretarea

adăugarea la acestea a tuturor cererilor care sunt accesoriul, consecința sau sunt complementare lor (a se vedea par. 41-42 din Decizia nr. 28/2015).

art. 478 alin. (4) din Codul de procedură civilă, fie în limitele efectului devolutiv, prevăzut de art. 477 din Codul de procedură civilă, se poate invoca excepția necompetenței materiale, urmând ca astfel să fie interpretate prevederile art. 130 alin. (2) și art. 131 din Codul de procedură civilă, prin prisma celor anterioare.” Or, pentru a fi coerentă, fraza ar fi trebuit să mai cuprindă o propoziție, respectiv: În situația în care în apel, fie din interpretarea art. 478 alin. (4) din Codul de procedură civilă, fie în limitele efectului devolutiv, prevăzut de art. 477 din Codul de procedură civilă, instanța analizează o pretenție care nu a fost soluționată de prima instanță și care ar fi de competența unei instanțe de alt grad decât cea care a soluționat cauza în primă instanță, se poate invoca excepția necompetenței materiale, urmând ca astfel să fie interpretate prevederile art. 130 alin. (2) și art. 131 din Codul de procedură civilă, prin prisma celor anterioare. Cu alte cuvinte, întrebarea ridică problema efectului pe care interpretarea art. 478 alin. (4) C. pr. civ. îl are asupra stabilirii competenței, în ipoteza în care ignorarea de către primul judecător al fondului a pretenției implicite a condus, inevitabil, și la neluarea în considerare a acesteia atunci când a fost verificată competența.

Întrebarea scoate în evidență, sub acest aspect, importanța clarificării de către instanță a cadrului procesual, deoarece o eventuală nesocotire a unei pretenții pe care partea a avut intenția să o formuleze, dar, din neștiință ori din neglijență, a formulat-o echivoc, neexplicit, poate produce consecințe și cu privire la verificarea competenței. Problema apare în contextul în care, în lipsa unei solicitări exprese din partea părților, instanța de apel nu poate aplica decât teza I a art. 480 alin. (3) C. pr. civ., respectiv a anulării sentinței și reținerii cauzei pentru evocarea fondului. Poate instanța de apel, în acest context, să invoce din oficiu necompetența, în condițiile în care prima instanță nu și-a verificat competența și prin raportare la pretenția implicită, „descoperită” abia în apel?

A doua observație, care vine în continuarea celei dintâi, este că Înalta Curte de Casație și Justiție nu a observat că formularea întrebării este incompletă și, prin urmare, a considerat-o inadmisibilă, reținând, în esență, că problema de drept nu este nouă și că rezolvarea acesteia nu are aptitudinea de a influența soluționarea fondului cauzei.

Cu privire la cerința noutății problemei de drept care face obiectul sesizării, prevăzută de art. 519 C. pr. civ., instanța supremă a reținut că aceasta nu este îndeplinită, chestiunea fiind tranșată încă sub imperiul Codului de procedură civilă anterior¹⁷. În acest sens, se face referire și la o decizie a instanței supreme, dată în recurs, în contextul legislativ al reglementării anterioare¹⁸.

¹⁷ Astfel, potrivit dispozițiilor art. 159¹ alin. (2) și 4 din Codul de procedură civilă din 1865, introdus prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, necompetența materială și teritorială de ordine publică putea fi invocată de judecător sau de părți la prima zi de înfățișare în fața primei instanțe, dar nu mai târziu de începerea dezbaterilor asupra fondului, iar judecătorul era obligat, la prima zi de înfățișare, să își verifice competența, consemnând în încheierea de ședință temeiurile reținute. Chiar dacă nu se poate pune semnul echivalenței între primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate și prima zi de înfățișare, potrivit reglementărilor succesive care

Or, problema de drept nu are cum să fi fost rezolvată sub imperiul Codului de procedură civilă anterior, atât timp cât acesta nu cuprindea dispoziții care să instituie o regulă asemănătoare celei prevăzute în codul actul de art. 478 alin. (4). Întrebarea nu era dacă poate fi invocată necompetența materială direct în apel, ci dacă necompetența materială poate fi invocată de instanța de apel, în contextul identificării de către aceasta a unei pretenții implicite pe care prima instanță nu a soluționat-o și care ar fi de competența unei instanțe de alt grad decât aceasta. Or, așa cum am arătat și mai sus, o astfel de problemă nu avea cum să fie clarificată sub imperiul Codului de procedură civilă 1865, în absența din reglementarea acestuia a dispozițiilor care să permită părților să expliciteze în apel pretenții care au fost implicit cuprinse în pretențiile sau apărările formulate la prima instanță.

Considerăm însă că este corectă aprecierea instanței supreme cu privire la al doilea motiv care a determinat respingerea ca inadmisibilă a celei de-a doua întrebări formulată la Tribunalul Vâlcea, respectiv constatarea că problema de drept care face obiectul acesteia nu ar avea aptitudinea de a influența soluționarea pe fond a cauzei. Cu privire la acesta, s-a reținut că fiind vorba

guvernează regimul procesual al excepției de ordine publică, această distincție nu prezintă importanță pentru evaluarea caracterului de noutate al chestiunii de drept în discuție, de vreme ce se pot desprinde două reguli comune relevante în cauză, care transcend în succesiunea codurilor: că necompetența de ordine publică se poate invoca numai până la un anumit moment procesual și că excepția necompetenței se poate invoca numai în fața primei instanțe. În acest sens, fără a absolutiza criteriul vechimii chestiunii de drept a cărei lămurire se solicită pe calea sesizării în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile, dar și fără a-l raporta în mod exclusiv la data adoptării actului normativ supus dezbaterii, se constată că ceea ce este important sub acest aspect sunt existența și dezvoltarea unei jurisprudențe continue în această materie în aplicarea art. 159¹ din Codul de procedură civilă din 1865, reglementare comparabilă cu cea a art. 130 alin. (2) și art. 131 din Codul de procedură civilă. Este adevărat că noutatea unei chestiuni de drept poate fi generată nu numai de o reglementare nou-intrată în vigoare, ci și de una veche - dar, în acest din urmă caz, doar dacă o instanță este chemată să se pronunțe asupra respectivei probleme de drept pentru prima dată, ceea ce nu este cazul. Prin urmare, caracterul de noutate se pierde, pe măsură ce chestiunea de drept a primit o dezlegare din partea instanțelor, în urma unei interpretări adecvate, iar eventualele opinii jurisprudențiale izolate sau pur subiective nu ar putea constitui temei declanșator al mecanismului pronunțării unei hotărâri prealabile.” (par. 65-68 din Decizia nr. 28/2015).

¹⁸ „Distinct însă de acest aspect se constată și că Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat asupra acestei chestiuni, prin Decizia nr. 113 din 21 ianuarie 2013, pronunțată de Secția I civilă (publicată în extras pe site-ul: <http://www.juridice.ro/313875/iccj-necompetenta-de-ordine-publica-nu-mai-poate-fi-invocata-in-orice-faza-a-procesului.html>), decizie prin care s-a stabilit că necompetența materială, deși este de ordine publică, nu mai poate fi invocată în orice fază a procesului, ci numai în fața primei instanțe, *in limine litis*, iar „art. 159¹ alin. (2) din Codul de procedură civilă, introdus prin art. I pct. 23 din Legea nr. 202/2010, prevede că necompetența materială și teritorială de ordine publică poate fi invocată de părți ori de către judecător la prima zi de înfățișare în fața primei instanțe, dar nu mai târziu de începerea dezbaterilor asupra fondului. În consecință, necompetența de ordine publică nu mai poate fi invocată direct în apel sau recurs” (par. 69 din Decizia nr. 28/2015).

despre o excepție procesuală care privește competența, aceasta nu poate influența soluționarea fondului și, având în vedere că întrebarea preliminară a fost adresată în etapa evocării fondului de către instanța de apel, după anularea sentinței în temeiul art. 480 alin. (3) C. pr. civ., răspunsul la întrebare nu ar mai putea influența soluția, considerându-se că în această etapă nu ar mai putea fi analizată competența primei instanțe¹⁹.

Problematica invocării necompetenței primei instanțe de către instanța de apel, în cazul în care aceasta din urmă identifică o pretenție implicită care nu a fost luată în considerare de prima instanță la stabilirea competenței și care ar fi atras competența unei instanțe de alt grad capătă însă o nouă dimensiune în contextul modificării art. 130 alin. (2) și art. 131 C. pr. civ. prin Legea nr. 310/2018. Conform acestei modificări, momentul până la care poate fi invocată necompetența materială, respectiv la care ar trebui ca instanța să își verifice competența nu mai este determinat numai prin raportare la cerința legalei citări a tuturor părților, ci și la cerința ca acestea să poată pune concluzii²⁰. În acest context, se poate ridica problema dacă, în condițiile în care cadrul procesual nu a fost clarificat la prima instanță, nefiind observată o pretenție implicită, se poate considera că a fost depășit momentul până la care putea fi invocată necompetența, respectiv dacă cerința ca părțile să poată pune concluzii a fost îndeplinită.

¹⁹ Chestiunea de drept care face obiectul sesizării se circumscrie unei excepții de procedură, titularul sesizării punând în discuție posibilitatea de a invoca în apel, în rejudecarea cauzei în limitele efectului devolutiv din apel și evocând fondul, potrivit art. 480 alin. (3) teza I din Codul de procedură civilă, excepția de necompetență materială a instanței. Această chestiune nu are însă aptitudinea de a influența soluționarea pe fond a cauzei, în sensul acestei concluzii pronunțându-se deja Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, conform Deciziei nr. 1 din 18 noiembrie 2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 43 din 20 ianuarie 2014, prin care s-a statuat că excepția necompetenței nu influențează soluționarea fondului unei cauze, ci doar a unui incident procesual și că, impunându-se cu prioritate, analiza raportului de dependență dintre chestiunea de drept ce face obiectul sesizării și soluționarea pe fond a cauzei, acesta este inexistent în situația în care chestiunea de drept vizează o problemă de competență. Complementar celor reținute în decizia menționată se constată că raportat la litigiul în care sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție a fost promovată, titularul sesizării se află în faza de evocare a fondului în apel, după ce, în conformitate cu dispozițiile art. 480 alin. (3) din Codul de procedură civilă, a fost admis apelul, anulată sentința primei instanțe și fixat termen pentru rejudecarea fondului. În acest stadiu, sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție nu ar avea oricum aptitudinea, chiar independent de argumentele anterioare, de a influența raportul de dependență între lămurirea chestiunii de drept care face obiectul sesizării și soluționarea pe fond a cauzei.” (par. 78-80 din Decizia nr. 28/2015).

²⁰ A se vedea N.-H. Țiț, R. Stanciu, *Legea nr. 310/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă – comentarii, explicații, jurisprudență relevantă*, Editura Hamangiu, București, 2019, pp. 36-37.

Pentru clarificarea acestei chestiuni, apreciem că este necesar a se recurge la reevaluarea interpretărilor date sub imperiul Codului de procedură civilă anterior cu privire la consumarea primei zile de înfățișare. Astfel, momentul procesual reglementat de art. 134 C. pr. civ. 1865 presupunea îndeplinirea cumulativă a cerințelor legalei citări a părților și a posibilității ca acestea să pună concluzii²¹, adică exact aceleași condiții care, în actuala reglementare, configurează momentul până la care poate fi invocată, atât de părți, cât și de instanță, necompetența materială [potrivit art. 130 alin. (2) C. pr. civ.], respectiv la care trebuie făcută din oficiu verificarea competenței (potrivit art. 131 C. pr. civ.). În legătură cu cea ce-a doua condiție, anume aceea ca părțile să poată pune concluzii, apreciem că acesta trebuie considerată îndeplinită numai dacă cadrul procesual este clarificat, respectiv dacă sunt stabilite fără echivoc care sunt limitele investiției instanței. Scopul etapei scrise a procesului este, între altele, cel al stabilirii limitelor judecătii, prin cererile și apărările părților; de principiu, cel puțin în ceea ce privește pretențiile, acestea nu ar mai putea fi modificate sau completate pe parcursul judecătii, cu excepția situațiilor care ar intra sub incidența art. 204 C. pr. civ. Prin urmare, pentru a trece la verificarea competenței, instanța ar trebui să efectueze, din oficiu, un examen preliminar al pretențiilor și apărărilor deduse judecătii, să procedeze la o „inventariere” a acestora, pentru a fi clar din chiar debutul etapei cercetării procesului care sunt limitele investiției. În cazul în care există un anumit grad de incertitudine cu privire la pretențiile deduse judecătii, ca urmare a formulării echivoce a cererii de chemare în judecată, instanța trebuie să solicite reclamantului lămuriri, fie în procedura de verificare și regularizare a cererii de chemare în judecată [ținând cont de faptul că o eventuală pretenție implicită poate să aibă relevanță și cu privire la stabilirea taxei judiciare de timbru, potrivit art. 34 alin. (1) din O.U.G. nr. 80/2013], fie în temeiul art. 131 alin. (2) C. pr. civ., care permite judecătorului să dispună, în mod excepțional amânarea judecătii în vederea verificării competenței dacă pentru aceasta ar fi necesare lămuriri ori probe suplimentare. În mod evident, o astfel de amânare va devansa și momentul verificării competenței și, implicit, momentul până la care ar putea fi invocată necompetența materială.

Neglijența judecătorului de la prima instanță cu privire la clarificarea cadrului procesual poate avea, așadar, consecințe importante asupra consumării sau nu în fața acesteia a momentul procesual prevăzut de art. 130 alin. (2) și art. 131 C. pr. civ. Evaluarea greșită a primei instanțe a limitelor investiției face ca cerința ca părțile să poată pune concluzii să nu fi fost îndeplinită, iar dreptul de a invoca excepția necompetenței materiale să nu se fi epuizat. Rezultă că, în cazul în care cadrul procesual este corect stabilit abia la instanța de apel, necompetența materială se va putea invoca direct în fața acesteia. Observăm, sub acest aspect, că premisa soluției prevăzută de art. 480 alin. (4) C. pr. civ., este aceea a invocării

²¹ A se vedea V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Vol. II, Editura Național, București, 1997, pp. 109-111; G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Editura ALL, București, 1994, pp. 205-207.

necompetenței în condițiile legii; or, dacă momentul până la care putea fi invocată necompetența la prima instanță nu s-a consumat niciodată (deoarece cadrul procesual nu a fost corect stabilit), înseamnă că necompetența se poate invoca direct în fața instanței de apel. În aceste condiții, aceasta va da prioritate soluției de admitere a apelului și de trimitere a cauzei la instanța competentă să soluționeze pretenția implicită, în temeiul art. 480 alin. (4) C. pr. civ., în fața soluției anulării sentinței pentru necercetarea pe fond a respectivei pretenții, potrivit art. 480 alin. (3) C. pr. civ.

4. Concluzii

Modificarea art. 130 alin. (2) și art. 131 C. pr. civ. prin Legea nr. 310/2018, în sensul adăugării condiției referitoare la posibilitatea părților de a pune concluzii la cea a legalei lor citări, în vederea determinării momentului până la care, în fața primei instanțe, se poate invoca necompetența materială, respectiv a momentului la care prima instanță este obligată ca, din oficiu, să își verifice competența, ridică problema reconsiderării posibilității invocării necompetenței materiale direct în fața instanței de apel, în cazul în care prima instanță nu a observat că prin cerere a fost sesizată și cu o pretenție implicită, care ar fi de competența unei instanțe de alt grad. „Descoperirea” acestei pretenții de către instanța de apel o îndreptățește pe aceasta să invoce, din oficiu, necompetența și admițând apelul, să trimită cauză la instanța competentă, potrivit art. 480 alin. (4) C. pr. civ., ori să o rețină pentru soluționarea pe fond, în cazul în care chiar ea ar fi competentă, potrivit art. 480 alin. (5) C. pr. civ. Într-o astfel de situație, în care pretenția implicită ar fi competența unei instanțe de alt grad decât cea care a soluționat cauza în primă instanță, nu poate fi aplicat art. 480 alin. (3) C. pr. civ., deoarece motivul de ordine publică referitor la necompetență primează față de cel referitor la necercetarea fondului. Prin urmare, în măsura în care pretenția implicită nu ar intra, prin prorogare de competență, în jurisdicția aceleiași instanțe, fiind ea însăși pretenția principală în raport cu cea soluționată la prima instanță (în ipoteza în care pretenția implicită reprezintă antecedentul logic al pretenției explicite pe care prima instanță a soluționat-o), admiterea apelului în temeiul art. 480 alin. (3) C. pr. civ. și reținerea cauzei pentru evocarea fondului de către instanța de apel (în lipsa unei solicitări exprese a părților, prin cererea de apel ori prin întâmpinarea, de trimitere a cauzei spre rejudecare primei instanțe ori unei alte instanțe de grad egal din aceeași circumscripție) ar aduce atingere caracterului de ordine publică al normelor de competență materială, în condițiile în care momentul procesual reglementat de art. 130 alin. (2) și art. 131 C. pr. civ. nu s-a consumat. Stabilirea corectă și completă a cadrului procesual de către instanța de apel trebuie să producă efecte nu doar cu privire la soluție, ci și la stabilirea competenței; identificarea unei pretenții implicite pe care prima instanță a neglijat-o, atât atunci când și-a verificat competența, cât și atunci când a soluționat fondul, îndrituiește instanța de apel să invoce din oficiu necompetența, cu consecința admiterii apelului și aplicării uneia dintre soluțiile prevăzute de alin. (4) sau (5) ale art. 480 C. pr. civ. În măsura în care instanța care este competentă să

soluționeze pretenția implicită nu își poate proroga competența și asupra pretenției explicite, adică în măsura în care „descoperirea” pretenției implicite de către instanța de apel nu ar produce schimbări de apreciere și cu privire la instanța competentă să soluționeze pretenția pe care prima instanță a analizat-o pe fond, singura soluție posibilă este aceea a disjungerii; pretenția implicită va fi trimisă, ca efect al admiterii apelului, instanței competente, iar soluționarea apelului împotriva soluției explicite va fi suspendată până la soluționarea celei implicite, în cazul în care aceasta din urmă constituie, așa cum am arătat, antecedentul logic al celeilalte.

Particularități privind suportarea riscurilor
în contractul de arendare în Noul Cod civil.
Abordare comparativă cu reglementarea anterioară

Particularities regarding the matter of contractual risk
in the agricultural lease contract in the New Civil Code.
Comparative approach with the previous regulation

Mirela Carmen Dobrilă¹

Rezumat: Articolul prezintă aspecte teoretice privind suportarea riscurilor în contractul de arendare în Noul Cod civil, prin prezentarea comparativă cu reglementarea anterioară din Legea arendării nr. 16/1994, abrogată în prezent. Articolul urmărește o analiză detaliată a problemei privind suportarea riscurilor în contractul de arendare, contract care este o varietate a contractului de locațiune, cu prezentarea aspectelor privind riscul contractului de arendare, riscul pieririi fortuite a bunului arendat, pierirea recoltei în cazul în care arenda este stabilită în bani sau dacă se plătește în fructe.

Cuvinte-cheie: contractul de arendare, Noul Cod civil român / Legea nr. 287/2009, Legea arendării nr. 16/1994, suportarea riscurilor, pierirea recoltei în cazul în care arenda este stabilită în bani, riscul pieririi fructelor în cazul în care arenda se plătește în fructe.

Abstract: The article presents theoretical aspects regarding the matter of contractual risk in the agricultural lease contract in the New Civil Code, through a comparative presentation with the previous regulation of the Law on agricultural lease no. 16/1994, currently repealed. The article is aimed at a very detailed approach of the question of contractual risk in agricultural lease contract, analysed as a variety of the lease contract, with the presentation of the aspects regarding the contractual risks of the agricultural lease agreement, the consequences of the risk of the fortuitous loss of the agricultural leased asset, the consequences of the risk of loss of the agricultural production when the lease is settled in money or the risk of fruit loss if the lease is paid in fruit.

Key-words: agricultural lease, New Romanian Civil Code / Law no. 287/2009; Law on agricultural lease no. 16/1994; the matter of contractual risk.

1. Considerații introductive

Contractul de arendare este o varietate a contractului de locațiune (art. 1.778 Noul Cod civil - NCC²), prin care una dintre părți, numită arendator,

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: mirela.dobрила@uaic.ro.

² Republicat în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011. NCC- Legea nr. 287/2009 a fost publicată în Monitorul Oficial al

transmite celeilalte părți, numite arendaș, dreptul de a folosi și de a exploata anumite bunuri agricole, pe o durată determinată și în schimbul unui preț numit arendă. Contractul de arendare este un contract solemn întrucât se încheie în formă scrisă, sub sancțiunea nulității absolute (art. 1.838 NCC), acest contract nefiind translativ de proprietate.

Contractul de arendare are caracter comutativ, deoarece părțile cunosc de la început întinderea prestațiilor la care sunt obligate prin contract și pot aprecia valoarea acestora, iar existența și întinderea drepturilor și a obligațiilor nu depind de hazard. Totuși specificul contractului determină existența unor riscuri specifice executării contractului, determinate de variațiile privind recoltele obținute, mai mari sau mai mici față de așteptările părților, putându-se ajunge până la pierderea întregii recolte, însă acestea nu pot avea ca efect modificarea obligațiilor părților comparativ cu ceea ce cunoșteau părțile la momentul încheierii contractului. Trebuie subliniat faptul că arendarea are caracter *intuitu personae* în reglementarea din Noul Cod civil, prin specificul contractului, prin faptul că arendatorul încheie contractul având în vedere anumite calități ale arendașului sau o anumită pregătire practică sau de specialitate (la care se adaugă argumentul determinat de interzicerea subarendării și a oficiilor de arendași din art. 1.847 NCC și permisiunea a face cesiunea arendării doar în condiții excepționale și față de anumite persoane, conform art. 1.846 NCC), deși spre deosebire de Legea arendării nr. 16/1994 (art. 3 alin. (2) ind. 1), în Noul Cod civil nu se mai impune respectarea anumitor calități ale arendașului, așa cum era anterior expres indicat în lege (pregătire de specialitate agricolă, practică agricolă sau un atestat de cunoștințe agricole).

În reglementarea anterioară, pe baza Legii nr. 16/1994, se avea în vedere dispoziția din art. 21 potrivit căruia de comun acord, părțile contractante pot stabili cazurile și limitele suportării daunelor produse de calamități naturale, și părțile de comun acord, puteau să prevadă suportarea pierderilor totale sau parțiale ale bunurilor arendate ca urmare a unor cazuri fortuite sau de forță majoră, fiind analizate ca problematică privind suportarea riscurilor în contractul de arendare aspecte privind obligația de a asigura bunurile agricole, riscul contractului cu privire la riscul lucrului - pieirea bunurilor arendate și riscul contractului de arendare - pierderea recoltei, a produselor agricole din cazul calamităților naturale sau, în alte situații, pe o poziție diferită, riscul contractului cu privire la riscul pieirii fortuite a bunurilor arendate și la riscul pieirii fortuite a recoltei.

În Noul Cod civil este consacrată expres în art. 1.840 NCC obligația de a asigura bunurile agricole pentru riscul pierderii recoltei ori al pieirii animalelor din cauza unor calamități naturale, în art. 1841, 1842 NCC există dispoziții privind reducerea arende stabilite în bani în cazul pieirii recoltei, iar în art. 1843 NCC

României, Partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009, a fost modificată prin Legea nr. 71/2011 și rectificată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 427 din 17 iunie 2011 și în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 489 din 8 iulie 2011.

există dispoziții privind riscul pieririi fructelor în cazul în care arenda se plătește în fructe, fiind necesar să discutăm în aceste condiții despre riscul pieririi fortuite a bunului arendat, precum și despre situația în care are loc pierirea recoltei în ipoteza în care arenda este stabilită în bani sau se plătește în fructe.

2. Suportarea riscurilor în contractul de arendare în reglementarea anterioară NCC

Legea arendării nr. 16 din 5 aprilie 1994³ prevedea în articolul 5 alineatul 2 obligația de a asigura bunurile agricole, adică faptul că părțile vor include în contractul de arendare clauze de asigurare a bunurilor agricole, care sunt în sarcina arendașului.

Astfel, conform acestor dispoziții, arendașul are obligația de a asigura bunurile agricole primite în folosință spre exploatare., adică cu referire la recuperarea daunelor pe care părțile le-ar putea suferi ca urmare a producerii unor calamități naturale.

Referitor la suportarea riscurilor în contractul de arendare, conform art. 21 din Legea arendării nr. 16 din 5 aprilie 1994: „În contractul de arendare, de comun acord, părțile contractante pot stabili cazurile și limitele suportării daunelor produse de calamități naturale. De asemenea, de comun acord pot să prevadă suportarea pierderilor totale sau parțiale ale bunurilor arendate ca urmare a unor cazuri fortuite sau de forță majoră.” Astfel, conform acestor dispoziții, părțile stabilesc liber în contractul de arendare clauzele privind suportarea riscurilor.

Se aprecia că aceste dispoziții din legea arendării nu rezolvă problema cu privire la suportarea riscurilor în contractul de arendare, ci prevăd doar posibilitatea părților de a se înțelege cu privire la acest aspect, posibilitatea care exista și în lipsa textului din lege, de fapt pentru rezolvarea problemei fiind necesar să se precizeze prin norme supletive cine suportă riscurile dacă în contract nu există clauze în legătură cu acest aspect⁴.

Referitor la formularea din lege „daune produse de *calamități naturale*”, „pierderi... ca urmare a unor cazuri fortuite sau de forță majoră”, trebuie observat că formulările sunt improprii.

În acest sens, în doctrină s-a arătat că nu există două noțiuni distincte din punct de vedere juridic, calamități naturale și cazuri fortuite sau de forță majoră, deoarece calamitățile naturale reprezintă și ele cazuri fortuite sau de forță majoră și se impune problema suportării riscurilor, în ambele cazuri; iar problema suportării riscurilor vizează, în ambele cazuri, suportarea pagubelor/daunelor care

³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 91 din 7 aprilie 1994 (abrogată de art. 230 din Legea nr. 71/03.06.2011 la data de 13 iunie 2011), abrogată după intrarea în vigoare a Noului Cod civil, de art. 230 din Legea nr. 71 din 03.06.2011, la data de 1 octombrie 2011.

⁴ Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Editura Universul Juridic, București, 2001, p. 281; Codrin Macovei, *Contracte civile*, Editura Hamangiu, București, 2006, p. 199; Oana Ghiță în Ion Dogaru, Edmond Gabriel Olteanu, Lucian Bernd Săuleanu, *Bazele dreptului civil. Volumul IV. Contracte speciale*, Editura CH Beck, București, p. 588.

rezultă din pieirea totală sau parțială a unor bunuri datorată cazului fortuit sau forței majore, adică fără culpa uneia dintre părți care să-i angajeze răspunderea⁵.

S-a justificat terminologia imprecisă prin faptul că art. 21 din Legea nr. 16/1994 are în vedere riscul lucrului - pieirea bunurilor arendate și riscul contractului de arendare - pierderea recoltei, a produselor agricole din cazul calamităților naturale, în ambele cazuri în mod fortuit⁶.

Referitor la riscul lucrului, adică paguba suportată din pieirea fortuită a bunurilor arendate, s-a arătat că se suportă de către proprietarul-arendator (*res perit domino*), eventual dacă a fost încheiat de alt titular în calitate de arendator, riscul va fi suportat și de către acesta, proporțional cu dreptul pe care îl are asupra lucrului, însă bunurile se află de regulă în deținerea arendașului, care trebuie să ia măsurile necesare pentru păstrarea bunului în bune condiții, ceea ce înseamnă că arendașul va trebui să facă dovada că bunul a pierit fără vina culpa sa, adică dintr-o cauză străină; în acest caz, arendașul nu suportă riscul lucrului, cu excepția cazului în care lucrul a pierit după ce a fost pus în întârziere cu privire la restituirea lucrului la încetarea contractului și nu reușește să dovedească că bunul ar fi pierit și la arendator⁷.

Specificul contractului de arendare, dat de faptul că o parte exploatează bunul agricol al unei alte persoane, în schimbul unui preț, pentru a realiza profit din vinderea produselor agricole/a recoltei obținute, a determinat unele probleme în determinarea persoanei care va suporta riscul în contractul de arendare, iar atenția trebuie concentrată pe cele două obiecte derivate: bunul agricol ce aparține arendatorului, și recolta, ce aparține în principiu arendașului și prin realizarea căreia urmărește să rămână cu profit după ce achită arenda⁸.

Atunci când se analizează consecințele imposibilității executării obligațiilor asumate de părți datorită intervenției forței majore sau a cazului fortuit, problema riscului se pune cu privire la pieirea bunului arendat – imposibilitatea exploatării bunului și a obținerii recoltei, sau cu privire la pieirea recoltei – care atrage imposibilitatea realizării de profit de către arendaș⁹.

Astfel, riscul în contractul de arendare privește pe de o parte bunul agricol al arendatorului, cu referire la obligația de a transmite folosința bunului agricol, și recolta, care aparține în principiu arendașului, corelată cu profitul rămas după ce achită arenda, cu referire la obligația de a plăti arenda.

De observat că este preferată formula de *risc al pieirii fortuite a bunului și de risc al pieirii fortuite a recoltei*, motivat de faptul că noțiunea de risc al contractului se referă la determinarea părții contractante ce suportă consecințele care decurg din imposibilitatea fortuită de executare a obligației de către una din părți (principalele obligații în contractul de arendare constau în *transmiterea folosinței asupra unor bunuri agricole, respectiv plata arende*), iar arendarea nu

⁵ F. Deak, *op. cit.*, p. 282; O. Ghiță, *op. cit.*, p. 588.

⁶ *Idem*, p. 282.

⁷ *Idem*, p. 282.

⁸ C. Macovei, *op. cit.*, p. 199.

⁹ *Ibidem*.

este un contract translativ de proprietate și referitor la riscul contractului nu interesează în sine în rizico-pericolul cui rămâne bunul agricol¹⁰.

Pentru contractul de arendare nu prezintă interes riscul pieirii bunului *per se*, ci dacă arendatorul mai poate solicita plata arendeii sau nu; arendatorul poate fi un simplu deținător al bunului agricol, riscul se suportă doar proporțional cu dreptul asupra lucrului, iar pentru arendaș este indicată obligația de a asigura bunurile agricole și atunci ar fi lipsite de sens negocierile părților pe tema pieirii fortuite, și în lege fiind indicate atenuări pentru arendaș (suportarea riscurilor și de către arendator, posibilitatea reducerii chiriei) cu privire la suportarea riscurilor imposibilității executării obligației sale de plată a arendeii¹¹.

Conform art. 1460 din Codul civil din 1864, „arendașul poate, prin o clauză expresă, să ia asupra-și cazurile fortuite”, ceea ce înseamnă că *arendașul poate să-și asume suportarea totală a cazurilor fortuite*; textul este de strictă interpretare și indică suportarea de arendaș a riscurilor ordinare (grindina, bruma, înghețul), iar pe cele extraordinare (inundație de amploare, cutremur, război) doar dacă le-a prevăzut expres – art. 1461 Cod civil din 1864¹².

În acest sens, s-a arătat că arendașul poate să-și asume riscul cazurilor fortuite, adică să-și asume răspunderea și în împrejurările în care ar opera forța majoră sau cazul fortuit; în această situație, arendașul va trebui să răspundă față de arendator pentru daunele suferite, iar astfel de clauze trebuie stipulate expres, clar și sunt de strictă interpretare¹³.

Astfel, riscul contractului se referă la stabilirea părții contractante care suportă consecințele care decurg din imposibilitatea fortuită de executare a obligației de către una dintre părți, iar pentru că arendarea nu este translativă de proprietate nu prezintă interes riscul pieirii bunului în sine, ci dacă arendatorul mai poate cere plata arendeii. Este analizată pe de o parte problema privind riscul pierii fortuite a bunului arendat și riscul pieirii fortuite a recoltei.

*

Riscul pieirii fortuite a bunului arendat urmează a fi suportat de arendator (și de uzufructuar sau alt titular de drepturi reale) prin aplicarea regulii *res perit*

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ C. Macovei, *op. cit.*, p. 199-200.

¹² F. Deak, *op. cit.*, p. 284; L. Lefterache, C. M. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 101; O. Ghiță, *op. cit.*, p. 590.

¹³ O. Ghiță, *op. cit.*, p. 590. Pentru interpretarea clauzei exprese din contractul de arendare prin care arendașul ia asupra sa cazurile de forță majoră, se arată că aceasta nu se referă decât la pierderea recoltei, nu la toate cazurile obișnuite și neobișnuite; se arată căse interprează în favoarea celui care se obligă, că a luat asupra sa numai cazurile fortuite cu privire la distrugerea recoltei care au caracter temporar, nu și cele care au caracter permanent, că se au în vedere doar pierderile relative la distrugerea recoltei și nu cele privind a lucrul arendat. A se vedea în acest sens L. Lefterache, C. M. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 102.

debitori deoarece arendatorul este debitorul obligației de a asigura folosința bunului închiriat și nu mai poate cere arendașului plata arende¹⁴.

Conform art. 1423 din Codul civil din 1864 „Dacă în timpul locațiunii, lucrul închiriat ori arendat se strică în totalitate prin caz fortuit, contractul este de drept desfăcut. Dacă însă se distruge în parte, locatarul poate, după împrejurări, să ceară o scădere din preț, ori desființarea contractului. În amândouă cazurile nu-i se dă nici o dezdăunare”.

Astfel, dacă *bunul arendat se strică în totalitate prin caz fortuit*, contractul este de drept desfăcut; în lipsa bunului agricol, contractul nu poate fi executat, arendatorul nu poate asigura folosința și arendatorul nu poate cere plata arende, iar arendașul nu poate cere predarea unui alt bun.

În caz de *pieire parțială a bunului arendat, arendașul* are dreptul să ceară o *reducere proporțională de preț* sau *desființarea contractului*, atunci este atât de importantă încât contractul nu mai poate fi executat, adică atunci când bunul este impropriu pentru a asigura folosirea sa conform scopului avut în vedere la momentul contractării. Conform textului, părțile nu pot solicita *despăgubiri* dacă pieirea se produce fără culpă din partea uneia dintre ele.

Dacă nu există culpa sa, arendatorul nu poate fi obligat la despăgubiri, indiferent de momentul pieirii totale sau parțiale a bunului înainte de executarea obligației de predare sau în timpul executării¹⁵.

Deși dispozițiile art. 1423 din Codul civil din 1864 indică faptul că în caz de desființare, arendatorul nu are dreptul la nicio despăgubire, totuși atunci când acesta a suferit pagube din cauze independente de distrugerea lucrului, el are dreptul să pretindă daune pentru prejudiciile suferite care nu se încadrează în acest articol și care rămân supuse dreptului comun¹⁶.

Arendatorul va trebui să achite cheltuielile făcute de arendaș, dacă păstrează în urma desființării contractului, o parte din bunul agricol care a rămas în urma distrugerii și îi va culege recolta (art. 484 VCC¹⁷). Arendatorul va trebui să restituie arenda plătită în avans fiindcă o deține fără cauză¹⁸.

Dreptul arendașului de a cere o reducere corespunzătoare a arende în caz de distrugere parțială a lucrului dat în arendă există atunci când distrugerea s-a produs în timpul executării contractului, dar și atunci când a avut loc înainte de punerea în executare, dar și după încheierea contractului deoarece arendașul este privat de folosința lucrului¹⁹.

¹⁴ F. Deak, *op. cit.*, p. 282; C. Macovei, *op. cit.*, p. 200.

¹⁵ O. Ghiță, *op. cit.*, p. 589.

¹⁶ Lavinia Lefterache, Cristiana Mihaela Crăciunescu, *Legea arendării nr. 16/1994. Comentată și adnotată*, Editura All Beck, București, 2000, p. 98.

¹⁷ Art. 484 Cod civil din 1864 – Despre dreptul de accesiune asupra celor produse de lucru: „Fructele produse din vreun lucru nu se cuvin proprietarului, decât cu îndatorire din parte-i de a plăti semănăturile, arăturile și munca pusă de alții”.

¹⁸ C. Macovei, *op. cit.*, p. 200.

¹⁹ L. Lefterache, C. M. Crăciunescu, *op. cit.*, pp. 98-99.

În cazul în care *pieirea bunului are loc între momentul încheierii contractului și predarea bunului*, arendatorul este debitorul obligației de predare și el este cel care trebuie să facă dovada pieirii fortuite.

În cazul în care *pieirea are loc după predarea bunului către arendaș, există o prezumție de culpă a arendașului* cu privire în păstrarea bunului în condiții necorespunzătoare, și atunci arendașul este cel care trebuie să facă dovada că distrugerea s-a produs fără culpa sa, din cauze fortuite²⁰, el fiind debitor al obligației de a păstra bunul în condiții corespunzătoare și al obligației de a restitui bunul în bune condiții la încetarea contractului.

Dacă arendașul a fost *pus în întârziere* pentru executarea obligației sale de *restituire* a bunului agricol arendat, iar pieirea totală sau parțială a avut loc după punerea în întârziere, atunci *riscul va fi suportat de către arendaș* (art. 1074 alin. (2)²¹ Cod civil din 1864) cu excepția cazului în care face dovada că pieirea ar fi avut loc și la arendator (1156 alin. (2) Cod civil din 1864²²).

*

Cu privire la problema privind *riscul pieirii fortuite a recoltei*, acesta urmează a fi suportat în funcție de modul în care a fost stabilită arenda.

Arenda poate fi stabilită în bani (arendarea pe bani conform codului) sau în natură, ca arendă fixă (o cantitate fixă de produse agricole ca parte din recoltă, 100 kg de cartofi) sau ca arendă procentuală (40 % din producția de cartofi).

Conform art. 1469 din Codul civil din 1864 „Pierderea recoltei, prin cazuri fortuite, în tot ori în parte, cade în sarcina ambelor părți, fără a da drept nici uneia din ele a trage la răspundere pe cealaltă. Nu va privi însă pe proprietar pierderea recoltei după strângerea ei, dacă arendașul s-a fost pus în întârziere cu trădarea (predarea) părții convenite acelu”.

Astfel, conform art. 1469 alin. (1) din Codul civil din 1864, dacă *arenda a fost stabilită în natură, riscul pieirii fortuite a recoltei*, totală sau parțială, va fi suportat de ambele părți, atât de arendator, cât și de arendaș, proporțional cu cota-parte ce îi revine conform prevederilor contractului, fără dreptul de uneia dintre părți de a trage la răspundere pe cealaltă.

În cazul în care arenda a fost stabilită ca parte din producție (30 % din producție) se pune accentul pe faptul că pieirea recoltei, a producției, privește *recolta neculeasă*, caz în care pierderea recoltei se suportă proporțional de către arendator și arendaș, deoarece arenda este procentuală iar în funcție de recolta

²⁰ C. Macovei, *op. cit.*, p. 200; O. Ghiță, *op. cit.*, p. 589.

²¹ Conform art. 1074 din Codul civil din 1864, privind obligatia de a da cuprinde pe aceea de a preda lucrul si de a-l conserva pina la predare: „Lucrul este în rizico-pericolul creditorului, afară numai când debitorul este în întârziere; în acest caz rizico-pericolul este al debitorului.”

²² Art. 1156 din Codul civil din 1864 – Despre pierderea lucrului datorat și despre diferitele cazuri în care îndeplinirea obligației este imposibilă, alin. (2) prevede: „Chiar când debitorul este pus în întindere, dacă nu a luat asupra-și cazurile fortuite, obligatia se stinge, în caz când lucrul ar fi pierit și la creditor, dacă i s-ar fi dat”.

care se realizează, orice nerealizare/piere se suportă proporțional de ambele părți; totuși, dacă recolta a fost culeasă și piere vizează *produsele agricole culese*, riscul va fi suportat de către proprietarul produselor, adică de ambele părți proporțional, dacă arenda este o parte din producție, în natură, deoarece și arendatorul este coproprietar al produselor, însă dacă arenda se plătește în bani, arendatorul nu suportă riscul pierii produselor după recoltare, pentru că nu este proprietar/ coproprietar al produselor culese, ci este creditorul unei creanțe bănești²³.

Conform art. 1469 alin. (2) din Codul civil din 1864, dacă recolta piere după ce a fost strânsă, *arendașul pus în întârziere pentru plata acesteia, suportă riscul*.

• În cazul în care *arenda a fost stabilită în bani, riscul va fi suportat de către arendaș*, ca regulă; obligația de a plăti arenda este una de a da, are ca obiect o sumă de bani, iar executarea sa în natură fiind întotdeauna posibilă²⁴.

Referitor la „arendarea pe bani”, art. 1457 din Codul civil din 1864 prevedea că: „dacă arendarea s-a făcut pe mai mulți ani și dacă în cursul ei s-a pierdut prin caz fortuit toată recolta unui an, sau cel puțin jumătate din ea, arendașul poate să ceară un scăzământ din arendă, afară numai când s-a compensat prin precedentele recolte. Acest scăzământ nu se va putea determina decât la finele contractului de arendare; atunci însă se va face compensația prin recoltele tuturor anilor de arendare. Până atunci însă judecătorul poate, după arbitru sau, să facă un scăzământ provizoriu, în proporția daunei suferite”.

Astfel, potrivit art. 1457 din Codul civil din 1864, dacă arendarea a fost stabilită în bani și a fost făcută pe mai mulți ani și, din caz fortuit, piere întreaga/cel puțin jumătate din recoltă, *arendașul are dreptul de a cere reducerea arende, la finalul contractului*, în măsura în care la acel moment nu se constată că a operat o *compensare* cu recoltele pentru ceilalți ani; prin excepție, există posibilitatea ca instanța să acorde o *reducere provizorie* a arende, proporțional cu pierderea suferită.

Potrivit art. 1458 din Codul civil din 1864, arendarea s-a încheiat pe *durata unui an* și piere fortuit întreaga recoltă sau cel puțin jumătate din ea, arendașul beneficiază întotdeauna de *reducerea proporțională a arende*; acest text nu se aplică atunci când recolta a fost deja culeasă, conform art. 1459 din Codul civil din 1864 care indică faptul că nu va opera reducerea dacă pierderea fructelor are loc după culegerea lor.

Se consideră că arendașul are dreptul la reducerea arende doar dacă distrugerea fructelor a intervenit înainte de culegerea fructelor, pentru că atunci când are loc ulterior, arendatorul și-a respectat obligația de a asigura folosința bunului²⁵.

Dacă arenda a fost stabilită o parte în natură și o parte în bani, regulile arătate se aplică în mod corespunzător.

²³ F. Deak, *op. cit.*, p. 282; art. 1467 din Codul civil din 1864 indică posibilitatea ca arenda să se plătească ca o parte din fructe.

²⁴ F. Deak, *op. cit.*, p. 283; C. Macovei, *op. cit.*, p. 201.

²⁵ L. Lefterache, C. M. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 100.

Referitor la stabilirea arende, s-a susținut că stabilirea arende într-o *cantitate fixă de produse fără a se preciza că face parte din recolta arendașului* (fără să fie o parte din producție), ci într-o cantitate determinată de produse agricole (arendă fixă - 100 kg grâu pe hectar) trebuie *asimilată cu arenda în bani*; se apreciază că în acest caz *riscul pieririi fortuite a recoltei se suportă de către arendaș*, de regulă, deoarece cuantumul arende (indiferent că se plătește în natură sau echivalent bănesc) nu depinde de mărimea recoltei²⁶. Au fost exprimate unele rezerve pe privind temeiul pe baza căruia operează distincția între arenda procentuală și cea fixă, cu arătarea că lectura dispozițiilor Codului în materia arendării pare a nu susține apropierea dintre arenda fixă și arenda în bani, fiindcă în cadrul secțiunii dedicate arendării pe fructe este menționată în art. 1467 arenda ca parte din recolta arendașului („arendă să se plătească ca o parte din fructe”)²⁷.

Astfel, riscul pieririi fortuite a recoltei se suportă proporțional de către arendaș și arendator s în cazul unei arende stabilite sub forma unei *cantități determinate de produse din recoltă, arendă fixă* (500 de kg de cartofi din recoltă) sau a *unei cote părți din recoltă, arendă procentuală* (30% din producția de cartofi), iar pentru arenda stabilită în bani, inclusiv pentru ipoteza arende stabilite sub forma unei cantități fixe de produse care nu este parte din recoltă, riscul va fi suportat de către arendaș.

3. Suportarea riscurilor în contractul de arendare în Noul Cod civil

Referitor la problematica privind suportarea riscurilor în contractul de arendare în Noul Cod civil, un prim aspect care trebuie discutat privește *obligația de a asigura bunurile agricole*, în mod corelat cu riscul pierderii recoltei.

Astfel, conform art. 1.840 NCC, arendașul este obligat să *asigure bunurile agricole pentru riscul pierderii recoltei ori al pieririi animalelor din cauza unor calamități naturale*. Se menționează expres că această obligație există chiar în lipsă de stipulație expresă. Rezultă că în caz de nerespectare a acestei obligații, în lipsa unei alte sancțiuni indicate, arendașul va suporta riscurile.

Dacă arendașul nu-și îndeplinește obligația stabilită prin lege, acesta va suporta riscul contractului și va răspunde față de arendator pentru prejudiciul cauzat²⁸.

Rămâne întrebarea care este situația în care arendașul a încheiat o asigurare în sensul indicat de text, dar numai parțial. În acest sens, în art. 135 alin (2) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil²⁹, se arată că în cazul necontractării asigurării potrivit legii sau

²⁶ F. Deak, *op. cit.*, p. 283; O. Ghiță, *op. cit.*, p. 590.

²⁷ C. Macovei, *op. cit.*, pp. 201-202.

²⁸ Anișoara Ștefănescu în Flavius Antonioniu Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei, Noul Cod civil. Comentariu pe articole, Ediția 2, Editura CH Beck, București, 2014, p. 2010.

²⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 409 din 10 iunie 2011.

contractului de arendare, partea obligată să contracteze asigurarea răspunde față de cealaltă parte pentru prejudiciul astfel cauzat.

Se stabilește expres o obligație pentru arendaș de a asigura bunurile agricole, *dar limitat la riscul pierii recoltei ori al pierii animalelor din cauza unor calamități naturale*. Arendașul nu este obligat să suporte pierirea bunului agricol.

De observat că este folosită expresia *calamități naturale*, fără a distinge clar semnificația acesteia. Nu este clară, cu privire la asigurare, distincția între riscul pierii recoltei și riscul pierii animalelor.

S-a arătat că obligația încheierii asigurării nu este indicată în cazul pierii fortuite a mașinilor sau utilajelor care pot să piară din forță majoră sau caz fortuit³⁰.

Legat de *suportarea riscurilor în contractul de arendare*, referitor la *riscul contractului de arendare* se are în vedere imposibilitatea fortuită de executare a obligațiilor uneia dintre părți (pentru arendator, ca obligație principală, *transmiterea folosinței asupra unor bunuri agricole*, respectiv pentru arendaș *plata arendeii*); motivat de faptul că arendarea nu este un contract translativ de proprietate nu se pune problema pierii bunului arendat în sine, ci a problemei dacă arendatorul mai poate cere plata arendeii în acest caz.

Discuția privind riscul în contractul de arendare privește pe de o parte, bunul agricol al arendatorului, și recolta, care aparține în principiu arendașului, strâns legată de profitul rămas acestuia după ce achită arenda; urmează a fi analizat mai întâi riscul pierii fortuite a bunului arendat și apoi pierirea recoltei în cazul în care arenda este stabilită în bani sau atunci când arenda se plătește în fructe.

*

Un prim aspect care trebuie analizat privește *riscul pierii fortuite a bunului arendat*.

Ca principiu, conform art. 558 NCC, *riscul pierii bunului este suportat de proprietar*, dacă acesta n-a fost asumat de o altă persoană sau dacă prin lege nu se dispune altfel.

Arendatorul, titular al unui alt drept real decât cel de proprietate, îndreptățit ă arendeze, va suporta și riscul lucrului dat în arendă, corespunzător și proporțional cu dreptul asupra bunului, iar ca parte contractantă va suporta riscul contractului³¹.

³⁰ Oliviu Puie, *Contractele civile în contextul noului Cod civil și noului Cod de procedură civilă*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 291.

³¹ Mona-Lisa Belu Magdo în Mădălina Afrăsinei, Mona-Lisa Belu Magdo, Alexandru Bleoancă și alții, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, Vol. III, art. 1650-2664, Editura Hamangiu, 2012, pp. 210-211.

Pentru localizarea riscului pe seama proprietarului, arendașul trebuie să facă dovada că pieirea bunului agricol arendat s-a produs fără culpa sa, dintr-o cauză străină, forță majoră sau caz fortuit³².

Riscul contractului va fi suportat de *arendator* (care poate fi și uzufructuarul sau alt titular de drepturi reale), prin aplicarea regulii *res perit debitori* deoarece arendatorul este debitorul obligației de a asigura folosința bunului închiriat, folosință pe care nu o poate asigura și din acest motiv nu este îndreptățit să ceară plata arendeii, iar arendașul nu poate cere predarea unui alt bun.

Conform art. 1818 alin. (1) NCC de la contractul de locațiune, *referitor la imposibilitatea folosirii bunului, dacă bunul este distrus în întregime* sau nu mai poate fi folosit potrivit destinației stabilite, arendarea încetează de drept, deoarece motivat de lipsa bunului agricol, contractul nu mai poate fi executat. În acest caz, nici arendatorul nu mai poate cere plata arendeii, dar nici arendașul predarea unui alt bun.

Conform art. 1818 alin. (2), dacă imposibilitatea folosirii bunului este numai parțială, arendatorul poate, după împrejurări, să ceară fie rezilierea arendării, atunci este atât de importantă încât contractul nu mai poate fi executat, adică atunci când bunul este impropriu pentru a asigura folosirea sa conform scopului avut în vedere la momentul contractării, fie să ceară reducerea proporțională a arendeii. Aprecierea situației îi revine judecătorului.

Conform art. 1818 alin. (4) în toate cazurile în care imposibilitatea totală sau parțială de folosire a bunului este fortuită, arendașul nu are drept la daune-interese. Astfel, rezultă că părțile nu pot solicita *despăgubiri* dacă pieirea se produce fără culpă din partea uneia dintre ele.

Totuși arendatorul care a suferit pagube din cauze independente de distrugerea lucrului, are dreptul să pretindă daune pentru prejudiciile suferite.

Arendatorul va trebui totuși să achite cheltuielile făcute de arendaș, dacă el va păstra, în urma desființării contractului, o parte din bunul agricol ce a supraviețuit distrugerii și îi va culege recolta. La fel, va trebui să restituie arenda plătită în avans fiindcă o deține fără cauză³³.

Conform art. 1818 alin. (3) atunci când bunul este doar deteriorat, locațiunea continuă, fiind aplicabile dispozițiile art. 1788 NCC, adică efectuarea de către arendator a reparațiilor pentru a menține lucrul în stare de întrebuințare.

Dacă pieirea bunului are loc între momentul încheierii contractului și predarea bunului, arendatorul este debitorul obligației de predare și el este cel care trebuie să facă dovada pieririi fortuite.

În cazul în care *pieirea are loc după predarea bunului către arendaș, în baza prezumției de culpă a arendașului* cu privire în păstrarea bunului în condiții necorespunzătoare, arendașul este cel care trebuie să facă dovada că distrugerea

³² Mona-Lisa Belu Magdo, *Locațiunea în noul Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 218; Liviu Stănculescu, *Dreptul contractelor civile. Doctrină și jurisprudență*, Ediția a 3-a, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 386; A se vedea și Ilie Urs, *Drept civil, Contracte speciale*, Editura Univesrul Juridic, București, 2015, p. 321.

³³ C. Macovei, *op. cit.*, p. 200.

s-a produs fără culpa sa, din cauze fortuite³⁴; motivul constă în faptul că el este debitorul obligației de a păstra bunul în condiții corespunzătoare și al obligației de a restitui bunul în bune condiții la încetarea contractului.

Dacă *arendașul a fost pus în întârziere* pentru executarea obligației sale de *restituire* a bunului agricol arendat, iar pieirea totală sau parțială a avut loc după punerea în întârziere, atunci *riscul va fi suportat de către arendaș*³⁵ cu excepția cazului în care face dovada că pieirea ar fi avut loc și la arendator.

De observat că potrivit art. 1844 NCC, atunci când arenda se plătește în fructe, în lipsa altui termen prevăzut în contract, arendașul este de drept în întârziere pentru predarea lor de la data culegerii, iar arendatorul este de drept în întârziere pentru recepție de la data la care a fost notificat în scris de către arendaș.

*

Un alt aspect care trebuie analizat privește *pieirea recoltei în cazul în care arenda este stabilită în bani și Riscul pieirii fructelor în cazul în care arenda se plătește în fructe*.

Noul Cod civil, prin regulile particulare în materia arendării, reglementează problema riscului contractului, în funcție de modul în care a fost stabilită arenda, în bani sau în fructe³⁶.

1. Referitor la *pieirea recoltei în cazul în care arenda este stabilită în bani* sunt relevante dispozițiile din art. 1841 și 1842 NCC.

Trebuie observat că se folosește expresia *pieire a recoltei*.

În contractul de arendare, așa cum indică din art. 1841, 1842 și 1843 NCC arenda poate fi stabilită în bani sau în fructe.

Arenda stabilită în bani înseamnă: arendă stabilită într-o cantitate determinată de produse agricole (dar care nu reprezintă o parte din producție); într-o sumă de bani determinată sau într-o sumă de bani determinabilă în funcție de valoarea unei cantități determinate de produse agricole (care nu reprezintă o cotă din fructele din producție).

De observat că riscul pieirii fortuite sau pentru forță majoră a recoltei este suportat în principiu de arendaș, deoarece indiferent de modalitatea de plată, arenda este fixă și nu depinde de mărimea recoltei³⁷.

Se susține opinia că art. 1841 NCC reglementează riscul contractului de arendare în cazul pieirii fortuite a întregii recolte sau a cel puțin jumătate din ea, adică ipoteza vizează recolta care nu a fost culeasă în întregime în cazul pieirii

³⁴ C. Macovei, *op. cit.*, p. 200; O. Ghiță, *op. cit.*, p. 589.

³⁵ A se vedea și Gabriel Boroș, Liviu Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea Noului Cod civil*, Editura Hamangiu, 2012, p. 471.

³⁶ M.-L. Belu Magdo, *Locațiunea*, *op. cit.*, p. 219.

³⁷ *Idem*, p. 219; A. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 2011; O. Puie, *op. cit.*, p. 290; I. Urs, *op. cit.*, p. 322.

fortuite a întregii recolte, și, respectiv, o jumătate de recoltă nu a fost culeasă din cauza pieirii fortuite³⁸.

Astfel, în cazul în care arenda este stabilită în bani, conform art. 1841 alin. (1) NCC, *arendașul poate cere reducerea proporțională a arendei* atunci când: pe durata arendării, întreaga recoltă a unui an sau cel puțin o jumătate din ea a pierit fortuit.

Prin excepție, conform art. 1841 alin. (2) NCC dacă arendarea este făcută pe mai mulți ani, reducerea se va stabili la sfârșitul arendării; mai întâi se va face o compensare a recoltelor tuturor anilor de folosință, iar reducerea va opera doar dacă va mai fi cazul.

Ca excepție de la posibilitatea de a cere reducerea arendei din art. 1841 NCC, dacă pieirea recoltei a avut loc după ce a fost culeasă, conform art. 1842 alin. (1) NCC arendașul nu poate obține reducerea arendei; în acest caz arendașul suportă riscul pieirii recoltei ca proprietar.

Ca o altă excepție, reducerea arendei nu poate fi cerută atunci când contractul de arendare cu caracter aleatoriu pentru arendaș, conform art. 1842 alin. (2) NCC, potrivit căruia reducerea arendei nu va putea fi cerută atunci când cauza pagubei era cunoscută la data încheierii contractului. Excepția operează în cazul arendașului care cunoștea cauza pagubei la momentul încheierii contractului deoarece se consideră că și-a asumat acest lucru de la încheierea contractului motiv pentru care nu poate cere o reducere a arendei.

În aceste cazuri de excepție, arendașul suportă riscul, în sensul că va trebui să plătească³⁹.

2. Referitor la *riscul pieirii fructelor în cazul în care arenda se plătește în fructe* sunt relevante dispozițiile din art. 1843 NCC.

Trebuie observat că aici nu se mai folosește expresia pieire a recoltei, ci pieire a fructelor, fără a fi clar.

Așa cum am arătat mai sus, în contractul de arendare, în baza art. 1841, 1842 și 1843 NCC arenda poate fi stabilită în bani sau în fructe.

Arendă stabilită în fructe înseamnă: arenda stabilită într-o cotă din fructe (ca parte din producție) sau într-o sumă de bani determinabilă în funcție de valoarea unei astfel de cote.

Atunci când arenda se plătește în fructe, în lipsa altui termen prevăzut în contract, arendașul este de drept în întârziere pentru predarea lor de la data culegerii, iar arendatorul este de drept în întârziere pentru recepție de la data la care a fost notificat în scris de către arendaș (art. 1844 NCC).

Astfel, referitor la art. 1844 NCC, față de consecințele întârzierii în suportarea riscurilor calamităților naturale (caz fortuit și forță majoră), atunci când arenda se plătește în fructe, art. 1844 este de natură să atragă atenția părților

³⁸ O. Puie, *op. cit.*, p. 289.

³⁹ I. Urs, *op. cit.*, p. 323; A. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 2012.

asupra importanței stabilirii în contract a unor termene de predare a fructelor și de recepție⁴⁰.

Ca regulă, atunci când arenda este stabilită în fructe, pieirea fortuită a fructelor de împărțit, totală sau parțială, este suportată proporțional și nu dă niciuneia dintre părți acțiune în despăgubire împotriva celeilalte – art. 1843 alin. (1) NCC.

Cu privire la art. 1843 NCC, se susține opinia în sensul că, spre deosebire de art. 1841 NCC care viza riscul contractului în cazul în care arenda este stabilită printr-o cantitate determinată, în art. 1843 NCC, dacă recolta a fost culeasă și pieirea nu vizează recolta, ci produsele culese, riscul va fi suportat de proprietarul produselor, care este atât arendașul cât și arendatorul, deoarece acesta este coproprietarul produselor atât înainte, cât și după culegerea lor; astfel, riscul este suportat de ambele părți proporțional⁴¹.

S-a indicat că această arendare, pentru care se aplică principiile generale de la locațiune, are un caracter *intuitu personae*, iar pierderea fortuită a recoltei se suportă de ambele părți, deoarece fructele nu sunt proprietatea exclusivă decât în urma împărțirii acestora⁴².

Prin excepție, dacă pieirea s-a produs după culegerea fructelor și una dintre părți întârzie în mod *culpabil* predarea sau recepția lor, cota cuvenită acesteia se reduce cu fructele pierdute, iar cota celeilalte părți se consideră ca și cum nu ar fi survenit nicio pierdere, afară numai dacă fructele ar fi pierit chiar dacă predarea și recepția fructelor se făceau la timp – art. 1843 alin. (2) NCC.

Prezumția de culpă în predarea sau recepția fructelor dedusă din întârzierea executării obligației de predare sau recepție a recoltelor, poate fi înlăturată probându-se că pieirea fortuită a fructelor culese s-ar fi produs chiar dacă predarea sau recepția se efectua la timp⁴³.

Referitor la art. 1844 NCC, se arată că punerea de drept în întârziere a arendașului are ca efect strămutarea riscului pierderii fortuite a fructelor în sarcina debitorului obligației de predare (arendăș când el întârzie predarea fructelor) și respectiv în sarcina debitorului obligației de recepție a fructelor (arendatorul, când el întârzie efectuarea recepției) și riscul pieririi fortuite a fructelor după culegerea lor este suportat de partea aflată de drept în întârziere⁴⁴.

⁴⁰ M.-L. Belu Magdo, *Locațiunea*, *op. cit.*, p. 221; Referitor la art. 1844 NCC, atunci când plata se face în fructe, acestea fiind marfă perisabilă, se arată că arendașul trebuie să plătească la data culegerii, iar arendatorul trebuie să facă recepția fructelor culese de la data notificării de către arendaș. A se vedea în acest sens, M. Șerban în Ana Gabriela Atanasiu, Alexandru Paul Dimitriu, Adriana Florentina Dobre și alții, *Noul Cod civil: note, corelații, explicații*, Editura CH Beck, București, p. 678.

⁴¹ O. Puie, *op. cit.*, p. 291; A. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 2012; A se vedea și Lucia Uță, *Contracte speciale în Noul Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, pp. 212-213.

⁴² M.-L. Belu Magdo în *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, Vol. III, *op. cit.*, p. 213.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ I. Urs, *op. cit.*, p. 324.

Trebuie menționat, ca element de noutate caracterul de noutate privind caracterul executoriu indicat de art. 1845 NCC, potrivit căruia contractele de arendare încheiate în formă autentică, precum și cele înregistrate la consiliul local constituie, în condițiile legii, titluri executorii pentru plata arendeii la termenele și în modalitățile stabilite în contract.

Dacă arenda a fost stabilită ca parte din producție se pune accentul pe faptul că pierderea recoltei, a producției, privește *recolta neculeasă*, caz în care pierderea recoltei se suportă proporțional de către arendator și arendaș, iar în funcție de recolta care se realizează, orice nerealizare/piere se suportă proporțional de ambele părți; totuși, dacă recolta a fost culeasă și piere vizează *produsele agricole culese*, riscul va fi suportat de către proprietarul produselor, adică de ambele părți proporțional, dacă arenda este o parte din producție, în natură, deoarece și arendatorul este coproprietar al produselor. Dacă arenda se plătește în bani, arendatorul nu suportă riscul pieririi produselor după recoltare, pentru că nu este proprietar/ coproprietar al produselor culese, ci este creditorul unei creanțe bănești⁴⁵.

Dispozițiile din Noul Cod civil au caracter supletiv iar părțile pot stabili orice altă modalitate de suportare a riscurilor (*eg. exonerare, agravare, fără a aduce atingere ordinii publice sau bunelor moravuri*)⁴⁶.

Conform art. 135 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, în cazurile prevăzute la art. 1.841-1.843 din Codul civil, dacă încheierea contractului de asigurare pentru riscul pieririi fortuite a recoltei era obligatorie potrivit legii sau contractului de arendare, indemnizația de asigurare se împarte între arendator și arendaș, proporțional cu suportarea de către aceștia a riscului pieririi fortuite a recoltei.

4. Accesarea finanțării prin fonduri europene pentru plata primelor de de asigurare a culturilor, a animalelor și a plantelor

Programul Național de Dezvoltare Rurală 2014-2020, program finanțat de Uniunea Europeană și Guvernul României prin Fondul European Agricol Pentru Dezvoltare Rurală - FEADR, prevede posibilitatea de accesare a finanțării pentru plata primelor de asigurare a culturilor, a animalelor și a plantelor⁴⁷ („Submăsura 17.1 Prime de asigurare a culturilor, a animalelor și a plantelor”).

Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale, AFIR – Agenția pentru Finanțarea investițiilor Rurale arată că Submăsura 17.1 „Prime de asigurare a culturilor, a animalelor și a plantelor” se încadrează (conform prevederilor art. 36 și 37 din

⁴⁵ F. Deak, *op. cit.*, p. 282; G. Boroii, L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 472; L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 387.

⁴⁶ M-L. Belu Magdo, Locațiunea, *op. cit.*, p. 219; A. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 2011.

⁴⁷ Conform informațiilor indicate la

https://portal.afir.info/informatii_generale_pndr_investitii_prin_pndr_sm17_1_prime_de_asigurare_a_culturilor,_a_animalelor_si_a_plantelor (01.12.2019).

Regulamentul nr. (UE) 1305/2013, cu modificările și completările ulterioare⁴⁸) în măsura 17 „Gestionarea riscurilor” și contribuie la domeniul de intervenție DI 3B „Sprijinirea gestionării și prevenirii riscurilor la nivelul exploatațiilor”. Se indică faptul că Submăsura 17.1 „Prime de asigurare a culturilor, a animalelor și a plantelor” are ca **scop**: încurajarea fermierilor să participe la schemele de asigurare private în vederea gestionării corespunzătoare a riscurilor care le pot afecta producția agricolă; stimularea fermierilor pentru a beneficia de asigurare și extinderea sferei riscurilor asigurabile de către societățile de asigurare. Sprijinul nerambursabil este 70% din valoarea primei de asigurare eligibile și plătită efectiv de către fermier, în cazul fermelor mici cu dimensiunea economică până la 11.999 SO sau 55% din valoarea primei de asigurare eligibile și plătită efectiv de către fermier, în cazul fermelor cu dimensiunea economică mai mare sau egală cu 12.000 SO⁴⁹.

Conform Regulamentul nr. (UE) 1305/2013 (punctul 30 din preambul): fermierii sunt expuși la riscuri economice și de mediu tot mai mari, ca urmare a schimbărilor climatice și a volatilității ridicate a prețurilor; se arată că gestionarea eficientă a riscurilor dobândește o importanță tot mai mare pentru fermieri și sunt necesare măsuri de gestionare a riscurilor, pentru a ajuta fermierii să facă față celor mai comune riscuri cu care se confruntă, adică să ajute fermierii să acopere primele plătite pentru asigurarea culturilor, a animalelor și a plantelor, precum și să ajute la crearea de fonduri mutuale și la compensațiile plătite de aceste fonduri fermierilor pentru pierderile suferite ca urmare a unor fenomene climatice nefavorabile, a izbucnirii unor boli ale animalelor sau ale plantelor, a infestării cu dăunători sau în urma unor incidente de mediu. Este menționat ca fiind necesar un instrument de stabilizare a veniturilor sub forma unui fond mutual pentru sprijinirea fermierilor care se confruntă cu scăderi dramatice ale veniturilor. Pentru a se asigura egalitatea de tratament între fermierii din întreaga Uniune, evitarea denaturării concurenței și respectarea obligațiilor internaționale ale Uniunii, ar trebui prevăzute condiții specifice pentru acordarea sprijinului în cadrul acestor măsuri.

Regulamentul (UE) nr. 1305/2013 prevede că pentru utilizarea eficientă a resurselor FEADR, sprijinul ar trebui limitat la *fermierii activi* (conform art. 9 din Regulamentul (UE) nr. 1307/2013⁵⁰).

⁴⁸ Regulamentul (UE) nr. 1305/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 decembrie 2013 privind sprijinul pentru dezvoltare rurală acordat din Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală (FEADR) și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1698/2005 al Consiliului, JO L 347/498.

⁴⁹ Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale, Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale, *Investitii prin PNDR, submăsura 17.1 Prime de asigurare a culturilor, a animalelor și a plantelor*, disponibil la https://portal.afir.info/informatii_generale_pndr_investitii_prin_pndr_sm17_1_prime_de_asigurare_a_culturilor_a_animalelor_si_a_plantelor (01.12.2019).

⁵⁰ Regulamentul (UE) nr. 1307/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 decembrie 2013 de stabilire a unor norme privind plățile directe acordate fermierilor prin scheme de sprijin în cadrul politicii agricole comune și de abrogare a Regulamentului (CE)

În Regulamentul (UE) nr. 1305/2013, la art. 1 sunt definiți anumiți termeni:

- „suprafață agricolă” înseamnă orice suprafață de teren arabil, de pășune permanentă și de fâneață permanentă sau cultivată cu culturi permanente, astfel cum este definită la articolul 4 din Regulamentul (UE) nr. 1307/2013;

- „pierderi economice” înseamnă orice costuri suplimentare suportate de un fermier drept rezultat al unor măsuri excepționale întreprinse de acesta cu scopul reducerii aprovizionării pieței în cauză sau orice pierdere substanțială a producției;

- „fenomen climatic nefavorabil” înseamnă condiții meteorologice, cum sunt gerul, furtunile și grindina, gheața, ploile torențiale sau secetele grave, care pot fi asimilate unui dezastru natural;

- „boli ale animalelor” înseamnă boli care figurează pe lista bolilor animalelor stabilită de Organizația Mondială pentru Sănătatea Animalelor sau în anexa la Decizia 2009/470/CE a Consiliului (1);

- „incident de mediu” înseamnă apariția unui caz specific de poluare, de contaminare sau de degradare în ceea ce privește calitatea mediului, care este legată de un eveniment specific și limitată din punct de vedere geografic; cu toate acestea, nu acoperă riscurile generale de mediu care nu sunt legate de un eveniment specific precum schimbările climatice sau poluarea atmosferică;

- „dezastru natural” înseamnă un eveniment natural de natură biotică sau abiotică ce generează perturbări importante ale sistemelor de producție agricolă sau ale structurilor forestiere, cauzând în cele din urmă importante daune economice sectoarelor agricol sau silvic;

- „eveniment catastrofal” înseamnă un eveniment neprevăzut de natură biotică sau abiotică, provocat de acțiunea oamenilor, care generează perturbări importante ale sistemelor de producție agricolă sau ale structurilor forestiere, cauzând în cele din urmă importante daune economice sectoarelor agricol sau silvic. Conform art. 36 privind gestionarea riscurilor din Regulamentul (UE) nr. 1305/2013, sprijinul acordat în cadrul acestei măsuri constă în: (a) contribuții financiare la primele de asigurare a culturilor, a animalelor și a plantelor împotriva pierderilor economice suferite de fermieri și cauzate de fenomene climatice nefavorabile, de boli ale animalelor sau ale plantelor, de infestare cu dăunători sau de un incident de mediu; (b) contribuții financiare la fonduri mutuale destinate plătirii de compensații financiare fermierilor pentru pierderile economice cauzate de fenomene climatice nefavorabile sau de izbucnirea unei boli a animalelor sau a plantelor, de infestare cu dăunători sau de un incident de mediu; (c) un instrument de stabilizare a veniturilor, sub forma unor contribuții financiare la fonduri mutuale, care acordă compensații fermierilor pentru o scădere drastică a veniturilor lor.

nr. 637/2008 al Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 73/2009 al Consiliului, JO L 347/608.

Lista riscurilor eligibile care pot face obiectul contractului de asigurare (anexa 5 la cererea de finanțare⁵¹) prevede fenomenele climatice nefavorabile: seceta; arșița; inundațiile; grindina; înghețul (ca fenomen care poate afecta culturile agricole); ploile torențiale; ploile excesive și de lungă durată; furtuna; vijelia sau furtuna puternică; uraganul; tornada, precum și infestările cu organisme de carantină dăunătoare plantelor (organismul de carantină, organismele dăunătoare).

Referitor la Stadiul implementării PNDR 2014-2020 la data de 28.11.2019, pentru Submăsura 17.1 „Prime de asigurare a culturilor, a animalelor și a plantelor”, statisticile MADR - Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale⁵² arată o Alocare publică PNDR 2014-2020 în valoare de 42.797.487 euro, un număr de dosare depuse de 1.282 (valoare de 2.794.665 euro), din care au fost selectate un număr de 424 proiecte contractate (în valoare de 713.340 euro).

⁵¹ Disponibilă în format electronic la https://portal.afir.info/informatii_generale_pndr_investitii_prin_pndr_sm17_1_prime_de_asigurare_a_culturilor_a_animalelor_si_a_plantelor (01.12.2019); Pentru detalii privind asigurările în domeniul agricol din România, a se vedea și Uniunea Europeană, Guvernul României, Grupul Băncii Mondiale, *Servicii de consultanță pentru Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale în vederea consolidării formulării de strategii pentru sectorul agroalimentar. Evaluare a politicii actuale de gestionare a riscului în domeniul agriculturii din România. Raportul final 27 noiembrie 2013*, disponibil la https://madr.ro/comunicare/download/1555_3e47807372f5ec41583121cb2f5adbc7.html (01.12.2019).

⁵² Date statistice disponibile la <https://www.madr.ro/pndr-2014-2020/implementare-pndr-2014-2020/situatia-proiectelor-depuse-2014-2020.html> (01.12.2019); Prima sesiune de primire a cererilor de finanțare pentru submăsura 17.1 este deschisă până în data de 30 noiembrie 2019, iar alocarea financiară disponibilă este de 42.797.487 euro.

Implicațiile caracterului abuziv al unor clauze din contractele bancare asupra angajamentelor asumate de părți¹

Implications of the unfair contract terms in banking contracts on the commitments assumed by the parties

Luiza-Cristina Gavrilescu²

Rezumat: Prezenta lucrare analizează modalitățile de modificare a contractului bancar care cuprinde clauze abuzive, în vederea menținerii efectelor sale. Pornind de la premisa că în urma constatării caracterului abuziv al unei clauze contractuale se impune înlăturarea sa, chiar din oficiu, încât aceasta să nu producă efecte în privința consumatorului, se pune problema determinării consecințelor excluderii acestora, asupra drepturilor și obligațiilor asumate de părți. Se face distincție între ipotezele în care efectele contractului se pot produce în continuare după înlăturarea clauzei abuzive și cazurile în care eliminarea clauzei atrage desființarea contractului în ansamblul său, dacă sunt afectate elementele sale esențiale. Cu privire la această din urmă situație s-au cercetat modalitățile de completare a lacunelor rămase în contract prin eliminarea clauzei abuzive. În acest sens s-au evidențiat circumstanțele în care este admisibilă înlocuirea clauzei abuzive cu o normă dispozitivă, în condițiile în care instanța nu are posibilitatea de a dispune adaptarea acelei clauze, iar renegocierea de către părți este puțin probabil să se realizeze.

Cuvinte-cheie: clauze abuzive, contract bancar, protecția consumatorului, adaptarea contractului, norme suplative.

Abstract: The present paper analyzes the modalities of amending the banking contract that includes abusive clauses, in order to maintain its effects. Starting from the premise that following the finding of the abusive nature of a contractual clause, it is necessary to eliminate it, even *ex officio*, so that it does not bind the consumer, the question arises to determine the consequences of their exclusion, on the rights and obligations assumed by the parties. A distinction is made between the assumptions in which the effects of the contract can continue to occur after the abusive clause is removed and the cases where the elimination of the clause entails the termination of the contract as a whole, if its essential elements are affected. Regarding the latter situation, there were investigated the ways of filling the gaps left in the contract as a result of the elimination of the abusive clause. In this regard, the specific circumstances in which it is admissible to replace the

¹ Lucrare susținută în cadrul Sesiunii de comunicări științifice „Dimensiuni europene și naționale ale științei și practicii dreptului”, organizate la Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, 25 octombrie 2019.

² Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: luiza.gavrilescu@uaic.ro.

abusive clause with a supplementary rule were highlighted, given that the court has no possibility to revise that clause, and the renegotiation by the parties is unlikely to occur.

Key-words: abusive clauses, banking contract, consumer protection, adaptation of the contract, supplementary provisions.

1. Efectul juridic al faptului că o clauză „nu creează obligații pentru consumator”

Sanctiunea aplicabilă clauzelor contractuale abuzive este aceea că nu creează obligații pentru consumator, natura cauzei de ineficacitate nefiind precizată în cuprinsul normei care o instituie. Formularea generică a fost consacrată în prevederile Directivei nr. 93/13 privind protecția consumatorilor împotriva clauzelor abuzive³ pentru a putea fi transpusă în diferite concepte juridice la nivel național, cât mai potrivite pentru a asigura protecția impusă de aceasta. Dintre toate cauzele de desființare a actelor juridice, nulitatea pare să asigure în cel mai eficient mod protecția propusă. Curtea de Justiție a Uniunii Europene⁴ a subliniat că:

„art. 6 alin. (1) din Directivă trebuie interpretat în sensul că este necesar să se considere, în principiu, că o clauză contractuală declarată abuzivă nu a existat niciodată, astfel încât aceasta nu poate avea efect în ceea ce privește consumatorul⁵.”

Caracterul neobligatoriu al clauzelor contractuale abuzive în temeiul art. 6 alin. (1) este o normă imperativă prin care DCA urmărește să abordeze poziția de inegalitate dintre clientul consumator și bancă specifică oricăror contracte de adeziune și să creeze un echilibru real⁶ între părți în cadrul contractului. Conform deciziei Curții⁷: „art. 6 alin. (1) din Directivă, potrivit căruia clauzele abuzive nu creează obligații pentru consumator, constituie o dispoziție imperativă care urmărește să substituie echilibrul formal pe care îl instituie contractul între drepturile și obligațiile cocontractanților printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părți [...]”.

Atunci când consideră că o astfel de clauză este abuzivă, instanța nu o aplică, exceptând cazul în care consumatorul se opune. Înainte ca o instanță

³ Se va utiliza acronimul DCA, sau se va face referire prin indicativul *Directiva*.

⁴ Se va utiliza acronimul CJUE, sau se va face referire prin indicativul *Curtea*.

⁵ Hotărârea Curții în cauzele conexe C-154/15, C-307/15 și C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*, punctul 61.

⁶ Hotărârea Curții în cauza C-421/14, *Banco Primus*, punctul 41, Hotărârea Curții în cauza C-169/14, *Sánchez Morcillo și Abril García*, punctul 23, și Hotărârea Curții în cauzele conexe C-154/15, C-307/15 și C-308/15, *Gutiérrez Naranjo* și alții, punctele 53 și 55.

⁷ Hotărârea Curții în cauza C-488/11, *Asbeek Brusse*, punctul 38, cu trimiteri la Hotărârile Curții în cauzele C-618/10, *Banco Español de Crédito*, punctul 40, și C-472/11, *Banif Plus Bank*, punctul 20.

națională să decidă neaplicarea unei clauze contractuale pe care a examinat-o din oficiu și pe care o consideră a fi abuzivă, respectiva instanță trebuie să audieze ambele părți cu privire la această chestiune⁸.

Așadar, consumatorii pot decide să nu se prevaleze de această protecție în cadrul procedurilor judiciare, după ce au fost informați cu privire la caracterul abuziv și neobligatoriu al clauzelor contractuale în cauză, situație în care instanța competentă va trebui să aplice clauza contractuală abuzivă⁹. Având în vedere caracterul obligatoriu al art. 6 alin. (1) din DCA, această declarație ar trebui să fie valabilă numai în cazul în care instanța se convinge de faptul că acel consumator a înțeles pe deplin situația juridică și că declarația acestuia nu se datorează unor concepții greșite sau presiunilor exercitate de alte părți.

2. Întinderea efectelor constatării caracterului abuziv al unei clauze contractuale

La sfârșitul evaluării eventualului caracter abuziv al unor clauze contractuale, instanțele naționale trebuie să stabilească consecințele care decurg din caracterul abuziv al clauzelor contractuale relevante și faptul că acestea nu creează obligații, în conformitate cu principiile enunțate. În funcție de cererea formulată, de tipul procedurii și de natura clauzei contractuale, aceasta ar putea conduce, de exemplu, la respingerea sau restrângerea unei revendicări formulate împotriva unui consumator care se bazează integral sau parțial pe clauze contractuale abuzive, la încetarea sau limitarea executării, sau la declararea nulității¹⁰.

Întinderea efectelor constatării caracterului abuziv al clauzei depinde de rolul acelei clauze în cadrul contractului.

Până în prezent, Curtea a emis doar câteva orientări cu privire la criteriile necesare pentru a determina ce anume constituie o clauză contractuală propriu-zisă. Curtea face, de exemplu, distincție între:

- clauzele contractuale care stabilesc obligația fundamentală a consumatorului de a restitui un împrumut într-o anumită monedă și clauzele care instituie mecanismul de conversie valutară;
- clauzele care stabilesc prețul care trebuie plătit de consumator și mecanismele de modificare a prețurilor în cadrul relațiilor contractuale pe termen lung;

⁸ Hotărârea Curții în cauza C-472/11, *Banif Plus Bank*, punctele 29-35 și Hotărârea Curții în cauza C-488/11, *Asbeek Brusse*, punctul 52.

⁹ Hotărârea Curții în cauza C-243/08, *Pannon GSM*. A se vedea, de asemenea, hotărârile Curții în cauzele C-488/11, *Asbeek Brusse*, punctul 49, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, punctul 63 și C-472/11, *Banif Plus Bank*, punctul 27, precum și Hotărârea Curții în cauzele conexe C-70/17 și C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria și Bankia*, punctul 63.

¹⁰ Comunicare a Comisiei „Orientări privind interpretarea și aplicarea Directivei 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii” publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria C 323 din 27 septembrie 2019.

- clauzele care stabilesc rata obișnuită a dobânzii care trebuie plătită pentru un împrumut ipotecar și clauzele privind dobânda penalizatoare, chiar dacă aceasta din urmă este definită ca o majorare a dobânzii obișnuite.

Pentru a evidenția faptul că dobânda obișnuită și dobânda penalizatoare au funcții foarte diferite, Curtea a explicat că: „aceste considerații se aplică indiferent de modul în care sunt redactate clauza contractuală care stabilește rata dobânzilor moratorii și cea care fixează rata dobânzilor obișnuite. Distincția se menține nu doar atunci când rata dobânzilor moratorii este definită independent de rata dobânzilor obișnuite, într-o clauză distinctă, ci și în cazul în care rata dobânzilor moratorii este stabilită sub forma unei majorări a ratei dobânzilor obișnuite cu un anumit număr de puncte procentuale. Chiar și atunci când sunt cuprinse în cadrul aceleiași clauze, în situația în care caracterul abuziv este imprimat de respectiva majorare, Directiva 93/13 impune ca numai ca această majorare să fie anulată”.

Obligația de a examina din oficiu caracterul abuziv al unei clauze revine instanței naționale inclusiv atunci când verifică propria competență teritorială.

Efectul imediat al constatării caracterului abuziv al unei clauze contractuale este acela al înlăturării sale din cuprinsul contractului.

Efectul imediat este succedat de un *efect mediat*, care diferă în funcție de impactul eliminării *clauzei abuzive* asupra clauzelor rămase.

După constatarea caracterului abuziv al unor clauze contractuale, întâlnim următoarele situații:

- contractul de credit se va derula în continuare, în măsura în care nu este afectată însăși cauza acestora;
- contractul de credit nu își mai poate produce efectele după înlăturarea clauzelor considerate abuzive, caz în care consumatorul are dreptul să solicite rezilierea contractului și daune-interese, dacă este cazul.

Efectul mediat are în vedere și circumstanțele specifice în care se pot completa lacunele rămase în contract prin eliminarea unei clauze abuzive. Modificarea este permisă dacă acoperirea lacunelor lăsate în contract de eliminarea clauzei abuzive poate evita consecința drastică a nulității contractului, iar supraviețuirea contractului este în interesul consumatorului.¹¹ În același scop, instanțele pot decide înlocuirea unei clauze abuzive cu o normă supletivă din dreptul național, cum ar fi cea referitoare la dobânda legală sau rezilierea judiciară. Dacă eliminarea din contract a clauzei abuzive nu pune în pericol ființa contractului, modificarea (sau înlocuirea cu o normă supletivă) nu este permisă.

3. Înlăturarea clauzei calificate drept abuzivă

Clauza constatată drept abuzivă va fi eliminată din cuprinsul contractului, de regulă, în totalitatea sa. Nulitatea totală a clauzei abuzive se impune în situația în care prevederile clauzei sunt indivizibile, formează un tot unitar sub aspectul scopului urmărit la instituirea lor. Este posibil ca două paragrafe/puncte sau chiar dispoziții din documente diferite să formeze o singură clauză contractuală în

¹¹ În acest sens este cauza C-453/10, *Perenicova*.

virtutea conținutului lor. Eliminarea parțială nu este posibilă atunci când două părți ale unei clauze contractuale sunt legate în așa fel încât îndepărtarea unei părți ar afecta substanța părții rămase din clauza contractuală.

Nulitatea parțială a clauzei contractuale este admisibilă doar atunci când caracterul abuziv vizează o parte independentă a unei clauze complexe, care nu afectează restul prevederilor sale.

Relevantă pentru separabilitatea clauzelor contractuale este conținutul sau funcția prevederilor specifice, iar nu modul în care sunt prezentate acestea într-un anumit contract. Este astfel posibil ca un singur paragraf/punct dintr-un contract să conțină mai multe clauze contractuale în sensul art. 3 alin. (1) din DCA.

Posibilitatea eliminării parțiale a unei clauze abuzive este admisă numai în cazul în care o aparentă „clauză contractuală” este, în realitate, compusă din clauze contractuale diferite în sensul art. 3 alin. (1) din DCA. Așadar, clauza abuzivă va fi desființată în parte atunci când conține mai multe prevederi care pot fi separate una de cealaltă, astfel încât chiar dacă una dintre ele este eliminată, restul prevederilor rămân clare și inteligibile și pot fi apreciate în funcție de fondul propriu.

Curtea nu a precizat până în prezent dacă „doctrina creionului albastru” (*blue pencil doctrine*), aplicată, de exemplu, de Curtea Supremă a Germaniei, este compatibilă cu DCA. Potrivit acestei doctrine, se face o distincție între modificarea inadmisibilă a unei clauze contractuale și eliminarea permisă a unei prevederi abuzive dintr-o clauză contractuală, în cazul în care conținutul rămas al clauzei se poate aplica fără vreo altă intervenție ulterioară. Indirect, Curtea s-a referit totuși la acest aspect, deoarece a statuat că, în ceea ce privește o clauză dintr-un contract de credit ipotecar care permitea băncii să solicite restituirea integrală a împrumutului după ce consumatorul nu plătit o singură rată lunară, obligația de restituire anticipată nu poate fi separată de condiția care prevede o (singură) rată lunară neplătită fără a modifica substanța clauzei respective. Prin urmare, în această speță, clauza nu putea fi divizată.

De menționat că eliminarea clauzei abuzive nu se face totuși automat, ci numai în măsura în care consumatorul în defavoarea căruia acționează consimte la această măsură. Curtea a statuat că, în cazurile în care contractul poate continua să existe fără o clauză abuzivă și după ce instanța a informat consumatorul cu privire la caracterul abuziv și neobligatoriu al unei clauze contractuale abuzive, consumatorul poate decide să nu se prevaleze de această protecție, astfel încât clauza contractuală în cauză se aplică în continuare¹².

4. Desființarea parțială a contractului în cazul în care continuarea sa este posibilă după eliminarea clauzei abuzive

Potrivit art. 6 alin. (1) din DCA, chiar dacă clauzele contractuale abuzive nu creează obligații pentru consumatori, restul contractului continuă să angajeze

¹² Hotărârea Curții în cauzele conexe C-70/17 și C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria și Bankia*, punctul 63.

părțile „în cazul în care poate continua să existe fără clauzele abuzive”. Astfel, acest contract trebuie să continue să existe, în principiu, fără nicio altă modificare decât cea rezultată din eliminarea clauzei menționate, în măsura în care, în conformitate cu normele dreptului intern, o astfel de menținere a contractului este posibilă din punct de vedere juridic [...] ¹³.

Legiuitorul național prevede în mod lipsit de echivoc faptul că se urmărește continuarea contractului ¹⁴, dar numai în situația în care acesta „mai poate continua” - art. 6 teza finală din *Legea nr. 193/2000* ¹⁵ de transpunere a Directivei. În acest sens este configurată nulitatea parțială și în dreptul comun, în sensul că executarea contractului va continua în măsura în care continuarea acestuia este posibilă [art. 1.255 alin. (1) *C. civ.*].

Perspectiva posibilității continuării contractului fără clauza abuzivă trebuie să fie apreciată prin intermediul unei evaluări juridice în conformitate cu dreptul intern aplicabil ¹⁶. Acest criteriu este unul obiectiv, care ține de natura contractului în cauză. Aceasta implică o analiză de la caz la caz, pentru a stabili dacă acel contract poate fi executat, din punct de vedere juridic sau tehnic, fără clauza contractuală abuzivă. Prin urmare, evaluarea nu se poate baza pe considerente pur economice.

Principiul potrivit căruia clauzele contractuale abuzive trebuie pur și simplu să fie eliminate din contract, în timp ce restul contractului continuă să angajeze părțile, nu prezintă dificultăți în cazurile în care contractul poate fi executat fără clauza contractuală abuzivă în cauză. De exemplu, această situație se poate regăsi în cazul sancțiunilor contractuale precum dobânzile penalizatoare ¹⁷, al clauzelor care limitează răspunderea comerciantului pentru executarea necorespunzătoare a contractului, clauzele privind alegerea legii aplicabile ori privind jurisdicția sau arbitrajul.

Examinarea posibilității continuării contractului trebuie să fie obiectivă, adică să nu se bazeze pe interesele unei singure părți ¹⁸. Aceasta implică faptul că nu ar trebui să aibă importanță dacă vânzătorul sau furnizorul nu ar fi încheiat contractul fără clauza abuzivă sau dacă eliminarea clauzei face ca acel contract să fie mai puțin atractiv din punct de vedere economic.

¹³ Trimitere la Hotărârea Curții în cauza C-421/14, *Banco Primus*, punctul 71.

¹⁴ A se vedea I.F. Popa, *Remediile neexecutării contractului de vânzare-cumpărare, din perspectiva Convenției de la Viena privind vânzarea internațională de mărfuri (II)*, R.R.D.P. nr. 2/2008, pp. 185-186.

¹⁵ Se va face referire prin indicativul *Legea*.

¹⁶ În hotărârile pronunțate în cauzele C-618/10, *Banco Español de Crédito*, punctul 65, și C-488/11, *Asbeek Brusse*, punctul 57.

¹⁷ Hotărârea Curții în cauza C-618/10, *Banco Español de Crédito*; Hotărârea Curții în cauza C-488/11, *Asbeek Brusse*; Hotărârea Curții în cauzele conexate C-96/16 și C-94/17 *Banco Santander Escobedo Cortés* etc.

¹⁸ Hotărârea Curții în cauza C-453/10, *Pereničová și Perenič*, punctul 32, și Hotărârea Curții în cauza C-118/17, *Dunai*, punctul 151.

În analiza efectelor contractului ulterior eliminării clauzei, CJUE a statuat că Directiva se opune ca, la aprecierea posibilității continuării contractului fără clauzele abuzive eliminate, să fie luate în considerare numai efectele avantajoase pentru consumator ale anulării contractului în totalitate¹⁹. Totuși, în norma de transpunere, art. 6 din Lege prevede următoarele: „contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea clauzelor abuzive mai poate continua”. Așadar, consumatorul are un drept de opțiune la continuarea contractului atunci când analiza obiectivă determină că eliminarea clauzelor abuzive permite această continuare. Mai precis, în măsura în care contractul nu este lovit de nulitate totală, acesta va continua să producă efecte după înlăturarea clauzelor abuzive, dacă există un acord al consumatorului în acest sens. Acest acord poate fi exprimat în mod expres de către consumator dar poate fi și inferat de către instanța de judecată, în măsura în care petitul cererii formulate de către consumator indică, în mod neechivoc, că efectul dorit este continuarea contractului în forma lipsită de prevederile abuzive.

5. Desființarea totală a contractului în cazul în care continuarea sa nu mai este posibilă după înlăturarea clauzei abuzive

Desființarea contractului ca efect al înlăturării clauzei abuzive poate avea un fundament obiectiv, caz în care manifestarea de voință a consumatorului este irelevantă, sau un fundament subiectiv, când se produce în baza manifestării de voință a cocontractantului consumator.

➤ Cazul în care desființarea contractului se produce de drept

În interpretarea Directivei trebuie să se țină seama de faptul că art. 6 alin. (1) vizează restabilirea echilibrului dintre părți prin eliminarea clauzelor abuzive din contract, dar menținând, în principiu, valabilitatea contractului în ansamblul său, iar nu anulând în totalitate contractele care conțin clauze abuzive. Cu toate acestea, un stat membru poate să prevadă că un contract care conține clauze abuzive poate fi declarat nul în ansamblul său în cazul în care acest lucru asigură o protecție mai bună a consumatorului²⁰.

În situația în care eliminarea clauzei abuzive afectează elemente esențiale ale contractului, atunci continuarea sa nu mai este posibilă și pe cale de consecință acesta va fi desființat. Un contract nu poate fi executat, adică nu „poate continua să existe” dacă se elimină o clauză care definește obiectul principal al contractului sau o clauză esențială pentru calcularea remunerației care trebuie plătită de consumator²¹. Acest principiu se aplică, de exemplu, în cazul desemnării monedei în care trebuie efectuate plățile²² sau în cazul unei

¹⁹ Hotărârea *Pereničova*, cit. supra, par. 29-35.

²⁰ Hotărârea Curții în cauza C-453/10, *Pereničová și Perenič*, punctul 35.

²¹ Hotărârea Curții în cauza C-118/17, *Dunai*, punctul 52.

²² Hotărârea Curții în cauza C-186/16, *Andriciuc*, punctele 35 și 37.

clauze care stabilește cursul de schimb pentru calculul ratelor de restituire a unui împrumut contractat într-o monedă străină²³.

Legiuitorul face trimitere așadar la situațiile în care, din perspectiva condițiilor generale de valabilitate a contractului, acesta nu ar mai putea să se susțină. Sunt avute în vedere ipotezele în care eliminarea clauzei abuzive atrage lipsirea contractului de obiect sau de cauză, deoarece capacitatea și consimțământul nu pot fi afectate de dispariția unei clauze contractuale.

Din perspectiva obiectului contractului - [art. 1.225 alin. (1) C. civ.], modificarea naturii juridice a contractului poate fi un motiv obiectiv de necontinuare a derulării acestuia.

Din perspectiva cauzei, modificarea contraprestației poate fi suficient de importantă încât să lase contractul fără cauză, ceea ce poate atrage anulabilitatea contractului [art. 1.238 alin. (1) C. civ.].

În aceste cazuri, încetarea contractului se produce în mod obiectiv, fără a putea fi împiedicată de o eventuală manifestare de voință a consumatorului în privința continuării contractului în forma modificată prin eliminarea clauzei abuzive²⁴. Este irelevant dacă încetarea contractului ar putea fi dezavantajoasă pentru consumator; în cazul în care contractul nu mai poate continua, el va fi desființat.

În măsura în care clauza abuzivă era esențială pentru contract, iar acesta nu poate continua în absența acestei clauze, nulitatea va fi una totală. Pentru a determina caracterul esențial al clauzei, instanța națională trebuie să adopte o abordare obiectivă.

➤ *Cazul în care desființarea contractului se produce la cererea consumatorului*

Liniile directe trasate de CJUE stabilesc că Directiva nu se opune unei legislații naționale care permite să se declare nulitatea întregului contract încheiat între un profesionist și un consumator care conține una sau mai multe clauze abuzive atunci când se dovedește că aceasta asigură o protecție mai bună a consumatorului.

În ceea ce privește dreptul consumatorului de a cere desființarea contractului, art. 7 din Lege dispune că: „în măsura în care contractul nu își mai poate produce efectele după înlăturarea clauzelor considerate abuzive, consumatorul este îndreptățit să ceară rezilierea contractului, putând solicita, după caz, și daune-interese”. Formularea a fost considerată discutabilă cel puțin sub aspectul normelor de tehnică legislativă, fiind dificil de înțeles raportul dintre (i) cerința acordului consumatorului la continuarea contractului atunci când acesta poate continua și (ii) posibilitatea consumatorului de a cere rezilierea contractului atunci când acesta nu își mai poate produce efectele. Astfel, dacă analiza obiectivă

²³ Hotărârea Curții în cauza C-26/13, *Kásler și Káslerné Rábai*.

²⁴ În cazul unei simple lipse a cauzei, se poate discuta despre o confirmare a nulității relative prin acceptul profesionistului de continuare a contractului, dar în cazul modificării obiectului, nulitatea absolută nu poate fi acoperită.

determină că nu mai este posibilă continuarea contractului, consumatorul are dreptul de a pretinde încetarea acestuia²⁵.

În situația în care sunt înlăturate anumite clauze fără prezența cărora contractul nu își mai poate produce efectele, consumatorul este îndreptățit să solicite încetarea acestuia. În absența unei prevederi exprese în acest sens, nu poate fi aplicat principiul *specialia generalibus derogant* în sensul în care art. 7 din Lege înlătură dreptul profesionistului de a solicita constatarea nulității contractului atunci când acesta este, de exemplu, lipsit de cauză ca urmare a înlăturării clauzelor abuzive²⁶, cum ar fi cazul eliminării clauzelor referitoare la dobândă dintr-un contract de credit²⁷. Posibilitatea consumatorului, de a cere rezilierea contractului în cazul în care, după eliminarea clauzelor abuzive, acesta nu mai poate continua, creează o notă suplimentară de incertitudine asupra dobânzii pretinse a fi încasată nedatorat.

6. Limitele în care este admisă modificarea contractului

Ipotezele în care se admite înlocuirea clauzei nevalabile vizează următoarele aspecte: dacă este afectată existența contractului; dacă există norme supletive aplicabile.

➤ *Interdicția adaptării clauzei abuzive de către instanță*

Pentru soluționarea unitară a problemei efectelor eliminării clauzelor abuzive s-a pus în discuție²⁸ în ce măsură instanța poate, ca urmare a constatării caracterului abuziv al unei clauze, să stabilească alte clauze contractuale, în condițiile în care că practica judiciară a adoptat soluții diferite, inclusiv la nivelul Înaltei Curți de Casație și Justiție. De principiu, s-a apreciat, spre exemplu, că nu ar fi oportun ca instanța să stabilească o rată a dobânzii ca urmare a constatării abuzive a unei clauze pentru considerentele ce urmează.

Contractul fiind rezultatul acordului de voință al părților, situațiile generate de încheierea sau modificarea acestora sunt foarte diverse, însă toate băncile inserează în contracte clauze de natură similară. Rămâne ca fiecare judecător să aprecieze dacă o clauză este sau nu abuzivă, fiind însă discutabil ca un complet de

²⁵ A se vedea M. Gherghe, R. Rizoiu, *Avem o clauză abuzivă: cum procedăm?*, în R. R. D. P., nr. 1/ 2018.

²⁶ ICCJ, s. a II-a civ., dec. nr. 3234/2014 „Instanța putea interveni asupra contractului doar în sensul anulării acelei clauze sau părți din clauză care era găsită abuzivă, contractul urmând să continue doar dacă părțile acceptau acest lucru”.

²⁷ ICCJ, s. a II-a civ., dec. nr. 84/2016.

²⁸ Minuta Întâlnirii președinților secțiilor specializate (foste comerciale) ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel, dedicată dezbaterii problemelor de practică neunitară în materia litigiilor cu profesioniști și insolvenței București 2018, Titlul problemei de drept: *Admisibilitatea cererilor de stabilire pe cale judiciară a ratei dobânzii creditului*.

judecată să stabilească nivelul dobânzii, în lipsa unor criterii prevăzute de lege pentru efectuarea acestei operații²⁹.

De altfel, în situațiile în care legiuitorul constată existența unui dezechilibru substanțial între părțile contractante, acesta poate interveni în anumite domenii prin adoptarea unor măsuri de protecție socială, cu condiția ca acea legislație să treacă testul de constituționalitate. Judecătorul nu s-ar putea însă substitui legiuitorului³⁰.

Totodată, se va ține seama de dispozițiile art. 1255 alin. (2) C. civ., potrivit cărora, în cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile. În cazul unui contract de credit, dacă s-ar înlătura clauza privitoare la dobândă ca fiind abuzivă, instanța trebuie să identifice dispozițiile legale care ar putea înlocui această clauză. Spre exemplu, dacă s-ar aplica dispozițiile O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, dobânda calculându-se în conformitate cu aceste prevederi, s-ar putea ajunge chiar la situații mai împovărătoare pentru consumator decât cele create prin clauza abuzivă.

În jurisprudența CJUE, într-o speță în care au fost inserate mai multe clauze abuzive referitoare la nivelul DAE, Curtea a statuat că respectivul credit trebuie socotit fără dobândă, considerând că sancțiunea cea mai potrivită a fost lipsirea băncii de orice câștig.

În majoritatea cauzelor ICCJ a decis³¹ că instanța nu ar putea interveni asupra clauzei abuzive privind dobânda, în sensul modificării ei, prin interpretarea dobânzii de referință variabile ca fiind dată de valoarea indicelui de referință EURIBOR la 6 luni + marja fixă de 1,40 puncte procentual, deoarece instanța are doar posibilitatea de a anula acea clauză, contractul urmând să continue doar dacă părțile optează pentru aceasta.

Au existat situații în jurisprudența ÎCCJ în care instanța supremă a constatat că trebuie aplicată dobânda asupra căreia părțile au convenit la momentul încheierii contractului (de exemplu, ROBOR, EURIBOR, LIBOR și un anumit procent), în condițiile în care profesionistul a modificat quantumul dobânzii pe parcursul derulării contractului, instanța procedând doar la consfințirea acordului inițial al părților. În acest caz, instanța nu a făcut decât să interpreteze voința părților.

În condițiile în care instanța nu poate interveni în contractul încheiat între părți s-a apreciat că ar fi necesară o intervenție legislativă pentru reglementarea diferitelor aspecte care intervin în practică în legătură cu clauzele abuzive din contractele de credit bancar.

²⁹ A se vedea A. Dumitrescu, *Clauzele abuzive din convențiile de credit și restituirea prestațiilor percepute în baza acestora*, <https://www.juridice.ro/652622/clauzele-abuzive-din-conventiile-de-credit-si-restituirea-prestatiilor-percepute-in-baza-acestora.html>.

³⁰ A se vedea L.-C. Gavrilescu, *Particularitățile contractelor bancare în privința adaptării clauzelor abuzive*, în RRDA nr. 4/2018, pp. 51-65.

³¹ ICCJ, s. a II-a civ., dec. nr. 3234/2014.

Curtea³² a subliniat în mod repetat că, [...] în conformitate cu art. 6 alin. (1) din Directivă, instanța națională sesizată cu o clauză contractuală abuzivă are numai obligația de a înlătura aplicarea acesteia pentru ca să nu producă efecte obligatorii în ceea ce privește consumatorul, fără a avea posibilitatea să modifice conținutul acestei clauze. Principiul potrivit căruia instanțele naționale nu pot modifica clauzele contractuale abuzive se aplică indiferent dacă aprecierea caracterului abuziv se face în urma sesizării de către consumator sau *ex officio*.

➤ ***Interdicția eliminării parțiale a clauzei abuzive indivizibile***

Urmând aceeași logică, nici eliminarea parțială a unei clauze contractuale abuzive nu este admisibilă, deoarece, în general, ar fi echivalentă cu modificarea unei clauze contractuale, afectând substanța acesteia.

Aceasta înseamnă, de exemplu, în ceea ce privește clauzele abuzive referitoare la penalități, că instanțele naționale nu pot reduce la un nivel acceptabil suma datorată în temeiul unei clauze contractuale, ci trebuie să anuleze pe deplin clauza respectivă³³. Modificarea clauzelor contractuale abuzive ar însemna, de fapt, că respectivele clauze ar rămâne parțial obligatorii și că vânzătorii sau furnizorii ar beneficia într-o oarecare măsură de folosirea unor astfel de clauze. O astfel de situație ar submina eficacitatea art. 6 alin. (1) din DCA și ar anihila efectul său descurajator prin faptul că s-ar putea considera că eliminarea clauzelor contractuale abuzive nu are caracter obligatoriu. De asemenea, eliminarea acestui efect descurajator ar fi incompatibilă cu obiectivul de combatere a utilizării în continuare a clauzelor contractuale abuzive reflectat la art. 7 alin. (1) din DCA³⁴.

Pornind de la această limitare, instanțele de control judiciar au cenzurat hotărârile care înlăturau componenta variabilă a dobânzii din cadrul contractelor de credit bancar, înlocuind-o cu un procent fix sau cu indici precum ROBOR sau EURIBOR. Argumentul oferit a fost că o atare soluție încalcă principiul disponibilității, modificând chiar prețul contractului fără să existe un acord de voință al părților în acest sens³⁵.

Direcția jurisprudențială sugerată de ÎCCJ³⁶ este menită a corecta soluțiile pronunțate de alte instanțe naționale, care, luând în discuție temeiul Legii nr. 193/2000, ajung să pronunțe reale soluții de adaptare a contractului, deși textul actului normativ nu permite o astfel de ingerință în actul juridic.

Decizia prezintă importanță în contextul actual al creșterii numărului litigiilor privind caracterul abuziv al clauzelor din contractele de credit bancar și

³² Hotărârea Curții în cauzele conexe C-96/16 și C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, punctul 73.

³³ De exemplu, Hotărârea Curții în cauza C-488/11, *Asbeek Brusse*, punctul 59.

³⁴ De exemplu, Hotărârea Curții în cauza C-488/11, *Asbeek Brusse*, punctul 58.

³⁵ ICCJ, s. a II-a civ., dec. nr. 84/2016; C. Ap. Galați, s. a II-a civ., dec. nr. 91/A/2016, în *Săptămâna Juridică* nr. 38/2016. Pentru opinia contrară, a se vedea ICCJ, s. a II-a civ., dec. 990/2014.

³⁶ ICCJ, s. a II-a civ., decizia nr. 76 din 25 ianuarie 2017.

în special al celor privind solicitările de „înghețare”, „stabilizare” sau „denominare în monedă națională” a creditelor contractate în monedă străină³⁷. Astfel de pretenții nu pot fi fundamentate pe terenul clauzelor abuzive și nici soluționate în baza acestora, deoarece implică adaptarea contractului. Mai exact, pentru a putea fi în măsură să dispună restituirea sumelor în cazul constatării caracterului abuziv al clauzelor privind dobânda și în cazul soluției de înghețare a cursului de schimb valutar, instanța trebuie să se raporteze la o formulă de calcul al dobânzii, respectiv a ratelor creditului, care nu fusese prevăzută de părți în contract, constituind o modificare a prevederilor convenite anterior de părți. O situație cu atât mai clară este cea în care se dispune înghețarea cursului de schimb valutar, atunci când instanța dispune plata ratelor de credit la un anumit curs de schimb, mecanism de rambursare care nu este prevăzut în contract și care este adăugat de puterea judecătorească fără acordul părților.

Într-o abordare diferită, s-a considerat că „aplicarea principiului *restitutio in integrum* în legătură cu sumele încasate cu titlu de dobândă” apare „la momentul pronunțării deciziei” de anulare a clauzelor „ca prematură, reclamantii având posibilitatea formulării unei cereri cu acest obiect după modificarea clauzei privind cuantumul dobânzii³⁸”.

➤ **Posibilitatea renegocierii clauzei abuzive de către părți**

Interdicția modificării clauzei de către instanță nu afectează dreptul părților de a modifica sau de a înlocui o clauză contractuală abuzivă cu una echitabilă, în limitele libertății lor contractuale. În cazul în care noua clauză este o clauză contractuală în sensul art. 3 alin. (1) din DCA, aceasta trebuie să fie examinată în funcție de fondul propriu, în temeiul articolelor 3, 4 și 5 din DCA.

În același timp, modificarea sau înlocuirea unei clauze contractuale abuzive nu poate, în principiu, să elimine drepturile consumatorului care decurg din caracterul neobligatoriu al clauzei modificate/înlocuite, cum ar fi dreptul de a solicita restituirea plăților³⁹. Este posibil ca Curtea să ofere mai multe clarificări cu privire la aceste chestiuni în legătură cu așa numitele „acorduri de novatie”⁴⁰.

De observat însă că soluția jurisprudențială prin care o clauză esențială este eliminată, fără a se dispune cu privire la validitatea contractului după eliminarea

³⁷ A se vedea B. Țene, *Clauze abuzive în contractele de credit, așa cum rezultă din practica judiciară*, <https://www.universuljuridic.ro/clauze-abuzive-contractele-de-credit-asa-cum-rezulta-din-practica-judiciara/>.

³⁸ Înalta Curte de Casație și Justiție, Decizia nr. 2123/2015.

³⁹ L.-C. Gavrilescu, *Tendențe de unificare a practicii judiciare în materia prescriptibilității cererilor privind contestarea unor clauze ce fac obiectul convențiilor de credit*, Prelegere susținută în cadrul Colocviilor juridice ale Băncii Naționale a României, Ediția a XXIV-a, „Uniformizarea practicii judiciare în domeniul bancar”, organizat la Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, 21.10.2019.

⁴⁰ Cauza C-452/18, *Ibercaja* (pe rol la 31 mai 2019).

clauzei, rămânând la latitudinea părților să negocieze o nouă clauză care să o înlocuiască pe cea eliminată⁴¹, nu clarifică soarta contractului.

Constatarea de către instanță a unei clauze privind dobânda ca fiind abuzivă ar trebui să determine banca să reia negocierile cu privire la această componentă a contractului. Consumatorul nu are însă interes într-o atare situație să negocieze întrucât beneficiază, în urma pronunțării hotărârii, de un contract fără dobândă.

Ca efect al instituirii prin considerentele hotărârii a unei obligații de negociere, în măsura în care părțile nu ajung la o înțelegere, singura soluție aflată la dispoziția acestora este o nouă acțiune prin care să solicite constatarea nulității totale a contractului, de această dată pentru lipsa cauzei.

Instanța are misiunea de a stabili toate consecințele care decurg din constatarea caracterului abuziv al unei clauze, inclusiv din perspectiva contractelor accesorii⁴².

Nulitatea clauzelor abuzive din contractul de împrumut nu va produce efecte și asupra contractului de ipotecă, întrucât ipoteca garantează doar suma acordată prin contractul de credit. Dacă, urmare a constatării caracterului abuziv al unei clauze contractuale se va reduce un element al obligației de plată a debitorului, suma garantată prin contractul de ipotecă se va reduce și ea în mod corespunzător.

Înlăturarea clauzei abuzive reprezintă uneori doar o etapă preliminară, necesară pentru a deschide calea invocării altor instituții remedii, cum ar fi aceea a impreviziunii. Cele mai elocvente situații de acest fel sunt acelea în care eliminarea clauzei de risc valutar pe motiv că are caracter abuziv nu echivalează cu o veritabilă sancțiune, întrucât părțile ar fi pur și simplu plasate într-o situație identică celei generate ca efect al inserării clauzei în contract. Dacă însă eliminarea din contract a clauzei de risc valutar este dublată de constatarea impreviziunii și de intervenția judiciară în contract, care își pierde imunitatea la revizuire pe care i-o conferea clauza de risc, consumatorul este pus într-o situație mai favorabilă decât cea în care s-ar fi aflat dacă clauza ar fi produs efecte⁴³.

➤ **Admisibilitatea înlocuirii clauzei abuzive cu o normă dispozitivă**

Pentru a se da eficiență principiului forței obligatorii a contractului, ca și în dreptul comun și în materia contractelor bancare încheiate cu consumatorii se recurge la soluții de salvagardare a contractului atunci când înlăturarea clauzei

⁴¹ ICCJ, s. a II-a civ., dec. nr. 3913/2013. A se vedea și ICCJ, s. a II-a civ., dec. nr. 84/2016: „Revine părților obligația ca, pe baza unei negocieri reale și efective cu împrumutații și în baza acordului acestora liber exprimat, să modifice clauza declarată nulă atât sub aspectul modului de determinare a dobânzii, cât și sub aspectul momentului de la care această modificare operează și, subsecvent acestei modificări, să emită noi grafice de rambursare”.

⁴² A se vedea A. Pena, *Clauzele abuzive din contractele de credit*, Jurisprudență, Ed. Hamangiu&Litteris e- Publishing, București, 2017, p. 141.

⁴³ A se vedea L. Bercea, *Riscul valutar, impreviziunea și conversia creditelor în valută*, în R. R. D. P. din 2017.

abuzive face imposibilă continuarea sa, pentru a evita lipsirea de efecte a întregii convenții.

Un argument decisiv în adoptarea unei soluții de remediere a contractului îl reprezintă necesitatea protecției consumatorului față de efectele pe care le-ar genera nulitatea contractului. Mai exact, desființarea contractului ar putea avea consecințe negative pentru consumator, ca urmare a faptului că obligația sa de a restitui întregul împrumut devine exigibilă anticipat, ce ar fi în contradicție cu protecția prevăzută de DCA⁴⁴.

Astfel, pentru a evita nulitatea contractului, Curtea a admis, în mod excepțional, posibilitatea ca instanțele naționale să înlocuiască o clauză contractuală abuzivă cu o dispoziție de drept intern cu caracter supletiv. Prin aceasta nu se înțelege că instanța de judecată poate să „construiască” o clauză echitabilă pentru a înlocui clauza considerată abuzivă⁴⁵, ci are doar posibilitatea să identifice o astfel de clauză între normele supletive existente în dreptul pozitiv⁴⁶.

Potrivit jurisprudenței acumulate până în prezent⁴⁷, înainte de a înlocui clauzele contractuale abuzive cu „dispoziții de drept intern cu caracter supletiv”, instanțele naționale trebuie să evalueze dacă:

- „în mod obiectiv, în cazul în care nu s-ar adopta aceste norme, eliminarea unei clauze contractuale abuzive ar conduce la nulitatea contractului în ansamblu
- și dacă acest lucru are consecințe deosebit de prejudiciabile pentru consumator, în lumina tuturor dispozițiilor relevante din legislația națională, inclusiv a normelor de procedură⁴⁸”.

Într-o speță în care aplicarea unei dispoziții cu caracter supletiv a evitat nulitatea unui contract de împrumut indexat în funcție de monede străine,

⁴⁴ A se vedea L.-C. Gavrilescu, *Direcții de unificare a practicii judiciare naționale în materia cererilor consumatorilor fundamentate pe clauzele abuzive din contractele de credit bancar, în lumina deciziilor CJUE*, în R.R.D.A. nr.5/2017, pp. 89-107.

⁴⁵ *Banco Espanol de Crédito*, cit. supra, par. 69, „această posibilitate ar contribui la eliminarea efectului descurajator pe care îl are asupra vânzătorilor sau furnizorilor faptul că astfel de clauze abuzive nu sunt pur și simplu aplicate în ceea ce privește consumatorul (...), în măsura în care aceștia ar fi în continuare tentați să utilizeze clauzele menționate, știind că, chiar dacă acestea ar fi invalidate, contractul va putea fi totuși completat de instanța națională în măsura în care este necesar, garantând astfel interesul respectivilor vânzători sau furnizori”.

⁴⁶ Hotărârea *Kasler*, cit. supra, par. 80.

⁴⁷ Curtea a confirmat principiile stabilite în hotărârile pronunțate în următoarele cauze: cauza C-26/13, *Kásler și Káslerné Rábai*, punctul 85, cauzele conexe C-482/13, C-484/13, C-485/13 și C-487/13, *Unicaja Banco y Caixabank*, punctul 33, cauzele conexe C-96/16 și C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, punctul 74, și cauzele conexe C-70/17 și C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria și Bankia*, punctele 56-63.

⁴⁸ Hotărârea în cauzele conexe C-70/17 și C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria și Bankia*, punctele 61 și 62.

declanșată de caracterul abuziv al mecanismului de conversie valutară, Curtea a statuat după cum urmează:

„Cu toate acestea, nu rezultă de aici că, într-o situație precum cea din litigiul principal, art. 6 alin. (1) din Directivă s-ar opune ca instanța națională, în temeiul principiilor din dreptul contractelor, să elimine clauza abuzivă prin înlocuirea acesteia cu o dispoziție de drept național cu caracter supletiv. Dimpotrivă, faptul de a înlocui o clauză abuzivă cu o astfel de dispoziție, care, astfel cum reiese din cel de al treisprezecelea considerent al Directivei, se consideră că nu conține clauze abuzive, întrucât permite ca, contractul să continue să existe în pofida eliminării clauzei și să fie obligatoriu pentru părți, este pe deplin justificat în raport cu finalitatea Directivei 93/13”.

În plus, Curtea a explicat că „consecințele deosebit de prejudiciabile” ale anulării contractului pentru consumator ar putea periclita efectul descurajator preconizat al eliminării clauzei contractuale abuzive⁴⁹.

Sintagma „dispoziție de drept intern cu caracter supletiv” nu este definită în DCA, însă, indirect, în considerentul 13 din preambulul DCA se menționează că se referă la „normele care, în conformitate cu legea, se aplică între părțile contractante, cu condiția să nu se fi instituit alte acorduri”⁵⁰. În cazul acestor dispoziții există presupunerea că reflectă echilibrul pe care legiuitorul național a dorit să îl stabilească între ansamblul drepturilor și obligațiilor părților la anumite contracte, în cazurile în care părțile nu s-au îndepărtat de o regulă standard prevăzută de legiuitorul național în privința contractelor în cauză sau au ales în mod expres aplicabilitatea unei reguli instituite de legiuitorul național în acest scop.

Revine prin urmare misiunea Curții de a explica mai pe larg semnificația acestei sintagme. Clarificările care se impun vizează dacă noțiunea se referă strict la normele speciale din materia contractelor sau dacă includ și normele generale ale contractelor⁵¹.

Instanțele naționale au solicitat Curții să stabilească dacă, după eliminarea lor, clauzele abuzive pot fi înlocuite cu dispoziții generale din dreptul polonez

⁴⁹ Hotărârea Curții în cauza C-26/13, *Kásler și Káslerné Rábai*, punctul 83.

⁵⁰ Hotărârea Curții în cauza C-26/13, *Kásler și Káslerné Rábai*, punctele 80-81; Hotărârea Curții în cauza C-92/11, *RWE Vertrieb*, punctul 26; Hotărârea Curții în cauza C-280/13, *Barclays Bank*, punctele 31 și 42; Ordonanța Curții în cauza C-7/16, *Banco Popular Español și PL Salvador*, punctul 21; Ordonanța Curții în cauza C-446/17, *Woonhaven Antwerpen BV CVBA/Berkani și Hajji*, punctul 25.

⁵¹ Cauza C-260/18, *Dziubak* (pe rol la 31 mai 2019). Această cauză privește, printre alte întrebări, consecințele care ar putea rezulta din eventuala nulitate a unei clauze contractuale care stabilește mecanismul de conversie valutară pentru un împrumut încheiat într-o monedă străină.

care prevăd că efectele exprimate într-un contract sunt completate cu efectele care decurg din principiile echității sau din obiceiuri⁵².

În cazul în care normele generale permit adaptarea creativă a contractului, se impune a se stabili dacă acestea ar legitima o „modificare” admisibilă a clauzelor contractuale relevante.

Curtea⁵³ a arătat că, în circumstanțe specifice, dispozițiile legislative care servesc drept model sau referință pentru clauzele contractuale, dar care nu sunt dispoziții tehnice cu caracter supletiv, pot fi utilizate pentru a înlocui o clauză contractuală abuzivă cu scopul de a preveni nulitatea contractului.

Este posibil ca Curtea să clarifice, de asemenea, dacă, în circumstanțe foarte specifice, se pot admite alte forme de completare a lacunelor lăsate de o clauză contractuală abuzivă. Decisivă în evaluarea de către instanțele naționale a consecințelor deosebit de prejudiciabile pentru consumatori ale anulării actului, este stabilirea intereselor consumatorului la data sesizării sale. Această verificare este una distinctă de aceea pe care o implică aprecierea caracterului abuziv al clauzei contractuale în temeiul art. 3 alin. (1) din DCA, care se bazează pe circumstanțele existente la data încheierii contractului. În cazurile în care menținerea contractului este imposibilă din punct de vedere juridic ca urmare a eliminării unei clauze contractuale abuzive și dacă menținerea contractului ar fi contrară intereselor consumatorului, Curtea a precizat că instanțele naționale nu pot menține valabilitatea contractului. În astfel de cazuri, dreptul național nu îi poate împiedica pe consumatori să se prevaleze de nulitatea contractului în temeiul art. 6 alin. (1) din DCA⁵⁴.

Într-o cauză recentă⁵⁵ s-a decis că, în situația în care, după eliminarea clauzelor abuzive, natura obiectului principal al acestor contracte se poate schimba, în sensul că acele contracte nu ar mai fi indexate în moneda străină, menținându-se în același timp o rată a dobânzii pe baza ratei acestei monede străine, dreptul uniunii nu se opune invalidării acestor contracte.

Până în prezent, Curtea nu a statuat în mod explicit dacă instanța națională trebuie să stabilească interesul consumatorului în ceea ce privește nulitatea contractului exclusiv pe baza unor criterii obiective sau, mai degrabă, în funcție de preferința exprimată de consumator în cadrul procedurii. Cu toate acestea, există argumente convingătoare pentru respectarea preferinței consumatorului,

⁵² În cauza *Kamil Dziubak și Justyna Dziubak/Raiffeisen Bank International AG*, instanța poloneză a făcut trimitere la Hotărârea *Kásler*, în care Curtea de Justiție a arătat că instanța națională poate în anumite condiții să substituie o clauză abuzivă cu o dispoziție de drept intern în scopul restabilirii unui echilibru între părțile la contract și a menținerii validității acestuia, instanța poloneză.

⁵³ Hotărârea Curții în cauzele conexe C-70/17 și C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria și Bankia*, punctul 59.

⁵⁴ Hotărârea Curții în cauza C-118/17, *Dunai*, punctele 51-55.

⁵⁵ Hotărârea în cauza C-260/18 *Kamil Dziubak și Justyna Dziubak/Raiffeisen Bank International AG*.

întrucât acesta poate chiar să insiste, în cadrul procedurilor judiciare, în favoarea aplicării unei clauze abuzive.

Tot astfel, Curtea nu a precizat dacă se pot aplica dispoziții de drept intern cu caracter supletiv în cazul în care eliminarea unei clauze contractuale nu conduce la nulitatea contractului, cum ar fi clauzele referitoare la penalități, fără ca aceasta să implice o „modificare” a clauzei abuzive de către instanța națională. Curtea a statuat că abordarea unei instanțe supreme naționale care nu a aplicat nici o dobândă penalizatoare prevăzută de lege după eliminarea unei clauze abuzive referitoare la penalitățile de întârziere dintr-un contract era compatibilă cu DCA. Curtea nu a declarat totuși că acest rezultat este impus de DCA. Cu toate acestea, jurisprudența menționată anterior poate sugera că recurgerea la dispoziții cu caracter supletiv este posibilă numai în cazul în care contractul ar fi altfel nul.

Concluzii

Interpretarea și aplicarea legislației specifice din materia protecției consumatorului a dus la concluzia că, în cazul constatării caracterului abuziv al unor clauze contractuale din contractele bancare se va proceda la înlăturarea acestora, astfel încât să nu producă efecte împotriva consumatorului afectat. Din cuprinsul prevederilor legale aplicabile rezultă că în astfel de cazuri contractul fie se derulează în continuare, însă doar cu acordul consumatorului, în situația în care după eliminarea clauzei mai poate continua, fie, dacă contractul nu își mai poate produce efectele după înlăturarea clauzelor considerate abuzive, acesta poate fi reziliat la cererea consumatorului. Cadrul legal în materie, format din norme imperative, nu admite posibilitatea modificării de către instanță a dispozițiilor contractuale, ci numai înlocuirea acestora cu normele supletive incidente.

În unele situații, sancțiunea nulității clauzei abuzive nu reprezintă un remediu suficient pentru asigurarea protecției consumatorului, acesta putând fi cumulat cu alte mijloace legale menite să îi confere o reechilibrare a poziției de egalitate juridică, cum ar fi acela al invocării impreviziunii.

Aspecte controversate privitoare la limitele dreptului la acțiune al organizațiilor sindicale în protecția drepturilor individuale ale membrilor lor

Controversial issues regarding the limits of the right to action of trade union organizations in the protection of the individual rights of their members

Elena Crizantema Panainte¹

Abstract: This study aims to reveal some practical controversial aspects concerning the appliance of the legal provisions referring to the right of the union trade to act for the protection of individual rights of its members. It is centered on national judicial solutions pronounced on this theme, with special view on the international jurisprudence concerning the freedom of association. From this point of view, this study tries to emphasis the direct link between procedural means established by law in favor of union trades and the imperative of the full exercise of freedom of association. For that reason, any procedural impediment concerning the right of action of the union trade represents also an infringement of the freedom of association.

Key-words: union trade, freedom of association, right to action, retired workers, dismissed or unemployed workers.

Rezumat: Acest studiu își propune să trateze câteva aspecte practice controversate în aplicarea dispozițiilor legale referitoare la dreptul organizației sindicale de a acționa pentru protecția drepturilor individuale ale membrilor săi. Acesta este centrat pe soluții judiciare naționale pronunțate pe această temă, cu trimeri speciale la jurisprudența internațională privind libertatea de asociere. Din acest punct de vedere, acest studiu încearcă să pună accentul pe legătura directă dintre mijloacele procedurale stabilite prin lege în favoarea sindicatului și imperativul exercitării depline a libertății de asociere. Din acest motiv, orice impediment procedural privind recunoașterea dreptului la acțiune al organizației sindicale reprezintă, de asemenea, o ingerință în exercițiul libertății de asociere.

Cuvinte-cheie: organizație sindicală, libertate de asociere, calitate procesuala activă, salariați pensionați, concediați, persoane fără loc de muncă.

1. Aspecte introductive

Potrivit art. 9 din Constituția României sindicatele, patronatele și asociațiile profesionale se constituie și își desfășoară activitatea potrivit statutelor lor, în condițiile legii. Ele contribuie la apărarea drepturilor și la promovarea intereselor profesionale, economice și sociale ale membrilor lor.

¹ Judecător la Curtea de Apel Iași.

Legea fundamentală subliniază rolul formelor asociative enumerate de text, fixând, la nivel constituțional, funcția juridică a acestora privitoare la protecția organizată, autonomă și colectivă a intereselor și drepturilor membrilor lor.

Constituția României reflectă la nivel național caracterul fundamental al libertății de asociere, recunoscută și consacrată în multiple izvoare internaționale, stabilind prin dispozițiile art. 40 alin. (1): *„cetățenii se pot asocia liber în partide politice, în sindicate, în patronate și în alte forme de asociere.”*

La nivel internațional, Convenția OIM nr. 87/1948 privind libertatea sindicală și apărarea dreptului sindical stabilește, prin articolul 2, că *„muncitorii și patronii, fără nici o deosebire, au dreptul, fără autorizație prealabilă, să constituie organizații la alegerea lor, precum și să se afilieze acestor organizații, cu singura condiție de a se conforma statutelor acestora din urmă.”*² De asemenea, art. 5 din Carta socială europeană revizuită³ prevede că *„toți lucrătorii și patronii au dreptul de a se asocia liber în organizații naționale sau internaționale pentru protecția intereselor lor economice și sociale.”* Libertatea de întrunire și asociere, inclusiv în sindicate, este instituită și protejată și prin dispozițiile art. 11 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.⁴ Nu în ultimul rând, art. 12 paragraf 1 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene stipulează: *„orice persoană are dreptul la libertatea de întrunire pașnică și la libertatea de asociere la toate nivelurile și în special în domeniile politic, sindical și civic, ceea ce implică dreptul oricărei persoane de a înființa împreună cu alte persoane sindicate și de a se afilia la acestea pentru apărarea intereselor sale.”*⁵

Recunoașterea generală a caracterului fundamental al libertății de asociere nu a împiedicat dezvoltarea unei largi jurisprudențe internaționale referitoare la exercițiu practic al acesteia, în limitele sale interne sau externe.⁶ Dacă rolul

² Convenția 87/1948 a fost ratificată de România prin Decretul nr. 213/1957, publicat în Buletinul Oficial al României, partea I, nr. 4 din 18 ianuarie 1958.

³ România a ratificat Carta Socială Europeană Revizuită a Consiliului Europei prin Legea nr. 74 din 3 mai 1999, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 193 din 4 mai 1999. Ca urmare a ratificării sale de către Suedia, România, Franța și Slovenia, Carta Socială Europeană Revizuită a intrat în vigoare la 1 iulie 1999. Din totalul celor 31 de articole România a ratificat 24 articole, iar din totalul celor 98 de paragrafe, a ratificat 65 paragrafe (pentru detalii a se vedea http://www.mmuncii.ro/pub/imagemanager/images/file/Domenii/Relatii%20bilaterale-organizatii/prezentare_carta.pdf).

⁴ Ratificată de România prin Legea nr. 30/1994, publicată în Monitorul Oficial nr. 135/31 mai. 1994. Curtea Europeană a drepturilor Omului a stabilit că la definirea sensului termenilor și noțiunilor utilizate în Convenție, Curtea poate și trebuie să țină cont de elementele dreptului internațional, altele decât cele ale Convenției, interpretarea acestor elemente de către organele competente și practica Statelor europene reflectând valorile lor comune. Consensul care derivă din instrumentele internaționale specializate și practica Statelor Contractante poate constitui un element pertinent în interpretarea prevederilor Convenției de către Curte în cazuri speciale.

⁵ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene C83/394, 30.03.2010.

⁶ Pentru detalii a se vedea European Court of Human Rights, Factsheet – Trade union rights (disponibil la https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Trade_union_ENG.pdf); ILO

sindicatelor pe palierul drepturilor colective este în mod tradițional analizat, mult mai opacă rămâne problematica apărării drepturilor sau intereselor individuale ale membrilor săi, temă căreia i se circumscrie și studiul de față.

Art. 218 C. muncii realizează o echivalență deplină între cele două paliere, stipulând că: „*Sindicatelor, federațiile și confederațiile sindicale, denumite în continuare organizații sindicale, sunt constituite de către salariați pe baza dreptului de liberă asociere, în scopul promovării intereselor lor profesionale, economice și sociale, precum și al apărării drepturilor individuale și colective ale acestora prevăzute în contractele colective și individuale de muncă sau în acordurile colective de muncă și raporturile de serviciu, precum și în legislația națională, în pactele, tratatele și convențiile internaționale la care România este parte.*” În pofida formulării imperative, textul nu reglementează și mijloacele de acțiune procedurală, de natură a transpune practic rolul constituțional legal al sindicatului în ceea ce privește drepturile individuale ale membrilor săi, prevăzând însă: „*constituirea, organizarea și funcționarea sindicatelor se reglementează prin lege*” (art. 218 alin. (2) C. muncii).

În aplicarea acestor dispoziții, a fost adoptată, inițial, Legea nr. 54/2003 care prin dispozițiile art. 28 a dat deplină abilitare organizațiilor sindicale de a acționa pentru protecția drepturilor individuale ale membrilor de sindicat.⁷

În pofida caracterului imperativ și general al textului, practica judecătorească a rămas neunitară în ceea ce privește calificarea procesuală a poziției organizațiilor de tip sindical în acțiunile judiciare introduse pentru protecția drepturilor sau intereselor individuale ale membrilor lor. Unele abordări diferite au fost tranșate prin soluționarea recursurilor în interesul legii de către Înalta Curte de Casație și Justiție, prin Decizia 1/2013⁸, prin care a stabilit că: „*În interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 28 alin. (2) din Legea sindicatelor nr. 54/2003 (în prezent abrogată prin Legea dialogului social nr. 62/2011) stabilește că organizațiile sindicale au calitate procesuală activă în acțiunile promovate în numele membrilor de sindicat.*”⁹

- Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association (disponibil la https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3943847,1).

⁷ Art. 28 din Legea nr. 54/2003, publicată în M.Of. nr. 73 din 5 februarie 2003, stipula: „1) *Organizațiile sindicale apără drepturile membrilor lor, ce decurg din legislația muncii, statutele funcționarilor publici, contractele colective de muncă și contractele individuale de muncă, precum și din acordurile privind raporturile de serviciu ale funcționarilor publici, în fața instanțelor judecătorești, organelor de jurisdicție, a altor instituții sau autorități ale statului, prin apărători proprii sau aleși.* (2) *În exercitarea atribuțiilor prevăzute la alin. (1) organizațiile sindicale au dreptul de a întreprinde orice acțiune prevăzută de lege, inclusiv de a formula acțiune în justiție în numele membrilor lor, fără a avea nevoie de un mandat expres din partea celor în cauză. Acțiunea nu va putea fi introdusă sau continuată de organizația sindicală dacă cel în cauză se opune sau renunță la judecată.*”

⁸ Publicată în Monitorul Oficial nr. 118 din 1/03/2013.

⁹ Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit totodată că: „*În interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 269 alin. (2) (fost art. 284 alin. (2)) din Codul muncii, republicat,*

În considerentele soluției pronunțate, Înalta Curte a reținut că: „*prin art. 28 alin. (2) din același act normativ se prevede că, în exercitarea atribuțiilor respective, organizațiile sindicale au dreptul de a întreprinde orice acțiune prevăzută de lege, inclusiv de a formula acțiune în justiție în numele membrilor lor, fără a avea nevoie de un mandat expres din partea celor în cauză. Acțiunea nu va putea fi introdusă sau continuată de organizația sindicală dacă cel în cauză se opune ori renunță la judecată. Prin instituirea dreptului organizațiilor sindicale de a formula acțiuni în justiție în numele membrilor lor, chiar și în lipsa unui mandat expres din partea acestora, cu păstrarea însă a drepturilor de dispoziție procesuală din partea titularilor drepturilor subiective, textul art. 28 alin. (2) din Legea sindicatelor nr. 54/2003 a configurat elementele legitimității procesuale extraordinare a acestor organizații, depășind astfel limitele unui simplu drept de reprezentare legală.*

Această interpretare a dispozițiilor art. 28 a fost susținută de o parte a jurisprudenței, dar și de doctrina care a abordat direct situația calității procesuale a organizațiilor sindicale din perspectiva dispozițiilor menționate anterior, așa cum s-a subliniat în raportul întocmit în cauză.

Referitor la categoria interesului apărat prin posibilitatea recunoscută organizațiilor sindicale de a formula acțiune în numele membrilor lor, concluzia este în sensul că legitimarea procesuală activă a fost recunoscută organizațiilor sindicale, în considerarea ocrotirii intereselor membrilor lor, fie că erau interese de grup, fie individuale.”¹⁰

Soluția Înaltei Curți de Casație și Justiție a fost anticipată prin soluții de speță anterioare pronunțate în conflicte de competență¹¹ și consolidată pe noile dispoziții din Legea nr. 62/2011 a dialogului social¹², lege ce a consfințit în mod expres și direct calitatea procesuală activă a organizațiilor sindicale în acțiunile introduse în numele membrilor lor. Astfel, art. 28 din Legea 62/2011 stipulează: „(1) *Organizațiile sindicale apără drepturile membrilor lor, ce decurg din legislația muncii, statutele funcționarilor publici, contractele colective de muncă și contractele individuale de muncă, precum și din acordurile privind raporturile de serviciu ale funcționarilor publici, în fața instanțelor judecătorești, organelor de jurisdicție, a altor instituții sau autorități ale statului, prin apărători proprii sau aleși.* (2) *În exercitarea atribuțiilor prevăzute la alin. (1), organizațiile sindicale au dreptul de a întreprinde orice acțiune prevăzută de lege, inclusiv de a formula acțiune în justiție în numele membrilor lor, în baza unei împuterniciri scrise din partea acestora. Acțiunea nu va putea fi introdusă sau continuată de organizația sindicală dacă cel în cauză se opune sau renunță la judecată în mod expres.* (3) *În exercitarea*

cu modificările și completările ulterioare, instanța competentă teritorial în soluționarea conflictelor de muncă în cazul acestor acțiuni este cea de la sediul sindicatului reclamant.”

¹⁰ Disponibilă pe <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=86216>.

¹¹ A se vedea, spre exemplu, decizia nr. 208/2012 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția I Civilă, disponibilă pe <https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=67574>.

¹² Publicată în Monitorul Oficial nr. 625 din 31 august 2012.

atribuțiilor prevăzute de alin. (1) și (2), organizațiile sindicale au calitate procesuală activă.”

Deși noul text legal a consacrat normativ legitimarea procesuală activă a organizațiilor sindicale pe palierul apărării drepturilor individuale ale membrilor săi, totuși evoluția practică a aplicării normativului a tins spre o interpretare restrictivă, limitând însăși finalitatea urmărită prin reglementare.

2. Distincția dintre instituția calității procesuale active și cea a reprezentării procesuale

În practica judiciară, s-a susținut că trebuie realizată distincția dintre calitatea procesuală activă și reprezentarea procesuală a organizației sindicale. Astfel, prin decizia civilă nr. 297/2018¹³ pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Secția I Civilă în soluționarea unui conflict de competență teritorială, s-a stabilit competența de soluționare a cauzei în favoarea instanței de la domiciliile salariaților. S-a reținut că: *„Obiectul cererii deduse judecării îl constituie acțiunea prin care reclamantii, persoane fizice, reprezentați de sindicat au formulat o acțiune având ca obiect un litigiu de muncă. Se observă că instanțele aflate în conflict au determinat în mod diferit competența teritorială de soluționare a cauzei pornind de la stabilirea calității de reclamant, în raport de prevederile legale incidente în materie. Or, în cauză, se constată ca acțiunea a fost formulată de reclamantii A., B., C., D. și E., prin reprezentant legal Sindicatul Democratic al Bugetarilor din România, persoane fizice care și-au ales sediul pentru comunicarea actelor de procedură în municipiul Galați, județul Galați. Chiar Tribunalul Buzău, prin hotărârea de declinare a competenței de soluționare a cauzei, în dispozitivul acesteia, a trecut ca reclamantii persoanele fizice, personal contractual, reprezentați de sindicat. În atare condiții, în care acțiunea nu a fost formulată de sindicat în numele membrilor săi, ci de persoanele fizice prin reprezentant, în raport de art. 269 alin. (2) C. muncii, competența de soluționare a litigiului dedus judecării aparține instanței în a cărei circumscripție își au domiciliile reclamantii.*

În speța particulară de față, referirile la Decizia nr. 1/2013 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție în recurs în interesul legii nu sunt relevante, în condițiile în care prin respectiva decizie, statuându-se legitimarea procesuală activă a sindicatelor de acțiune în justiție în numele membrilor săi, s-a stabilit ca, în acele situații, acțiunile să fie introduse la instanțele de la sediile sindicatelor.

În cauză însă, după cum s-a precizat, persoanele fizice au calitatea de reclamant și nu sindicatul, care a avut doar calitatea de reprezentant al acestora.”

Din considerentele expuse, ar rezulta că soluția procesuală privind excepția necompetenței teritoriale ar deriva exclusiv din modul de formulare a acțiunii, respectiv din determinarea calității de reclamant prin cercetarea individualizării prealabile a părților, din redactarea cererii.

¹³ Disponibilă pe <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=142346>.

Or, o astfel de concluzie nu pare a fi susținută legal și nici teleologic. În acest sens, art. 28 din Legea nr. 62/2011, cu modificări ulterioare, stabilind dreptul organizațiilor sindicale de a introduce orice acțiune în numele membrilor lor, condiționează exercițiul acestui drept de existența unei împuterniciri exprese în acest sens. Or, prin aceste dispoziții legale, s-a urmărit consacrarea legitimității procesuale active în favoarea organizației colective profesionale, legitimare într-adevăr grefată pe un raport intern de reprezentare, dar având ca temei substanțial propria funcție juridică de apărare a drepturilor deduse judecății. În acest sens, constituțional, funcția juridică a sindicatului este cea de a contribui la apărarea drepturilor membrilor săi.

Potrivit art. 37 C.pr.civ.: „*în cazurile și condițiile prevăzute exclusiv prin lege, se pot introduce cereri sau se pot formula apărări și de persoane, organizații, instituții sau autorități, care, fără a justifica un interes personal, acționează pentru apărarea drepturilor ori intereselor legitime ale unor persoane aflate în situații speciale sau, după caz, în scopul ocrotirii unui interes de grup ori general*”. În acest sens s-a arătat că dispozițiile normative sunt aplicabile și atunci când „*dreptul la acțiune este exercitat de un grup, care urmărește realizarea unui interes colectiv. Prin definiție, interesul nu este personal, ci este înlocuit cu unul colectiv, însă numai dacă legea acordă expres calitate procesuală activă grupului. Este cazul sindicatelor și al anumitor asociații (pentru protecția consumatorilor, pentru protecția mediului) care acționează fără să urmărească valorificarea unor drepturi substanțiale proprii, ci a unor drepturi ale aderenților, aceștia din urmă fiind destinatarii regulilor de drept ce se urmăresc a fi valorificate*.”¹⁴

Previzibilitatea normei juridice impune consecvență și unitate în adoptarea soluțiilor procesuale, întemeiate pe același temei causal. În acest sens, împuternicirea la care face trimitere art. 28 din Legea nr. 62/2011 reprezintă o condiție specială de sesizare a instanței de către organizația sindicală, dar nu se poate confunda cu mandatul procesual, reglementat de art. 85 și urm. C.pr.civ. Textul nu poate fi interpretat în sensul renunțării la formalismul procedural de drept comun, prin instituirea unui simplu mandat olograf, suficient pentru exercițiul dreptului de reprezentare, întrucât art. 28 din Legea nr. 62/2011 instituie, prin excepție de la regulile generale, calitatea procesuală activă a organizației, potrivit art. 37 C.pr.civ. De altfel și Înalta Curte de Casație și Justiție, prin decizia în interesul legii pronunțată, a reținut că „s-au configurat elementele legitimității procesuale extraordinare a acestor organizații, *depășind astfel limitele unui simplu drept de reprezentare legală* (s.n.)”.

Din interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor art. 28 alin. (3) teza a II-a din Legea nr. 62/2011 rezultă că în ipoteza în care organizația sindicală nu prezintă împuternicirea scrisă din partea membrului de sindicat soluția procesuală este de respingere a acțiunii ca fiind introdusă de o persoană fără calitate procesuală activă și nu de anulare a cererii ca fiind introdusă de o persoană fără calitate de

¹⁴ Gabriel Boroș, *Codul de procedură civilă comentat și annotat*, vol. I, Editura All Beck, București, 2001, p. 173.

reprezentant, în temeiul art. 82 C.pr.civ. Astfel, dacă în cazul introducerii acțiunii în baza unei împuterniciri scrise din partea membrului de sindicat, organizația are calitate procesuală activă, în lipsa îndeplinirii acestei condiții sancțiunea este corespunzător echivalentă, de respingere a acțiunii ca fiind introdusă de o persoană fără calitate procesuală activă.

În consecință, calitatea procesuală activă a sindicatului decurge expres din lege, în condițiile stipulate normativ, și aceasta intervine în toate ipotezele, indiferent dacă acțiunea apare formulată de către sindicat în numele și pentru membrul de sindicat sau dacă apare formulată de către un membru prin intermediul sindicatului, legea instituind o derogare de la regimul juridic al legitimării procesuale active și nu o formă particulară de reprezentare procesuală. De altfel, în oricare din ipoteze, drepturile substanțiale vor fi recunoscute, prin hotărârea pronunțată, întotdeauna în favoarea membrului de sindicat.

O ultimă mențiune se impune din punct de vedere procesual. Întrucât organizația sindicală însăși are calitate procesuală activă, aceasta este îndreptățită, în nume propriu, la dobândirea cheltuielilor de judecată avansate, în temeiul art. 453 C.pr.civ.

3. Distincția dintre salariatul activ și fostul salariat – raport de muncă încetat la data sesizării instanței

În practica judiciară s-a invocat inaplicabilitatea dispozițiilor art.28 din Legea nr. 62/2011 în ipoteza în care raporturile de muncă au încetat la data sesizării instanței, atât în ipoteza în care împuternicirea era dată anterior încetării raporturilor, cât și în ipoteza când împuternicirea a fost acordată chiar după încetarea raporturilor de muncă.¹⁵

Prioritar, trebuie subliniat că dispozițiile art. 28 din Legea nr. 62/2011 se referă la membrul de sindicat și nu la salariat.

Este real că art. 3 alin. (1) din Legea nr. 62/2011 stipulează că doar persoanele încadrate cu contract individual de muncă, funcționarii publici și funcționarii publici cu statut special în condițiile legii, membrii cooperatori și agricultorii încadrați în muncă au dreptul, fără nicio îngrădire sau autorizare prealabilă, să constituie și/sau să adere la un sindicat. De asemenea potrivit art. 1 alin. (1) lit. g din Legea nr. 62/2011 prin angajat se înțelege persoana fizică, parte a unui contract individual de muncă ori raport de serviciu, care prestează muncă pentru și sub autoritatea unui angajator și beneficiază de drepturile prevăzute de lege, precum și de prevederile contractelor sau acordurilor colective de muncă aplicabile.

Totuși, aceste dispoziții naționale sunt vădit contrare finalității art. 2 din Convenția nr. 87 a O.I.M. privind libertatea sindicală și protecția dreptului sindical care stipulează că: *„lucrătorii și cei ce angajează, fără nici o deosebire de nici un fel, au dreptul, fără autorizație prealabilă, să constituie organizațiile stabilite*

¹⁵ În acest sens, sentința civilă nr. 1963/12.12.2018 a Tribunalului Iași, nepublicată.

de ei înșiși, precum și de a se afilia la aceste organizații, cu singura condiție de a se conforma statutelor acestora”.

Or, în interpretarea și aplicarea acestor dispoziții convenționale internaționale, Comitetul Libertății Sindicale, ca for internațional specializat în aplicarea convențiilor în acest domeniu, a statuat că: „o prevedere ce lipsește lucrătorii concediați de dreptul de a fi membru al organizației sindicale este incompatibilă cu principiul libertății de asociere întrucât privează persoanele interesate de dreptul de a participa la organizație potrivit liberei lor voințe” (Cazul 1865, paragraf 333)¹⁶.

În același sens, Comitetul de Experti privind aplicarea Convențiilor și Recomandărilor din cadrul O.I.M., în supravegherea aplicării Convenției nr. 87/1948, a reținut că: „în ceea ce privește domeniul de aplicare a libertății de asociere, Comitetul ia notă de informațiile furnizate de Guvern în raportul său potrivit căruia lucrătorii independenți beneficiază de libertatea de asociere în conformitate cu Ordonanța nr. 26/2000 privind asociațiile și fundațiile și că ucenicii au dreptul la afiliere sindicală în conformitate cu Legea nr. 279/2005 privind ucenicia în coroborare cu Codul muncii. Observând că, în ceea ce privește lucrătorii pensionari, Guvernul se referă doar la Ordonanța nr. 26/2000, Comitetul reamintește că legislația nu ar trebui să împiedice foștii lucrători și pensionarii să se alăture sindicatelor, dacă doresc acest lucru, în special atunci când au participat la activitatea reprezentată de uniune. Observând că, în absența unui contract de muncă, lucrătorii pensionari și lucrătorii concediați sau șomeri nu intră în sfera de aplicare a Codului Muncii, Comitetul solicită Guvernului să clarifice dacă acești lucrători pot numai în temeiul actelor constitutive și statutelor, să adere la uniunile sindicale sau să păstreze calitatea de membru sindical și după încetarea raporturilor de muncă”¹⁷.

Or, potrivit art.20 alin. (2) din Constituția României dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile.

În consecință, dispozițiile Convenției O.I.M. (Nr. 87) privind libertatea sindicală și protecția dreptului sindical, la care România este parte, trebuie aplicate în sensul și finalitatea determinată în interpretarea oficială, iar simpla încetare a raportului de muncă nu poate avea ca efect direct și inexorabil încetarea calității de membru al organizației sindicale. În acest sens, Comitetul Libertății Sindicale a reținut și că „pierderea statutului de membru al organizației

¹⁶ *Freedom of Association, Digest decisions and principles of Freedom of Association Committee of Governing Body of the ILO*, Geneva, International Labour Office, Fifth revised Edition, 2006, second impression, 2013, p. 56.

¹⁷ Observation (CEACR) - adopted 2018, published 108th ILC session (2019), Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87) – Romania (Ratification: 1957), disponibile pe https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3964920.

sindicale ca rezultat al conducerii pentru activități greviste este contrară principiului libertății de asociere” (cazul 1851/1922, para. 238).¹⁸

4. Distincția dintre salariatul activ și salariatul pensionar

În practica judiciară¹⁹ s-a reținut că organizația sindicală nu prezintă calitate procesuală în acțiunile introduse în numele și pentru membrii săi de sindicat – pensionari și având ca obiect anularea deciziilor de recalculare pensie.

În susținerea acestei soluții s-a arătat că: „raportat la obiectul cererii introductive, se constata ca prezenta cauză reprezintă un litigiu de asigurări sociale, supus prin urmare jurisdicției asigurărilor sociale.

Apelantul reclamant a sesizat instanța cu cererea de chemare în judecată ce face obiectul prezentei cauze, introdusă pentru membrul său de sindicat, în temeiul dispozițiilor art. 28 alin. (2) din Legea nr. 62/2011, aceste dispoziții legale fiind însă inaplicabile(...). Astfel, Curtea notează că Legea nr. 62/2011 este o lege specială, iar prevederile sale nu pot fi extinse prin analogie jurisdicției asigurărilor sociale. De altfel, potrivit prevederilor art. 156 din Legea nr. 263/2010, prevederile acestui act normativ, referitoare la jurisdicția asigurărilor sociale, se completează cu dispozițiile Codului de procedură civilă și ale Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și nu cu cele ale Legii dialogului social.

Curtea notează că în cuprinsul Deciziei nr. 1/21.01.2013 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul competent să judece recursul în interesul legii, la care a făcut referire și prima instanță, instanța supremă a recunoscut calitatea procesuală activă a organizațiilor sindicale numai în litigiile supuse jurisdicției muncii, iar prevederile art. 28 alin. (3) din Legea dialogului social nr. 62/2011, republicată, ce prevăd expres calitatea procesuală activă a acestor organizații, conferă această legitimare numai pentru apărarea „drepturilor membrilor lor, ce decurg din legislația muncii, statutele funcționarilor publici, contractele colective de muncă și contractele individuale de muncă, precum și din acordurile privind raporturile de serviciu ale funcționarilor publici, în fața instanțelor judecătorești, organelor de jurisdicție, a altor instituții sau autorități ale statului, prin apărători proprii sau aleși.”

Date fiind considerentele anterioare, susținerea apelantului cu referire la faptul că reprezintă o persoană juridică legal constituită, ce nu poate fi cenzurată și limitată în exercitarea atribuțiilor pe care le are în această calitate, inclusiv formularea de cereri în instanța în numele și interesul membrilor săi, nu este de natură a-i atribui calitate procesuală activă în temeiul prevederilor art. 28 din Legea nr. 62/2011. Organizația sindicală își exercită atribuțiile potrivit scopului pentru care a fost înființată, astfel cum acesta rezultă din art. III al Procesului-verbal de constituire și Capitolul II, art. 6,7, fără ca aceasta să aibă drept consecință

¹⁸ Freedom of Association, Digest, ant. cit, p. 56.

¹⁹ În acest sens, decizia nr. 5040 din 16.11.2018 a Curții de Apel București, nepublicată.

dobândirea calității procesuale active în litigiile de asigurări sociale, în temeiul prevederilor art. 28 al. 2 din Legea nr. 62/2011.

Deși conform prevederilor art. 37 Cod procedură civilă, se pot introduce cereri sau se pot formula apărări și de persoane, organizații, instituții sau autorități, care, fără a justifica un interes personal, acționează pentru apărarea drepturilor ori intereselor legitime ale unor persoane aflate în situații speciale sau, după caz, în scopul ocrotirii unui interes de grup ori general, această posibilitate există numai în cazurile și în condițiile prevăzute exclusiv prin lege. Or, așa cum anterior s-a arătat, legea conferă legitimare procesuală organizațiilor sindicale numai în litigiile supuse jurisdicției muncii.”

Față de argumentația judiciară prezentată, trebuie reținut, mai întâi, în planul dreptului intern, că, potrivit art. 7 din Legea 62/2011, organizațiile sindicale au dreptul de a-și elabora reglementări proprii, de a-și alege liber reprezentanții, de a-și organiza gestiunea și activitatea și de a-și formula programe proprii de acțiune, cu respectarea legii, *fiind interzisă orice intervenție din partea autorităților publice, a angajatorilor și a organizațiilor acestora de natură să limiteze ori să împiedice exercitarea drepturilor prevăzute la alin. (1)*. Dispozițiile art. 14-17 din același act normativ reglementează modul de înregistrare legală a sindicatului, iar prevederile art. 18 stipulează că sindicatul dobândește personalitate juridică de la data înscrierii în registrul special al sindicatelor, prevăzut la art. 17 alin. (1), a hotărârii judecătorești definitive. Or, de la data înscrierii, sindicatul dobândește toate drepturile și obligațiile derivând din legea în temeiul căruia s-a constituit, Legea 62/2011, inclusiv dispozițiile art. 28 referitoare la calitatea procesuală activă în acțiunile introduse pentru apărarea drepturilor individuale ale membrilor săi.

Argumentația potrivit căreia exercițiul atribuțiilor organizației sindicale potrivit scopului pentru care a fost înființată nu poate să-i confere legitimare procesuală activă în litigiile ținând de drepturile de asigurări sociale, aduce atingere libertății sindicale, în temeiul căreia sindicatele au un drept deplin de acțiune potrivit prevederilor statutare. Legea nr. 62/2011, în temeiul căruia funcționează sindicatul, este lege generală, organică și are ca obiect de reglementare dialogul social. Potrivit art. 1 alin. (1) lit. u): *„organizație sindicală - denumire generică pentru sindicat, federație sau confederație sindicală. Se constituie pe baza dreptului de liberă asociere, în scopul apărării drepturilor prevăzute în legislația națională (s.n.), în contractele colective și individuale de muncă sau în acordurile colective de muncă, precum și în pactele, tratatele și convențiile internaționale la care România este parte, pentru promovarea intereselor profesionale, economice și sociale ale membrilor săi.”* Or, Legea nr. 263/2010 face parte din legislația națională și dreptul ce se tinde a fi apărat are, în mod evident, caracter economic și social.

În acest sens, Legea nr. 263/2010 și Legea nr. 62/2011 au obiect de reglementare diferit, aplicându-se cumulativ, fără a se exclude reciproc. În ceea ce privește decizia în interesul legii, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că *în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 28 alin. (2) din Legea sindicatelor nr. 54/2003 (în prezent abrogată prin Legea dialogului social nr. 62/2011)*

organizațiile sindicale au calitate procesuală activă în acțiunile promovate în numele membrilor de sindicat, fără a distinge, prin dispozitiv, în raport de natura litigiului. Trimiterile la prevederile Codului muncii din considerente țineau de obiectul sesizării prin recursul în interesul legii și nu tindeau la o interpretare restrictivă a domeniului de aplicare al dispozițiilor art. 28 din Legea nr. 54/2003, interpretată.

Mai mult, în planul dreptului internațional, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reiterat „că articolul 11 § 1 prezintă libertatea sindicală ca o formă sau un aspect special al libertății de asociere (...). Cât privește conținutul dreptului la asociere consacrat de articolul 11 din Convenție, Curtea a considerat că paragraful 1 al articolului 11 conferă membrilor unui sindicat, în scopul protecției intereselor lor, dreptul de a fi auzit, lăsând totodată fiecărui Stat libertatea de a alege mijloacele a fi utilizate în acest scop. În opinia Curții, Convenția cere ca legislația națională să permită sindicatelor, în condițiile care nu sunt contrare prevederilor articolului 11, să protejeze interesele membrilor săi (...)²⁰ .

În același sens, Carta Socială Europeană stipulează, prin dispozițiile art 5 – „Dreptul sindical”, că în vederea garantării sau promovării libertății lucrătorilor și patronilor de a constitui organizații locale, naționale sau internaționale pentru apărarea intereselor lor economice și sociale și de a adera la aceste organizații, părțile se angajează ca legislația națională să nu aducă atingere sau să fie aplicată de o manieră care să aducă atingere acestei libertăți. Comitetul European al Drepturilor Sociale, în aplicarea art. 5, a subliniat că „noțiunea de „lucrător” în sensul Cartei acoperă nu numai lucrătorii aflați în activitate, dar și persoanele care exercită drepturi rezultând din relațiile de muncă. În mod consecvent, Comitetul consideră că stabilirea unor regimuri juridice diferite în ceea ce privește uniunile

²⁰ Hotărârea CEDO din 12 noiembrie 2008, Marea Cameră, CAUZA DEMİR ȘI BAYKARA împotriva TURCIEI, (Cererea nr. 34503/97), paragraf 141, disponibilă pe <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22display%22:%5B%22%22%22%2C%22languageisocode%22:%5B%22RUM%22%22%2C%22appno%22:%5B%2234503/97%22%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-116894%22%22%7D>. În cauză, Curtea de Casație a Turciei nu a recunoscut dreptul unui sindicat de a negocia un acord colectiv, invocând că legislația în vigoare la momentul constituirii sindicatului nu permitea funcționarilor să înființeze sindicate. „Mai mult, modificările ulterioare ale Constituției, care recunoșteau dreptul funcționarilor publici de a fonda sindicate și de a întreprinde negocieri colective, nu erau de natură să anuleze concluzia că sindicatul Tım Bel Sen nu obținuse personalitate juridică și, prin urmare, nu era abilitat să introducă o acțiune în instanță” (paragraf 29). Curtea Europeană a constatat încălcarea dispozițiilor art.11 din Convenției, stabilind că „hotărârea în cauză, în măsura în care a constatat că sindicatul reclamant nu a obținut personalitate juridică la momentul constituirii sale și, respectiv, nu beneficia de dreptul de a introduce o acțiune în instanță, a avut două efecte asupra activităților sindicatului, unul retroactiv și altul prospectiv” (paragraf 113).

*sindicale pentru persoanele pensionate, lucrătorii la domiciliu sau persoanele fără loc de muncă nu este compatibilă cu Carta*²¹.

În același sens, Comitetul Libertății Sindicale, a statuat că „dreptul de a decide dacă o organizație sindicală reprezintă sau nu un lucrător pensionar pentru apărarea intereselor sale specifice este o chestiune ce ține de autonomia internă a tuturor sindicatelor” (Cazul 2347, paragraf 627)²².

Având în vedere forța juridică superioară, considerăm că dispozițiile invocate prevăzute în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Convenția O.I.M. (Nr. 87) privind libertatea sindicală și protecția dreptului sindical și în Carta Socială Europeană (art. 5) trebuie aplicate prioritar²³, în sensul că trebuie recunoscute aceleași drepturi și libertăți pentru formele de asociere, de tip sindical, ale pensionarilor, șomerilor sau ale angajaților liber profesioniști (self-employed)²⁴.

5. Concluzii

Legitimarea procesuală a organizațiilor sindicale trebuie subsumată sferei libertății de asociere și orice ingerință în exercițiul acesteia poate funcționa doar în baza unei prevederi legale exprese, supusă la rândul său testului de conformitate cu prevederile supranaționale din convențiile la care România este parte. În condițiile în care recunoașterea calității procesuale active în favoarea organizațiilor sindicale în acțiunile judiciare introduse pentru apărarea drepturilor individuale ale membrilor lor reprezintă unul din principale mijloace de acțiune în îndeplinirea funcției constituționale, orice impediment procedural trebuie analizat și din perspectiva valorii fundamentale a libertății de asociere. Citită în această cheie, calitatea procesuală activă a organizațiilor sindicale depășește nivelul unei simple condiții a dreptului la acțiune și intră în mod direct în sfera dreptului fundamental al libertății de asociere.

Este real că revine legiuitorului, în primul rând, sarcina de a adapta legislația la cerințele ce derivă din soluțiile organismelor internaționale, însă, în limitele legislației aplicabile, interpretarea jurisdicțională conformă poate oferi soluții adecvate de natură să salvgardeze exercițiul liber al libertății de asociere și să nu instituie bariere formale excesive.

În acest sens, raporturile dintre membrii sindicatului și organizația sindicală rămân guvernate exclusiv de statutul sindical, iar înregistrarea procedurală oficială oferă suficiente garanții de legalitate. Opunerea, din oficiu, a încălcării

²¹ Council of Europe, European Social Charter European Committee of Social Rights, Conclusions XVII-1 (Poland), 2004, p. 12 (disponibil la [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcIdentifier%22:\[%22XVII-1/def/POL/5//EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcIdentifier%22:[%22XVII-1/def/POL/5//EN%22]})).

²² *Freedom of Association, Digest...*, ant. cit, p. 56.

²³ Prin minuta întâlnirii președinților secțiilor pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale ai curților de apel, Cluj, 2019, s-a concluzionat în sens contrar, respectiv că organizațiile sindicale nu au calitate procesuală în acțiunile introduse în numele și pentru membrii săi de sindicat – pensionari, în temeiul Legii 263/2010 (<http://www.inm-lex.ro/displaypage.php?p=173&d=2444>).

²⁴ A se vedea *supra*, nota 16.

limitelor legale de acțiune, în pofida hotărârii judecătorești de înregistrare a statutului sindicatului, aduce atingere nu numai libertății de asociere, dar și securității raporturilor civile, repunând în discuție legalitatea înregistrării.

În lumina jurisprudenței organismelor internaționale, raporturile dintre sindicat și membrii săi rămân exclusiv o problemă statutară și nu există un temei rezonabil, pentru care statul, inclusiv jurisdicția civilă, să intervină în aceste raporturi. În acest sens, rațiuni legate competența teritorială, data împuternicirii acordate sau rațiuni privitoare la statutul actual al membrului de sindicat nu pot reprezenta cauze justificative pentru a interfera cu exercițiul libertății de asociere, ca drept fundamental social.

Încotro duc unii pași actuali pe calea reformei penale (II)? Din nou despre definiția infracțiunii continuate¹

Where to...? Some current steps on the road to criminal law reform
in the Romanian justice system (II).
Again about the definition of the continued offense

Mihai Dunea², Maria-Ioana Mărculescu-Michinici³

Rezumat: Instituția infracțiunii continuate s-a aflat în preocuparea constantă a legiuitorului nostru penal, fiind reglementată și în fostul Cod penal (Legea 15/1968) și în actuala lege penală generală (Legea nr. 286/2009), dar potrivit unor viziuni normative care, cel puțin inițial, au fost parțial diferite. Pornind de la definiția legală originară a infracțiunii continuate, conform Codului penal actual (definiție cuprinsă în art. 35 alin. (1) și care, formal, nu a fost încă modificată, deși este afectată parțial de o decizie de constatare a neconstituționalității sale), trecând prin o serie de norme explicative / interpretative ulterioare (inserate în legea de punere în aplicare a Codului penal), dar și prin jurisprudența obligatorie a Curții Constituționale, precum și printr-un îndelung (și deocamdată ratat) proces normativ de modificare a textului art. 35 alin. (1) C. pen., reglementarea acesteia tinde a descrie un cerc (vicios?) – ca de altfel numeroase alte direcții pe care legiuitorul noului Cod penal a încercat să le acrediteze în dreptul pozitiv. Materialul de față urmărește (în continuare) pașii acestei deveniri (și redeveniri... tentative) a infracțiunii continuate în dreptul penal român contemporan.

Cuvinte-cheie: infracțiune continuată [art. 35 alin. (1) C. pen.]; unitate de subiect pasiv (împotriva aceluiași subiect pasiv); decizia C.C.R. nr. 368/2017; art. 238 din Legea nr. 187/2012; decizia C.C.R. nr. 650/2018; decizia C.C.R. nr. 466/2019; proiect legislativ de modificare a Codului penal (2017-2019) cu indicativul L.238/2018 (Senat), respectiv PL-x nr. 406/2018 (Camera Deputaților).

¹ Prezentul articol reprezintă o dezvoltare actualizată (în luna noiembrie a anului 2019) a materialului privind evoluția perspectivelor de modificare legislativă în domeniul infracțiunii continuate, prezentat în cadrul sesiunii de comunicări științifice din anul 2018 (octombrie) a Facultății de Drept din cadrul Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Articolul de față este o continuare a articolului „Încotro duc unii pași actuali pe calea reformei penale (I)? Despre definiția infracțiunii continuate”, semnat de aceeași autori și publicat în nr. I/2018 al Analelor științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, seria Științe Juridice, tomul LXIV, pp. 223-239 (materialul se poate consulta în format electronic, on-line, la adresa de internet: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2018/2018_1/2.1.michinici_dunea.pdf – verificată la data de 28.11.2019).

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

³ Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: mimichinici@yahoo.com.

Abstract: The Romanian criminal legislator manifested a constant concern for the institution of the continued offense, regulating it in the former Criminal Code (Law no. 15/1968) as well as in the current Criminal Code (Law no. 286/2009) - however, according to a somewhat partially different initial vision. Starting from the original legal definition (according to the current Criminal Code), passing through the subsequent interpretative rules with reference to it (provided by the law for implementing the Criminal Code), then through the mandatory case-law of the Constitutional Court of Romania, and arriving to a long (and so far: missed) legislative process for the modification of the text of art. 35 paragraph 1 from the Romanian Criminal Code, the regulation of the continued offense tends to describe a (vicious?) circle – as many other innovative directions outlined by the legislator of the new Criminal Code of Romania. This material follows (forward) the steps of this cyclic transformation of the continued offense in the contemporary Romanian criminal law.

Key-words: continued offense (article 35 par. 1 of the Romanian Criminal Code); the unity of the passive subject / offense committed against the same passive subject; decision no. 368/2017 of the Romanian Constitutional Court; article 238 from the Law no. 187/2012 (the law for implementing the Criminal Code); decision no. 650/2018 of the Romanian Constitutional Court; decision no. 466/2019 of the Romanian Constitutional Court; legislative project to amend the Criminal Code with the indicative L.238/2018 (Senate) and the indicative PL-x nr. 406/2018 (Chamber of Deputies).

În loc de introducere...

„Este necesar ca procesul de reformă să fie ... continuat, dar (înaintând pe „drumul inaugurat la data de 1 februarie 2014”) fără biletul dus-întors (*căci, în cazul călătoriilor dus-întors, stația de destinație pentru călătoria de dus trebuie să fie aceeași cu stația de plecare pentru călătoria de întors*). Desigur, relativitatea acestei observații (impusă de caracterul permutabil al perspectivei de pe pozițiile căreia este abordat domeniul juridico-penal) reiese din împrejurarea că, în final, numeroase soluții *inovatoare* inaugurate de către noul legiuitor penal (și mai ales de cel procesual-penal) – din 2009 – au fost deja infirmate (revenindu-se la anumite soluții anterior consacrate). Alte asemenea prevederi au generat și continuă să întrețină controverse, interpretări neunitare, critici și propuneri *de lege ferenda* (din care nu puține sunt, de fapt, propuneri de revenire la stadiul *de lege praevia*). (Și) Sub acest aspect, evoluția (!?) reformei penale în curs rămâne de urmărit, căci ea tinde a se desfășura, sub numeroase aspecte ... în continuare (chiar dacă nu neapărat *în baza unei unice rezoluții ... de reglementare*).”⁴

Aceasta era, cu oarecare timp în urmă, observația pe care o exprimam, în loc de concluzii, în căutarea răspunsului la întrebarea *Încontro duc unii pași actuali pe calea reformei penale (în materia infracțiunii continuate)?...* Timpul a demonstrat că ne-am înșelat – iar legiuitorul nu a reușit nici până la finalul anului

⁴ Extrasul reprezintă partea de încheiere (cu subtitlul: *În loc de concluzii...*) a articolului anterior al autorilor, a cărui continuare o reprezintă materialul de față (a se vedea nota de subsol nr. 1 a prezentului articol).

2019 să pună (formal) de acord cu decizia nr. 368/2017 a Curții Constituționale a României⁵ dispozițiile Codului penal în vigoare⁶ (mai precis, prevederile din art. 35 alin. (1))⁷, deși demersul era (și este) extrem de facil: textul normativ trebuie modificat (prin „decupare” = abrogare parțială), în sensul extragerii din cuprinsul său a sintagmei „și împotriva aceluiași subiect pasiv”.

Pentru că este greu de înțeles, în mod obiectiv, cum o asemenea operațiune facilă ridică probleme atât de mari legiuitorului penal român, încât nici (mai bine de) doi ani nu au fost suficienți pentru rezolvarea sa corespunzătoare (iar perioada estimativă realistă a finalizării demersurilor pornite în acest sens se lasă încă așteptată...), se impune să continuăm relatarea despre evoluția (!?) recentă a raportărilor legiuitorului la definiția infracțiunii continuate – cea care ar fi trebuit să fie (în acord cu Decizia CCR 368/2017), însă nu a (mai) fost (deocamdată) să fie...

În acest sens, deoarece urmărirea clară a procesului legislativ și a sincopelor intervenite în desfășurarea sa ca efect al intervenției Curții Constituționale (în cadrul controlului de constituționalitate *a priori*) tinde a fi dificilă (date fiind sinuozitățile și incoerențele pe care le prezintă), vom indica, pe scurt, etapele normative contemporane ale transformării și doritei retransformări a infracțiunii continuate, reluând parțial unele stadii deja indicate în articolul nostru precedent vizând această temă (pentru mai buna lor fixare):

- (**Pasul 1**): Codul penal actual (adoptat și promulgat în 2009, intrat în vigoare pe 1 februarie 2014) a inovat în materia infracțiunii continuate (prin comparație cu legea penală generală anterioară), adăugând cerința generală a existenței subiectului pasiv unic.

- (**Pasul 2**): Ulterior promulgării Codului penal din 2009, dar anterior intrării sale în vigoare, este publicată Legea de punere în aplicare a acestuia (Legea nr. 187/2012)⁸, care, în art. 238, cuprinde unele precizări referitoare la infracțiunea continuată (dar care, implicit, rezolvau și o îndelung disputată chestiune în materia infracțiunii complexe), stabilind că trebuie considerată îndeplinită condiția unicității subiectului pasiv (în cazul infracțiunii continuate) și atunci când obiectul infracțiunii vizează bunuri aflate în coproprietate, precum și

⁵ Decizia nr. 368/30.05.2017 a fost publicată în M. Of. nr. 566/17.07.2017; potrivit dispozitivului acesteia, s-a stabilit că: «sintagma „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal este neconstituțională».

⁶ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul Oficial nr. 510/2009.

⁷ Conform dispozițiilor acestui text normativ se prevede: „Infracțiunea este continuată când o persoană săvârșește la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții și împotriva aceluiași subiect pasiv, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni” (s.n.).

⁸ Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 757/2012 (fiind, ulterior, rectificată în M. Of. nr. 117/2013).

atunci când există pluralitate de subiecți pasivi secundari, dacă subiectul pasiv principal este unic.⁹

- (**Pasul 3**): Decizia nr. 368/2017 a Curții Constituționale (ante-indicată) stabilește neconstituționalitatea sintagmei „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. (1) C. pen.

- (**Pasul 4**): În 2017 (15 noiembrie 2017) Guvernul României a adoptat unele texte (un proiect de lege) pentru modificarea și completarea Codului penal¹⁰, conform căruia (printre altele) în art. 35 alin. (1) C. pen. nu se mai făcea referire la unicitatea subiectului pasiv, definiția infracțiunii continuate urmând să revină, practic, la forma existentă în fosta codificare penală (în vigoare anterior datei de 1 februarie 2014).

În acest punct se oprea procesul transformărilor (efective sau intenționate de către legiuitorul penal român) surprins în articolul nostru precedent. De aici vom reînnoa firul urmării evenimentelor normative...

Pasul (4¹)

„În data de 26.03.2018 proiectul [legislativ – s.n.]¹¹ a fost adoptat tacit de către Senat și transmis spre adoptare Camerei Deputaților (camera decizională)”.¹²

⁹ Textul legal vizat este formulat astfel: „În aplicarea dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal, condiția unității subiectului pasiv se consideră îndeplinită și atunci când: a) bunurile ce constituie obiectul infracțiunii se află în coproprietatea mai multor persoane; b) infracțiunea a adus atingere unor subiecți pasivi secundari diferiți, dar subiectul pasiv principal este unic”.

¹⁰ Comunicatul de presă referitor la adoptarea acestui proiect de lege poate fi consultat on-line, la adresa de internet (verificată pe 28 noiembrie 2019): <http://gov.ro/ro/guvernul/sedinte-guvern/modificarile-la-legislatia-penala-i-procesual-penala-adoptate-in-edinta-de-guvern>

¹¹ Este vorba despre proiectul legislativ ante-menționat, la *pasul 4*.

¹² Citatul reproduce partea a doua a notei de subsol nr. 6 de la pag. 8 a *Punctului de vedere al Guvernului referitor la propunerea legislativă privind punerea în acord a prevederilor Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, cu modificările și completările ulterioare, cu Deciziile Curții Constituționale, Directivei (UE) 2016/343 a Parlamentului European și a Consiliului din 9 martie 2016 privind consolidarea anumitor aspecte ale prezumției de nevinovăție și a dreptului de a fi prezent la proces în cadrul procedurilor penale, Directivei 2014/42/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014 privind înghetarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunilor săvârșite în Uniunea Europeană* (Bp. 184/2018, L.238/2018) – documentul poate fi consultat în format electronic, on-line, la adresa de internet: <http://www.cdep.ro/proiecte/2018/400/00/6/pvg557.pdf> (verificată la data de 28.11.2019). Prima frază a acestei note de subsol preciza că: „În data de 27.11.2017 proiectul a fost trimis pentru raport la Comisia Comună a Camerei Deputaților și Senatului pentru sistematizarea, unificarea și asigurarea stabilității legislative în domeniul justiției”.

Pasul (5)

La data de 18.04.2018 se demarează (de către un grup de parlamentari)¹³ o *propunere legislativă privind punerea în acord a prevederilor Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, cu modificările și completările ulterioare, cu deciziile Curții Constituționale, Directivei (UE) 2016/343 a Parlamentului European și a Consiliului din 9 martie 2016 privind consolidarea anumitor aspecte ale prezumției de nevinovăție și a dreptului de a fi prezent la proces în cadrul procedurilor penale, Directivei 2014/42/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014 privind înghețarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunilor săvârșite în Uniunea Europeană*, înregistrată la Senat (prima cameră sesizată) cu indicativul L238/2018.¹⁴

În forma sa de bază (forma inițiatorului), la punctul nr. 4, acest proiect normativ indica o propunere de redactare a art. 35 alin. (1) C. pen. care era în conformitate cu statuările (în materie) cuprinse în Decizia CCR nr. 368/2017; practic, textul avut în vedere era cel inițial al art. 35 alin. (1) C. pen. (existent în cod, formal, și la momentul redactării acestui material – noiembrie 2019), dar fără referire la condiția unității subiectului pasiv.¹⁵

¹³ Conform Deciziei CCR nr. 466/2019 (pct. 128, privind indicarea parcursului legislativ al actului normativ a cărui constituționalitate era în analiza *a priori* a instanței de contencios constituțional), „propunerea legislativă a fost inițiată de 179 de deputați și senatori”. Mențiunea se regăsește și în anterioara Decizie CCR nr. 650/2018, la punctul 206.

¹⁴ Fișa proiectul actului normativ și aspectele privind derularea procesului legislativ pot fi consultate pe pagina de internet a Senatului României, la adresa on-line (verificată la data de 28.11.2019): https://senat.ro/legis/lista.aspx?nr_cls=L238&an_cls=2018.

¹⁵ Forma inițiatorului la proiectul legislativ L238/2018 al Senatului României poate fi consultată on-line, pe site-ul instituției, la adresa de internet (verificată la data de 28.11.2019): <https://senat.ro/legis/PDF/2018/18L238FG.PDF>. Potrivit acesteia, se propunea următoarea definiție a infracțiunii continuate / următoarea formularea a textului art. 35 alin. (1) C. pen.: „Infracțiunea este continuată când o persoană săvârșește la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții infracționale, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni”. Este de menționat, totuși, cu titlu de curiozitate, că în *Expunerea de motive* a acestei inițiative legislative (document care poate fi consultat on-line la adresa de internet: <https://senat.ro/legis/PDF/2018/18L238EM.PDF> - verificată la data de 28.11.2019), la pag. 5 și 6, referitor la această propunere de modificare a art. 35 alin. (1) C. pen., sunt cuprinse mențiuni eterogene vizând atât schimbarea definiției infracțiunii continuate prin renunțare la condiția unicității subiectului pasiv, cât și referiri la unicitatea rezoluției infracționale, precum și aprecieri legate de modificarea regimului juridic al concursului de infracțiuni (!), inițiatorii propunerii legislative părănd să nu facă o riguroasă distincție între chestiuni distincte în materie penală... Pentru acuratețe, reproducem aceste considerente (bulversante) din expunerea de motive indicată (cu precizarea că părțile îngroșate au fost astfel evidențiate în textul original – evidențierile în cauză nu ne aparțin!): «În ceea ce privește modificarea propusă pentru **art. 35 alin. (1) [C. pen. – precizarea noastră]** s-a considerat necesară **eliminarea sintagmei „aceluiși subiect pasiv”** fiind vorba de **o singură rezoluție infracțională** [*sic!* – trebuie menționat că aceste două aspecte: unitatea

subiectului pasiv, respectiv unitatea rezoluției infracționale, reprezentau condiții generale de existență a infracțiunii continuate complet diferite, astfel încât suprimarea uneia nu poate fi explicată prin existența celeilalte – precizarea autorilor]. **Regimul juridic al concursului de infracțiuni se impune a fi modificat** deoarece actuala reglementare permite aplicarea nejustificată a unor pedepse pentru infracțiuni cu pericol social scăzut, ce presupun, de exemplu, pedepse de până la 7 ani închisoare, însă prin aplicarea lor în concurs **se ajunge la aplicarea unor pedepse ce depășesc sancțiunile pentru infracțiunea de omor** [trebuie să menționăm că, în afară de lipsa legăturii evidente / temeinice între cele două probleme conexe astfel abordate, formularea se caracterizează prin inexactități și printr-o îngrijorătoare lipsă de acuratețe – precizarea autorilor]. O astfel de normă este lipsită de predictibilitate deoarece ea nu permite cetățenilor să cunoască și să anticipeze corect eventualele sancțiuni pe care le riscă dacă săvârșesc anumite infracțiuni, cu atât mai mult cu cât cele mai multe sunt reținute în concurs ideal [sic! – în acest punct, coerența logică a discursului este complet pierdută, nemaifiind clar la ce se face referire, din moment ce problemele de distincție pe care le ridică infracțiunea continuată vizează exclusiv concursul real de infracțiuni, iar nu pe cel ideal, dată fiind condiția ca acțiunile / inacțiunile să se realizeze la diferite intervale de timp, iar nu printr-o singură manifestare a energiei fizice a infractorului – precizarea autorilor]. Această nouă reglementare a modificat în sens negativ practica judiciară a parchetelor, în sensul că, procurorii speculând această normă o folosesc împotriva celor care refuză să-și recunoască faptele, **în concret, de exemplu**, deși este evident că avem de-a face cu o infracțiune în formă continuată cu 7 acte materiale, sunt reținute nelegal [sic!] 7 infracțiuni distincte în sarcina acelei persoane, **tocmai pentru a i se aplica acest spor ce va duce la o pedeapsă nejustificat de mare** [trebuie să precizăm că față de incoerența acestor statuări insultătoare pentru o parte a corpului magistraților, provenind oficial din partea unor reprezentanți ai puterii legiuitoare, nu considerăm că referirea la „paranoia legislativă” este o calificare inexactă...!; se poate observa că se face referire la existența unei pretinse practici nelegale, în condițiile în care se pleacă de la premisa că soluția este impusă ca urmare a existenței noii reglementări, afirmația devenind astfel absurdă: o rezolvare impusă de textul legal nu poate fi nelegală, ci eventual, reglementarea în cauză poate fi apreciată ca inoportună – mențiunea autorilor]. În acest condiții, unele instanțe pot decide în favoarea inculpatului, în sensul de a reține o singură infracțiune în formă continuată, în timp ce altele pot avea o altă poziție, în sensul de a reține că sunt săvârșite 7 infracțiuni distincte, **astfel că nu poate exista o aplicare neunitară a legii, cu privire la situații similare**». Nu ne putem abține să nu mărturisim că întregul paragraf astfel reprodus ne lasă cu totul și cu totul perplecși... Este notabil totuși că însăși Curtea Constituțională a resimțit nevoia de a sancționa această elucubrație (pe care o considerăm drept inadmisibilă într-un document oficial, de tipul unei expuneri de motive la un proiect de act normativ, ce nu ar trebui confundat cu un oarecare discurs politic!); astfel, la punctul 288 din Decizia nr. 650/2018, referitor la aceste considerente, instanța de contencios constituțional a arătat că: „Totodată, analizând expunerea de motive a legii criticate, Curtea constată că, în cuprinsul acesteia, modificarea art. 35 alin. (1) din Codul penal este justificată prin trimiterea exemplificativă la diverse abuzuri de drept, despre care se susține că sunt săvârșite de organele judiciare, cu prilejul aplicării dispozițiilor legale în vigoare referitoare la infracțiunea continuată și la concursul de infracțiuni. Însă, tot prin Decizia nr. 368 din 30 mai 2017, paragraful 26, Curtea Constituțională a statuat că prezumarea eludării legii de către instanțele judecătorești, cu ocazia înfăptuirii actului de justiție, nu poate fi avută în vedere la stabilirea scopului legitim al unei reglementări”.

Pasul (5¹)

La data de 3 iulie 2018, Comisia specială comună a Camerei Deputaților și Senatului pentru sistematizarea, unificarea și asigurarea stabilității legislative în domeniul justiției¹⁶ a adoptat un raport de admitere, cu amendamente, a acestei propuneri legislative.¹⁷ Astfel, referitor la inițiativa modificării art. 35 alin. (1) C. pen. (punctul nr. 4 al propunerii legislative), *Comisia specială* a decis (în mod nefericit) să preia un amendament propus de către Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, în sensul adăugării unei fraze suplimentare ulterior precizării definiției legale a infracțiunii continuate, textul art. 35 alin. (1) C. pen. urmând a avea următorul cuprins: „Infracțiunea este continuată când o persoană săvârșește la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții infracționale, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni. **În cazul infracțiunilor contra persoanei forma continuată se reține numai când faptele sunt săvârșite împotriva aceluiași subiect pasiv**” [*evidențierea din text, prin îngroșare, nu ne aparține – precizarea autorilor*].

Or, prin această adăugire, s-a încălcat, practic, obligația legiuitorului de a pune de acord legea penală cu Decizia CCR nr. 368/2017 (propunerea de reglementare a depășit limitele mandatului emis de către instanța de contencios constituțional), mai ales în condițiile în care s-ar fi absolutizat astfel o soluție – care reprezintă o regulă ce cunoaște, însă, și excepții (căci, printre infracțiunile contra persoanei există și unele în cazul cărora nu se aplică regula – de principiu – potrivit căreia pluralitatea subiecților pasivi este un motiv de scindare a unității de infracțiune).¹⁸

Pasul (5²) [...și (5³)]

La aceeași dată (3 iulie 2018), Senatul a adoptat propunerea legislativă, care a fost transmisă apoi Camerei Deputaților (cameră decizională)¹⁹, ce a adoptat-o imediat (a doua zi, 4 iulie 2018!) în forma astfel amendată. La data de 6 iulie 2019 forma pentru promulgare era deja trimisă în acest scop Președintelui României!

¹⁶ Ne vom referi în continuare la această comisie în forma: *Comisia specială*.

¹⁷ Conținutul acestui raport poate fi consultat on-line la adresa de internet (verificată la data de 28.11.2019): <https://senat.ro/legis/PDF/2018/18L238CR.PDF>.

¹⁸ Precum este cazul în raport de infracțiunea de omor calificat comis asupra a două sau mai multor persoane [art. 188-189 alin. (1) lit. f) C. pen.], sau în ipoteza infracțiunii de proxenetism (art. 213 C. pen.), încadrată drept infracțiune contra persoanei *de lege lata*; de asemenea, apreciem că în cazul altor incriminări contra persoanei se poate discuta valabilitatea sau lipsa de incidentă a acestei reguli (de pildă, în ipoteza infracțiunilor privind obligația de asistență a celor în primejdie – art. 203 și 204 C. pen.).

¹⁹ La Camera Deputaților, proiectul normativ a fost înregistrat cu indicativul: PL-x nr. 406/2018 – fișa acestuia și urmărirea procesului legislativ se pot realiza on-line, accesând pagina de internet: http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=17241 (adresă verificată la data de 28.11.2019).

Pasul (6)

Constituționalitatea acestei propuneri legislative, adoptată de către Parlament și trimisă spre promulgare, a fost însă contestată (anterior promulgării), prin formularea a trei sesizări (obiecții) de neconstituționalitate, adresate Curții Constituționale de către: Înalta Curte de Casație și Justiție; un număr de parlamentari; Președintele României. Drept urmare, promulgarea nu a mai avut loc, așteptându-se decizia Curții Constituționale.

Pasul (7)

La data de 25 octombrie 2018 s-a pronunțat Decizia nr. 650/2018 a Curții Constituționale a României²⁰, prin care (cu majoritate de voturi) s-a stabilit că unele dispoziții ale acestui act normativ (încă nepromulgat) erau neconstituționale; printre acestea, inclusiv dispoziția cuprinsă în fraza a doua a art. 35 alin. (1) C. pen. (cea adăugată în *Comisia specială*, prin adoptarea amendamentului propus de Parchetul de pe lângă instanța supremă...). În acest sens, Curtea Constituțională a analizat criticile de neconstituționalitate și a argumentat²¹ că „menținerea condiției săvârșirii infracțiunii continuate împotriva aceluiași subiect pasiv, în cazul infracțiunilor contra persoanei” contravine „atât soluției, cât și considerențelor Deciziei Curții Constituționale nr. 368 din 30 mai 2017”. În esență, instanța de contencios constituțional a cenzurat (printre altele) inițiativa de modificare suplimentară a textului art. 35 alin. (1) C. pen. (referitor la indicarea necesității existenței unității subiectului pasiv în cazul infracțiunilor contra persoanei), ca reprezentând o lipsă de clară înțelegere, de către legiuitor, a obligației ce îi revenea consecutiv pronunțării și publicării în M. Of. a Deciziei CCR nr. 368/2017. Curtea Constituțională a calificat chiar în mod expres ca fiind „surprinzătoare opțiunea legiuitorului de a stabili, în contra deciziei Curții, reținerea formei continuate a infracțiunii când faptele sunt săvârșite împotriva aceluiași subiect pasiv în cazul infracțiunilor contra persoanei”²² [*evidențierea ne aparține*].

Pasul (8)

În procesul de punere de acord a legii care viza modificarea Codului penal, cu decizia 650/2018 a Curții Constituționale – conform art. 147 alin. (2) din Constituție – procesul legislativ a fost reluat, iar prima Cameră a Parlamentului care a fost sesizată a fost Senatul (potrivit dispozițiilor Constituției). Reintrând în activitate, *Comisia specială* comună a Camerei Deputaților și Senatului (pentru sistematizarea, unificarea și asigurarea stabilității legislative în domeniul justiției)

²⁰ Publicată în M. Of. nr. 97/7.02.2019; decizia poate fi consultată în format electronic, on-line, la adresa de internet: <http://www.cdep.ro/proiecte/2018/400/00/6/dec650.pdf> (verificată la data de 28.11.2019).

²¹ A se vedea punctele 278-289 din Decizia CCR nr. 650/2018.

²² A se vedea paragraful 286 din Decizia CCR nr. 650/2018.

a adoptat, la data de (16/17) aprilie 2019, un raport²³ de admitere a noului proiect, cu amendamente. Printre acestea, *Comisia specială* a decis ca punctul 5 din anteriorul proiect de lege de modificare a Codului penal (cel votat / aprobat de Parlament, dar declarat parțial neconstituțional, anterior promulgării sale, prin Decizia CCR 650/2018), referitor la textul (modificat suplimentar, al) art. 35 alin. (1) C. pen., să fie suprimat cu totul. Practic, după cum se face chiar mențiune expresă în acest raport, „se revine la forma în vigoare” a acestui text legal: dispoziție rămâne formulată într-o singură frază, în care apare referirea expresă la unitatea subiectului pasiv drept condiție generală de existență a infracțiunii continuate (după cum se înfățișează prevederea legală, în mod formal, chiar și la momentul elaborării prezentului articol).

Legiuitorul, confruntat cu sancționarea neînțelegerii pe care a manifestat-o în procesul interpretării Deciziei CCR nr. 368/2017 și a încercării de punere de acord a Codului penal cu aceasta, a considerat, probabil, că este mult mai simplu a renunța cu totul la demersul inițial declanșat (în mod corect). Practic, o nouă neînțelegere / interpretare eronată a obligațiilor sale constituționale! În acest fel, însă, legiuitorul a neglijat, de fapt, aducerea la îndeplinire a obligației constituționale de a pune de acord dispozițiile legale declarate neconstituționale, cu statuările Curții Constituționale, nesocotind, astfel, chiar unul dintre scopurile oficial asumate la debutul inițiativei legislative de modificare a Codului penal...

Pasul (8¹) [...și (8²), respectiv (8³)]

La aceeași dată (17.04.2019), plenul Senatului a adoptat legea în această formă (fără nicio modificare care să mai vizeze textul art. 35 alin. (1) C. pen.).

Proiectul legislativ astfel aprobat de către Senat a fost transmis Camerei Deputaților, în calitate de Cameră decizională. *Comisia specială* a adoptat un (nou) raport de admitere, cu amendamente, la data de 23 aprilie 2019. În acesta nu se mai face nici măcar o singură mențiune referitoare la modificarea prevederilor cuprinse în art. 35 alin. (1) C. pen., în sensul punerii de acord a textului normativ cu Decizia CCR 368/2017... (ca și cum această decizie, precum și referirile la infracțiunea continuată din cuprinsul Deciziei CCR 650/2018, nici nu ar fi existat!).

În (incredibil de) scurt timp de la acest moment, la data de 24 aprilie 2019, plenul Camerei Deputaților a adoptat (din nou) legea de modificare a Codului penal, fără a mai modifica dispoziția care consacră definiția infracțiunii continuate (art. 35 alin. (1) C. pen.). Astfel, în pofida caracterului obligatoriu al Deciziei CCR 368/2017 (și al Deciziei CCR 650/2018), această formă a unității infracționale legale a rămas formal definită de lege ca implicând drept condiție necesară unitatea subiectului pasiv...

Pe 2 mai 2019, în această formă adoptată, legea a fost trimisă, spre promulgare, Președintelui României.

²³ Documentul poate fi consultat în format electronic, on-line, la adresa de internet (verificată la data de 28.11.2019): <https://senat.ro/legis/PDF/2018/18L238RC.PDF>.

Pasul (9)

La datele de 25 aprilie și 10 mai 2019, Curtea Constituțională a fost (din nou) sesizată, în controlul de constituționalitate anterior promulgării, cu două obiecții de neconstituționalitate formulate de un grup de deputați [Dosar nr. 1134A/2019], respectiv de Președintele României [Dosar nr. 1306A/2019]. Drept urmare, în așteptarea unei noi decizii a Curții Constituționale, proiectul de lege, adoptat de către Parlament, nu a mai fost (iarăși) promulgat.

Pasul (10)

Pe 29 iulie 2019 s-a pronunțat Decizia nr. 466/2019 a Curții Constituționale a Românie, referitoare la obiecția de neconstituționalitate a Legii pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, precum și a Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție.²⁴ Prin aceasta, instanța de contencios constituțional a pronunțat legea de modificare a Codului penal, în integralitatea ei („în ansamblul ei”), drept neconstituțională, indicând, totodată, existența obligației legiuitorului de a relua procesul legislativ, dar cu stricta observare și respectare a deciziilor anterioare ale CCR, impunându-se modificarea legii penale în sensul punerii de acord a acesteia cu jurisprudența obligatorie a Curții Constituționale.

În privința atitudinii adoptate de legiuitor cu referire la definiția infracțiunii continuate, instanța de contencios constituțional a arătat că: „Abandonarea, în această fază a procedurii parlamentare referitoare la modificarea art. 35 alin. (1) (...) din Codul penal, echivalează cu nerespectarea obligației constituționale a Parlamentului de a pune de acord cu Constituția dispoziții legale în vigoare constatate ca fiind neconstituționale, ceea ce este de natură să încalce prevederile art. 147 alin. (2) coroborat cu alin. (1) și alin. (4) ale aceleiași norme constituționale. Astfel, Curtea constată că, ignorând scopul inițiativei legislative și decizia Curții Constituționale, Parlamentul a anulat scopul inițiativei legislative, astfel cum acesta a fost formulat în expunerea de motive care a însoțit actul normativ, precum și efectele actelor Curții Constituționale. Întrucât viciul de constituționalitate constă în omisiunea legiuitorului de a legifera în acord cu obligațiile constituționale prevăzute de art. 147 din Legea fundamentală, Curtea constată că acesta afectează actul normativ în ansamblul său”.

În loc de încheiere...

Din cele expuse, reiese că incapacitatea legiuitorului penal român din perioada 2017-2019 de a modifica textul art. 35 alin. (1) C. pen., prin simpla extragere din cuprinsul acestuia a condiției unicității subiectului pasiv (prevăzută drept condiție generală activă de existență a infracțiunii continuate de pe 1.02.2014), fără a mai adăuga nimic altceva legat de acest aspect în textul legii (o operațiune, de altfel, de o simplitate dezarmantă...), a constituit unul dintre principalele

²⁴ Decizia a fost publicată în M. Of. nr. 862/25.10.2019.

motive pentru care legea de modificare a Codului penal, adoptată de către Parlament (și elaborată o perioadă îndelungată), a fost apreciată, totuși, în ansamblul ei, ca neconstituțională, cu ocazia controlului de constituționalitate *a priori* (anterior promulgării). Față de această tristă și incalificabilă realitate, considerăm că orice comentariu suplimentar este de prisos...

Ținând cont de faptul că prin decizia nr. 466/2019, Curtea Constituțională a trasat, practic, legiuitorului, obligația de a relua procesul legislativ demarat în vederea modificării Codului penal și a punerii de acord a acestuia cu o serie de decizii ale Curții Constituționale, pronunțate în ultimii ani, prin care mai multe texte legale în materie penală au fost identificate ca fiind neconstituționale, singura speranță este că legiuitorul actual (și cel viitor) va ști să demonstreze mai mult profesionalism și pricepere legislativă decât cel care a gestionat până la acest moment chestiunea doritei modificări a Codului penal!²⁵

Suntem de părere că această sarcină nu este nici măcar foarte grea, dat fiind monumentalul amatorism pus în evidență de etalonul acestei comparații. În esență, ceea ce apreciem că se impune este, mai mult decât orice, buna-credință a legiuitorului, o normală funcționare a mecanismelor interne ale legiferării, stimularea atenției pentru a interpreta corespunzător deciziile Curții Constituționale (un demers care, într-adevăr, se poate dovedi uneori dificil – dar nu și în materia tratată în cuprinsul acestui articol), disponibilitatea de a apela la sfatul și expertiza specialiștilor în materie penală și deschiderea (selectivă) către soluțiile pe care aceștia le-ar putea propune (argumentat). În plus, s-ar impune uneori o mai temeinică reflecție la sensul unei maxime de proveniență străină (britanică), adeseori ignorată de legiuitorul român, dar care ar trebui poate îmbrățișată cu valoare de principiu al operei de reglementare: *dacă (ceva) nu e stricat, atunci nu trebuie reparat (/ nu-l repara)...!*²⁶ Altfel, posibilitatea apariției unor situații de tipul celei descrise mai sus – perfect încadrabilă în celebra replică caragialiană: „Din două una (...): ori să se revizuiască, primesc! dar să nu se schimbe nimica; ori să nu se revizuiască, primesc! dar atunci să se schimbe pe ici, pe acolo, și anume în punctele esențiale” – este, în continuare, cât se poate de vie și de actuală...

²⁵ Este de observat că de la data de 25 octombrie 2019, proiectul de lege a fost (re)înregistrat la Senat, pentru reexaminare, tot cu indicativul *L.238*. La momentul finalizării materialului de față, acesta fusese trimis pentru raport cu privire la decizia CCR (pe 28 octombrie 2019) Comisiei juridice, de numiri, disciplină, imunități și validări, respectiv Comisiei pentru constituționalitate. Într-un semn deloc de bun augur, la termenul indicat drept scadență pentru primirea acestor rapoarte (26.11.2019), pe site-ul oficial al Senatului, la pagina cuprinzând fișa acestui act normativ și urmărirea procesului legislativ (https://senat.ro/legis/lista.aspx?nr_cls=L238&an_cls=2018) nu fusese încă afișat nici unul din aceste două raporturi (termenul a fost, din start, depășit...). Poate pe parcurs situația se va ameliora...

²⁶ În original (în limba engleză), expresia este formulată astfel: „If it's not broke, don't fix it”.

Poenalia sunt strictissimae interpretationis? (I)¹

Mihai Dunea²

Rezumat: Un principiu binecunoscut / o regulă general admisă de interpretare a normelor juridice penale este: *Poenalia sunt strictissimae interpretationis* (!) – legea penală este de strictă interpretare (și aplicare). Caracterul axiomatic al acestei reguli dispensează, de cele mai multe ori, de explicații suplimentare, fiind, în principiu, de la sine înțeles că domeniul dreptului penal – o materie cu potențial restrictiv maxim pentru drepturile și libertățile fundamentale ale ființei umane – trebuie să opereze cu reglementări precise și punctuale, a căror interpretare și aplicare să fie cât mai strictă / exactă cu putință, pentru a nu lăsa loc arbitrariului interpretativ, fiind atât de multe (și importante) aspecte juridice în joc. Cu toate acestea, un rapid periplu prin diverse instituții de drept penal (general) poate indica facil o serie de ipoteze juridice în care reglementările nu sunt / nu pot fi / nu trebuie să fie interpretate strict, ci, dimpotrivă, se impune / se justifică o interpretare extensivă – deși această practică tinde a contraveni (aparent) tocmai principiului / regulii de interpretare ante-indicat(e). Ce este și mai surprinzător este faptul că, adeseori, în cazuri de acest fel, doctrina și practică admit interpretarea extensivă ca pe un dat firesc, părând să nu sesizeze aparenta incongruență a soluției respective față de o regulă interpretativă general și unanim acceptată ca premisă. În articolul de față ne propunem să realizăm o trecere în revistă (exemplificativă, iar nu exhaustivă) a unor asemenea situații (norme juridico-penale care se interpretează extensiv ori se pretează la a fi extensiv interpretate, existând uneori și discuții legate de acest aspect), cu scurte observații (potențial critice) pe marginea fiecărui caz expus. Deoarece numărul situațiilor pe care le avem în vedere este suficient de ridicat (pe de o parte) și pentru că materialul astfel conceput prezintă un grad sporit de eterogenitate, vom fracționa articolul în (minim) două părți, prima urmând a fi dezvoltată în rândurile următoare, pentru ca în numere viitoare ale publicației să fie reluată și continuată această temă de cercetare.

Cuvinte-cheie: interpretarea legii penale; interpretare strictă / interpretare extensivă; *lex certa*; *lex stricta*; interpretare analogică *in bona partem* / *in mala partem*; unele cazuri particulare.

Abstract: A well-known principle / a generally accepted rule of interpretation of criminal legal norms is: *Poenalia sunt strictissimae interpretationis* (!) - the criminal law is of strict interpretation (and application). The axiomatic nature of this rule often eliminates the need for further explanations. Thus, it is understood that the field of criminal law (a matter with maximum restrictive potential for the fundamental rights and freedoms of the human being) must operate with precise and punctual regulations, whose interpretation and application will be as strict / accurate as possible, in order not to leave room for interpretative arbitrage, as there are so many (and important) legal issues at stake. However, a quick tour through various (general) criminal law institutions can

¹ Prezentul articol reprezintă o dezvoltare a materialului prezentat de autor în cadrul sesiunii de comunicări științifice din anul 2019 (25 octombrie) a Facultății de Drept din cadrul Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

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

easily indicate a number of legal hypotheses (in the current Romanian criminal law) where the regulations are not / cannot / should not be interpreted strictly. On the contrary, in their case an extensive interpretation is required / justified - although this practice tends to contravene (apparently) precisely to the pre-indicated interpretation principle. What is even more surprising is the fact that, in such cases, the doctrine and the practice admit the extensive interpretation as a natural fact, seeming not to notice the apparent incongruity of the respective solution to a general interpretative rule unanimously accepted as a premise. In this article we propose to carry out a review (exemplary, not exhaustive) of such situations (legal-criminal norms that are interpreted extensively or are expected to be extensively interpreted, and sometimes there are discussions related to this aspect), with brief (potentially critical) observations on each exposed case. As the number of situations we are considering is sufficiently high (on the one hand) and because the material thus conceived presents a high degree of heterogeneity, we will divide the article into (minimum) two parts, the first to be developed in the following rows, so that in future issues of the publication this research topic will be resumed and continued.

Key-words: interpretation of criminal law; strict interpretation / extensive interpretation; *lex certa*; *lex stricta*; analog interpretation (*in bona partem* / *in mala partem*); some particular cases.

Preliminarii

Putem considera regula de interpretare a legii penale exprimată prin adagiul *poenalia sunt strictissimae interpretationis (et applicationis) / poenalia restringenda sunt* ca reprezentând o veritabilă axiomă, cu îndelungată tradiție și enunțări constante atât în spațiul teoretic, cât și preluată adeseori în practica dreptului penal. Potrivit acestei reguli, se interzice (de principiu) interpretarea extensivă a dispozițiilor / reglementărilor juridico-penale, impunându-se acreditarea unui sens al normei cât mai apropiat de textul explicit enunțat de către legiuitor.

Concepția (de factură umanistă) se bazează pe supoziția că dreptul penal este un instrument de menținere a ordinii sociale deosebit de puternic și intruziv, aflat la îndemâna statului, iar situațiile de potențială întrebuintare arbitrară a acestuia trebuie să fie limitate / restrânse într-un cadru cât mai legal cu putință, pentru a nu lipsi de garanții individul izolat, confruntat cu întreaga putere și autoritate a entității etatice. Practic, normele dreptului penal fiind de natură a aduce atingere, în cel mai înalt grad posibil drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei, se impune instituirea unui cadru formalist strict, care să nu permită utilizarea acestora în afara unor limite rezonabile de interpretare / aplicare; puterea exercitată de către stat, prin intermediul dreptului penal, trebuie să fie (într-un stat de drept) limitată, restrânsă, pentru a nu deveni abuzivă!

În acest context, ideea de a se impune interpretarea strictă (restrictivă) a acestor norme și aplicarea lor potrivit acestei interpretări apare ca un dat firesc, de bun-simț. Ce metodă mai bună de a asigura protecția individului față de entitatea statală care are puterea și dreptul de a-i aplica (în anumite condiții) normele dreptului penal, decât garanția că acestea nu vor fi extinse dincolo de ceea ce dispozițiile legale exprimă efectiv? În esență, potrivit acestei viziuni

teoretice (ideale), destinatarul legii penale are obligația (și posibilitatea) de a se informa cu privire la prevederile legii penale, urmând a își adapta conduita în considerarea acestora, iar interpretarea și aplicarea lor de către organele judiciare nu poate fi decât una strictă, astfel încât să nu apară posibilitatea ca unele aspecte care nu au fost clar și efectiv comunicate / puse în vedere inițial destinatarului, să fie ulterior avute în vedere (printr-o interpretare extensivă), în procesul tragerii acestuia la răspundere penală. Dacă legea penală transmite tot ceea ce trebuie să transmită și ea nu poate fi extinsă asupra unor ipoteze care nu sunt efectiv, clar și explicit reglementate, atunci destinatarul ei are la dispoziție toate cunoștințele necesare pentru adaptarea conduitei la imperativele legale, iar un eventual derapaj de la linia comportamentală trasată de legiuitor îi poate fi atribuit făptuitorului fără discuții. Persoana ar trebui să fie pusă, astfel, la adăpost față de arbitrariul puterii publice, care nu poate interveni în afara unui cadru predeterminat, strict și clar conturat, prealabil adus la cunoștință subiecților de drept!

Plecând de la aceste considerente, este cu ușurință vizibilă rațiunea instituirii acestei reguli (interpretarea strictă a legii) prin raportare la acele norme penale care, prin aplicare, au potențialul de a conduce la o limitare a drepturilor și libertăților esențiale ale persoanei (de regulă: normele de incriminare). Pe de altă parte, trebuie recunoscut faptul că nu toate normele penale sunt de acest tip / produc acest efect prin aplicarea lor concretă. Dimpotrivă, unele dispoziții ale legii penale vizează o restrângere a măsurii în care anumite drepturi și libertăți ale persoanei pot fi atinse prin intermediul mijloacelor de drept penal, limitând aplicarea altor norme penale (adesea, acest efect îl au diverse norme penale generale, de pildă cele vizând existența unor cauze cu efecte extinctive asupra instituțiilor penale fundamentale, precum normele prin care se reglementează cauze justificative, cauze de neimputabilitate, cauze de impunitate, cauze de înlăturare a răspunderii penale, ori de înlăturare sau de modificare a pedepsei etc.).

Drept urmare, apare întemeiată întrebarea dacă se impune reținerea și aplicarea regulii *poenalia sunt strictissimae interpretationis* și în privința acestor dispoziții(?). Sau acestea pot fi interpretate, ca regulă, extensiv, în beneficiul persoanelor acuzate de comiterea unor infracțiuni? Cu alte cuvinte: dacă regula enunțată a fost instituită ca un mecanism de apărare a individului (persoanei) în fața puterii autorității etatice (titulară a dreptului de a trage la răspundere penală), se poate susține necesitatea respectării sale și în situațiile în care nu ar exista un titular apt să invoce un prejudiciu adus prin nesocotirea acesteia? Dacă interpretarea extensivă ar conduce, uneori, la soluții mai avantajoase pentru destinatarul legii penale, astfel încât acesta nu ar avea interesul să protesteze față de o asemenea practică, se mai impune, în egală măsură, respectarea regulii care interzice acest procedeu interpretativ?

Este lesne observabilă întrepătrunderea esenței regulii *poenalia sunt strictissimae interpretationis* cu principiul fundamental de drept penal constând în legalitatea incriminării și a sancțiunilor de drept penal. Într-adevăr, regula enunțată este în strânsă legătură (și dă conținut) unui corolar al acestui principiu

fundamental, anume conceptului: *lex stricta*.³ De asemenea, într-o continuitate naturală, regula analizată este legată și de interdicțiile existente în dreptul penal cu privire la analogie. Astfel, incriminarea prin analogie este interzisă, ca practică prin care se încalcă principiul legalității incriminării și (implicit) regula interpretării și aplicării stricte a dispozițiilor legii penale. În plus, este de principiu interzisă și interpretarea analogică (extensivă), în special atunci când aceasta ar conduce la o soluție nefavorabilă persoanei acuzate de comiterea unei infracțiuni (interdicția analogiei *in mala partem*).

Pe de altă parte (raportându-ne și la interogațiile anterior formulate), este de observat că doctrina tinde a admite, în general, posibilitatea interpretării analogice *in bona partem* (în cazurile în care prin acest procedeu s-ar impune soluții juridice conforme cu interesul persoanei acuzate de comiterea unei infracțiuni). Or, formal, o asemenea interpretare, atunci când ar fi extensivă (ceea ce, de regulă, se verifică), ar reprezenta (tehnic vorbind) o nesocotire a regulii obligativității interpretării stricte a legii penale! Cu toate acestea, împrejurarea că această veritabilă excepție de la regula *poenalia sunt strictissimae interpretationis* (deși nu este neapărat înfățișată astfel, adeseori) este acceptată (chiar afirmată), de principiu, în literatura de specialitate și admisă, de regulă, în practica judiciară, atrage consecințe importante, a căror legătură și (aparentă) incongruență cu principiul axiomatic formulat și acceptat ca regulă în materie de interpretare a legii penale nu este întotdeauna pe deplin explicată și lămurită. Adeseori, aceste două maxime (*legea penală este de strictă interpretare și aplicare*, respectiv faptul că există *permisiunea interpretării analogice / extensive a legii penale în avantajul acuzatului*) coexistă în limbajul juridic și în practica aplicării dreptului, fără a se sesiza însă la justa ei valoare tensiunea (după caz, latentă sau explicită) care se creează între ele (căci enunțarea celei de a doua maxime tinde a nu corespunde afirmării absolute a celei dintâi). În acest context, apare utilă și dezirabilă sesizarea existenței caracterului derogator al permisiunii interpretării analogice extensive a legii penale în favoarea acuzatului față de regula obligativității interpretării restrictive a legii penale, respectiv cercetarea și conturarea clară a cadrului și mecanismelor care caracterizează raportul dintre regula menționată și excepția de la aceasta.

Desigur, atunci când excepția se conturează într-o ipoteză în care respectarea rigidă a regulii ar fi în detrimentul persoanei pentru a cărei protecție a fost aceasta instituită, explicația caracterului admisibil al derogării decurge din observarea scopului pentru a cărui realizare a fost creat / enunțat principiul analizat (regula *poenalia sunt strictissimae interpretationis*). Din moment ce se va admite că rațiunea formulării și recunoașterii acestei reguli interpretative este protejarea

³ Este cunoscut faptul că, potrivit doctrinei, principiul fundamental al legalității incriminării implică următoarele patru aspecte, care îi conferă caracter efectiv: *lex scripta*, *lex certa*, *lex praevia*, *lex stricta*! În acest sens a se vedea (printre alte surse): Florin Streteanu, Daniel Nițu, *Drept penal. Partea generală (curs universitar)*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 37 ș.u.; M. I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *Drept penal. Partea generală (curs teoretic în domeniul licenței) (I)*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 58 ș.u.

individului în fața puterii etice (garanție împotriva posibilei utilizări arbitrare a autorității publice, într-o confruntare în mod evident disproporționată), se va putea admite ca logică (firească) derogarea incidentă în acele cazuri în care aplicarea inflexibilă a regulii nu mai servește scopului în vederea căreia a fost ea instituită, producând chiar un efect contrar acestui scop. Întrebarea care se conturează este, însă, dacă o asemenea excepție poate fi admisă (și dacă da, în ce măsură, în ce condiții ?) și în alte situații...

Cu atât mai mult apreciem că s-ar impune o clarificare teoretică (ca premisă și pentru o stringent de necesară iluminare a practicii penale) a problemelor generate de chestiunea acestui raport dintre regulă (*legea penală este de strictă interpretare*) și excepție (*permisiunea interpretării extensive, inclusiv analogice, a normei penale*) în acele ipoteze în care se poate observa că doctrina și practica tind a admite uneori derogări chiar de la interdicția interpretării analogice / extensive, *in mala partem*, a legii penale. După o formulare pe care am adoptat-o și cu alte ocazii⁴, plecând de la observarea și relevarea acestor cazuri, se poate afirma că interdicția interpretării (extensive) prin analogie *in mala partem* a legii penale nu este la fel de puternică pe cât este interdicția incriminării prin analogie (a utilizării analogiei în procesul de identificare a sferei de cuprindere a unei norme de incriminare)! Problema pe care o sesizăm în cadrul de față și pe care dorim să o supunem atenției este caracterul relativ / aproximativ al acestei afirmații, faptul că mecanismul după care funcționează permisiunea excepțională de interpretare analogică *in mala partem* (arareori admisă în mod explicit, dar nu la fel de rar recunoscută implicit!) și limitele rezonabile ale unei asemenea permisiuni excepționale, nu sunt încă suficient de clar explorate, relevate, explicate și conceptualizate (teoretizate) în doctrina juridico-penală, ceea ce naște riscul apariției și consolidării unei practici necorespunzătoare și neunitare.

În ceea ce ne privește (după cum ne-am mai exprimat și în trecut)⁵, apreciem că depășirea (transgresarea) interdicției de interpretare extensivă a normei penale, mai ales atunci când procedul nu ar fi în interesul acuzatului, este conferită de configurarea unei alternative interpretative absurde / aberante / ilogice, sau a uneia contrare altor principii / reguli (inclusiv de interpretare) existente în materie juridico-penală, ca unică variantă posibilă față de îmbrățișarea interpretării extensive. Altfel spus: dacă în privința interpretării unei norme penale, în vederea aplicării acesteia, se impune alegerea între o soluție atinsă prin interpretarea extensivă a respectivei norme (inclusiv atunci când aceasta ar fi în detrimentul acuzatului / făptuitorului / infractorului), respectiv o soluție absurdă / ilogică (sau care, prin extensie, ar conduce la inaplicabilitatea pe principiu a normei în cauză), atunci opțiunea ar trebuie efectuată, fără ezitare, înspre alternativa care nu respectă regula *poenalia sunt strictissimae interpretationis*, dar care permite o logică, rațională și coerentă aplicare a legii penale, în raport de principiile și regulile după care funcționează, în esență, aceasta. După cum se indica, de

⁴ M. I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, p. 61.

⁵ *Ibidem*.

altfel, chiar de la originile doctrinei naționale în materie penală: „Regula *poenalia rest[r]ingenda sunt* nu este deci absolută, putându-se, pe cale de interpretare, extinde o dispozițiune chiar în cazul când nu este favorabilă inculpatului, dacă spiritul legii autoriză extinderea” (sic!).⁶

Pentru a adopta o asemenea rezolvare problemei de principiu pe care o supunem analizei în acest cadru ne bazăm pe existența și a altor principii / reguli / argumente (inclusiv de interpretare) funcționale în drept (în general – implicit în dreptul penal), precum:

- argumentul de interpretare *a pari* (bazat pe identitatea situațiilor / ipotezelor), în legătura sa cu regula interpretativă potrivit căreia *acolo unde există identitate de rațiune, ar trebui să existe și identitate de soluție juridică (ubi eadem ratio, ibi idem jus / ubi eadem est ratio, eadem solutio esse debet)*;
- principiul (interpretativ) conform căruia *acolo unde se oprește rațiunea (logica / spiritul) legii, ar trebui să se oprească și aplicarea acesteia / soluția juridică prefigurată de aceasta (ubi cessat ratio, ibi cessat lex / ubi cessat ratio legis, cessat ipsa lex)*;
- argumentul logic al *reducerii la absurd (reductio ad absurdum)* în legătură cu regula obiectivă (și prin aceasta imperativă) potrivit căreia *legea nu poate obliga la imposibil (ad impossibilia nemo tenetur / ad impossibillium, nulla obligatio / impossibillium nulla obligatio est)*;
- regula generală de interpretare în considerarea căreia *legea trebuie interpretată în sensul în care produce un efect, iar nu în sensul inaplicabilității sale / în sensul în care nu ar produce efecte (actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat)*.

În esență, se poate afirma, așadar, că deși problema regulii de interpretare aici analizată (și a potențialelor sale excepții) constituie un aspect direct legat de consecința *lex stricta* decurgând din afirmarea principiului fundamental de drept penal constând în legalitatea incriminării, dezbateră pe marginea acestui subiect este în mare parte ocazionată (și) de consecința *lex certa* decurgând din același principiu fundamental (mai precis spus: de necorespunzătoarea respectare, în anumite ocazii, a acestui imperativ în activitatea de reglementare juridico-penală). Astfel, se poate observa că dacă legiuitorul și-ar îndeplini cu scrupulozitate și responsabilitate obligația de a elabora norme juridice clare, complete, certe sub aspectul conținutului reglementării, cu sferă de cuprindere și conținut care să nu ridice dubii / să nu genereze discuții, controversate (în mediul juridic de specialitate – sporind astfel și mai mult neclaritatea pentru destinatarii obișnuiți ai legii penale), atunci activitatea de interpretare a normelor penale ar fi una extrem de redusă / limitată, iar în procesul realizării sale, ipotezele în care s-ar impune / resimți nevoia unei interpretări extensive ar fi reduse la minimul obiectiv posibil. În absența unei asemenea performanțe (care, din nefericire, nu îi poate fi adeseori atribuită legiuitorului penal – și nu numai – român contemporan), sarcina interpretării normelor, în procesul înțelegerii / explicării / descifrării și aplicării regulii juridice (penale) crește exponențial, iar odată cu aceasta, sporește substanțial și

⁶ I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală, edițiunea a doua (...), revăzut și completat (...) de Vintilă Dongoroz (...)*, Ed. Curierul Judiciar, București, 1924, p. 246.

necesitatea uneori resimțită de a se efectua interpretări extensive ale unor dispoziții, respectiv de a se efectua aplicări în această cheie interpretativă a prevederilor pe care le cuprind acestea (desigur, cu riscul încălcării principiului fundamental de drept reprezentat de separarea puterilor / funcțiilor puterii în stat...). Practic, pe măsură ce (/ dacă) legiuitorul va deveni mai performant, mai tehnic, mai specializat în procesul elaborării normelor (juridico-penale), fortificându-se în mod real corolarul *lex certa* al principiului legalității incriminării, cu atât mai pregnantă va deveni și consecința *lex stricta* legată de același principiu, fortificându-se regula *poenalia sunt strictissimae interpretationis*, prin diminuarea ipotezelor în care se impune admiterea unor excepții de la aceasta.

*

În rândurile ce urmează, ne propunem a indica și puncta, cu unele succinte comentarii, câteva dintre dispozițiile legale actuale în materie penală cu privire la care fie se admite în doctrină (cu sau fără controversă / discuții) că este de realizat o interpretare extensivă (după caz: *in bona partem* ori chiar *in mala partem*), fie este în aprecierea noastră că o asemenea interpretare ar trebui să prevaleze față de una strictă, conformă regulii *poenalia sunt strictissimae interpretationis* (deoarece o soluție contrară ar fi necorespunzătoare sub aspect logic). Pentru că acest veritabil *fir roșu* al expunerii are aptitudinea de a ne conduce la parcurgerea unor dispoziții penale / instituții numeroase și profund eterogene, vom indica în cadrul prezent doar parte dintre aspectele asupra cărora ne-am propus a ne opri, urmând ca în viitor să continuăm publicarea articolului, în același cadru editorial, întregind astfel expunerea demarată aici.

Unele cazuri în care se impune interpretarea extensivă a referirilor la pedeapsă ca vizând, de fapt, raportări și la alte tipuri de sancțiuni de drept penal

Încă din debutul reglementărilor Codului penal actual putem identifica situații în care se resimte nevoia efectuării unei interpretări extensive a legii penale, prin derogare de la regula *poenalia sunt strictissimae interpretationis*. Astfel, potrivit art. 2 alin. (3) C. pen. (text cuprins în reglementarea principiului fundamental / general al legalității sancțiunilor de drept penal), se dispune că „Nicio pedeapsă nu poate fi stabilită și aplicată în afara limitelor generale ale acesteia” [*evidențierea din text ne aparține – M.D.*]. Or, având în vedere că potrivit dispozițiilor anterioare cuprinse în același articol (alin. (1) și 2) legiuitorul a indicat și alte tipuri de sancțiuni de drept penal, alături de pedepse (măsurile educative și măsurile de siguranță), este discutabil caracterul presupus (/ aparent) intenționat al referirii doar la *pedepse* din dispoziția invocată (alin. (3)). Astfel, se poate observa că nu doar anumite pedepse⁷, ci și sancțiunile penale corespondente ale acestora pentru

⁷ Cunosc limite generale: pedepsele principale relativ determinate aplicabile persoanei fizice (închisoarea – art. 60 C. pen. – și amenda – art. 61 alin. (2) C. pen.), pedeapsa complementară a interzicerii exercitării unor drepturi aplicabilă persoanei fizice (art. 66

infractorii minori – măsurile educative⁸ – au reglementate limite generale, care nu pot fi / nu trebuie a fi depășite în procesul stabilirii și aplicării sancțiunii concrete pentru infractorul determinat. Plecând de la această realitate normativă, apreciem că nu există nici o rațiune logică pentru ca limitele generale ale pedepselor să nu poată fi depășite în procesul stabilirii și aplicării lor concrete, însă limitele generale ale măsurilor educative să poată fi astfel transgresate.⁹ După cum am mai indicat și cu alte ocazii¹⁰, însuși conceptul de *limite generale* ale unei anumite categorii de sancțiuni impune, prin natura lucrurilor, imposibilitatea depășirii cadrului indicat de minimul, respectivul maximul general stabilit pentru acea sancțiune (altfel, s-ar estompa până la anihilare deosebirile dintre limitele generale și limitele speciale ale unei anumite categorii de sancțiuni, devenind inutilă raportarea separată la aceste două entități, care sunt însă, în mod obiectiv, distincte...).

O altă ipoteză pe care o invocăm adeseori, în cazul căreia referirea normativă restrictivă la *pedeapsă* ar trebui, de asemenea, să fie interpretată extensiv (aspect, în principiu, admis – adeseori tacit / implicit – în teoria și practica dreptului penal), ca vizând și sancțiunile penale specifice infractorilor minori (= măsurile educative), este aceea privind instituțiile formal calificate de către

alin. (1) C. pen.), pedeapsa principală aplicabilă persoanei juridice (art. 137 alin. (2) C. pen.) și pedepsele complementare aplicabile acesteia din urmă, cu excepția dizolvării [art. 136 alin. (3) lit. b), c) și d), respectiv art. 144 alin. (1) și art. 145 alin. (3) și 5 C. pen.].

⁸ Cunosc limite generale atât măsurile educative neprivative de libertate (art. 117 alin. (1), art. 118, art. 119 alin. (1) și art. 120 alin. (2) C. pen.), cât și cele privative de libertate (art. 124 alin. (2) și art. 125 alin. (2) C. pen.).

⁹ Denunțăm (și cu această ocazie) împrejurarea că, *de lege lata*, prin modificări aduse în anul 2016 dispozițiilor Codului penal și Codului de procedură penală (prin intermediul O.U.G. nr. 18/2016), legiuitorul a încălcat această regulă penală fundamentală, care ar trebui să fie absolută – lipsită de posibilitatea exceptării, prin aceea că a creat (cu titlu de excepție) unele ipoteze în care este posibilă depășirea unor limite generale de pedeapsă, respectiv de măsuri educative privative de libertate. În acest sens, a se vedea dispozițiile (în forma actuală) prevăzute de art. 345 alin. 6 și art. 356 alin. (3) C. pen. (care creează, în mod cu totul și cu totul inacceptabil, un maxim special al pedepsei amenzii pentru persoana fizică mai mare decât maximul general al acestei categorii de pedeapsă!), precum și prevederile cuprinse în art. 396 alin. (1)0 teza finală și art. 480 alin. (4) teza finală C. proc. pen., care conduc la posibilitatea stabilirii și aplicării sub minimul general a unei măsuri educative neprivative de libertate, în cazul existenței unei anumite cauze speciale de reducere / atenuare a răspunderii penale, în lipsă flagrantă de corespondență cu dispozițiile generale în materie cuprinse în art. 128 C. pen. După cum ne-am mai pronunțat, admitem că aceste *derapaje normative* ar putea fi, formal, susținute de invocarea regulii *specialia generalibus derogant*, însă, în opinia noastră, materia în analiză aici (limitele generale ale unei categorii de sancțiuni) este una în cadrul căreia o asemenea derogare nu ar trebui să fie (în mod logic) admisă! În acest sens, a se vedea: M. Dunea, *Observații referitoare la impactul produs asupra unor instituții generale ale dreptului penal de modificările apportate prin OUG nr. 18/2016*, în *Analele Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice*, nr. 1/2016 (tomul LXII), p. 76, 77.

¹⁰ *Ibidem*.

legiuitor drept *cauze de nepedepsire*.¹¹ Într-o interpretare strictă, propriu-zisă, noțiunea ar conduce la ideea că instituția vizează numai situația infractorilor persoane fizice majore și (în cazurile în care există compatibilitate) a infractorilor persoane juridice, nefiind aplicabilă și infractorilor minori, deoarece aceștia nu sunt sancționați prin *pedepse*, ci prin *măsuri educative*. Or, o asemenea interpretare ar fi lipsită de logică și în mod nejustificat discriminatorie, impunându-se astfel, ca în mod extensiv, instituția *cauzelor de nepedepsire* să fie apreciată ca fiind una a *cauzelor de impunitate* (termen mai larg, care acoperă, formal, atât imposibilitatea sancționării penale prin pedepse, cât și prin măsuri educative).¹²

În aceste cazuri (în ambele), interpretarea extensivă este relativ ușor de admis, deoarece ea se realizează *in bona partem*. Astfel, atât extinderea sferei de acoperire a art. 2 alin. (3) C. pen. (pentru a cuprinde și referirea la măsurile educative), cât și cea a ipotezelor care au atribuită natura juridică de *cauze de nepedepsire* (în sensul aprecierii lor drept *cauze de impunitate*, care înlătură atât posibilitatea de stabilire și aplicare a pedepselor, cât și a măsurilor educative), semnifică atragerea unei situații mai favorabile pentru acuzatul care a comis fapta incriminată pe când era minor răspunzător penal (soluția opusă, derivând dintr-o interpretare rigidă, strictă, a legii, nejustificându-se logic).

Unele cazuri în care se impune interpretarea extensivă a referirilor la *condamnare* ca vizând, de fapt, raportări și la alte tipuri de hotărâri ale instanței penale (alte soluții ale acțiunii penale în faza de judecată)

Potrivit art. 396 C. proc. pen., există cinci tipuri de soluții posibile ale acțiunii penale în faza de judecată (cinci feluri de hotărâri pe care le poate pronunța instanța penală), anume: condamnarea, renunțarea la aplicarea pedepsei,

¹¹ Fie acestea generale (art. 34 și art. 51 C. pen.), fie speciale (de exemplu, în Partea specială a Codului penal: art. 198 alin. (4) – pe care o apreciem, în esență, ca fiind eronat calificată astfel de către legiuitor –, art. 201 alin. 7, art. 202 alin. 7, art. 220 alin. 5, art. 221 alin. 5, art. 266 alin. (3), art. 269 alin. (3), art. 270 alin. (3), art. 290 alin. (3) etc.).

¹² Este de evidențiat faptul că uneori, în reglementarea unor asemenea instituții – calificate de doctrină drept *cauze de nepedepsire* – legiuitorul întrebuițează o exprimare (sinonimă pe fond, dar nu neapărat și sub aspectul formei), care are aptitudinea de a acoperi, formal, atât ipoteza *nepedepsirii*, cât și pe aceea a *nesancționării prin măsuri educative*. Astfel, în prevederi precum sunt cele cuprinse în art. 220 alin. 5 și 221 alin. 5 C. pen., formularea legală este: *nu se sancționează*, în timp ce în alte ipoteze similare (regula), formularea legală este: *nu se pedepsește*. Apreciem că natura juridică a normelor în cuprinsul cărora se întrebuițează cele două tipuri de formulări astfel indicate este, pe fond, aceeași, anume: *cauze de nepedepsire*, or, mai corespunzător: *cauze de impunitate*! Se poate ridica însă problema potențialei semnificații care ar putea fi acordată întrebuițării, de către legiuitor, a formulărilor disticte în cauză, respectiv a caracterului conștient / intenționat sau nu a aparentei deosebiri astfel evidențiate...

amânarea aplicării pedepsei, achitarea și încetarea procesului penal.¹³ Prin urmare, referirea într-un text legal la noțiunea de *condamnare* are rolul de a

¹³ Plecând de la această constatare juridică obiectivă, tindem să reiterăm și un aspect care nu este legat direct de subiectul analizei noastre prezente, dar care are legătură cu semnificația raportării la conceptul de *hotărâre de condamnare*. Astfel, există uneori în doctrină și practică reticența a se aprecia că hotărârile prin care se stabilesc / aplică măsuri educative infractorilor minori ar reprezenta hotărâri de condamnare; însuși legiuitorul preferă, uneori, să facă referire la acestea printr-o formulare alternativă la aceea de hotărâri de condamnare, indicându-le, de pildă, ca fiind *hotărâri prin care se dispune / se ia o măsură educativă* (a se vedea, spre exemplu, dispozițiile cuprinse în art. 511 C. proc. pen., ori prevederile din art. 134 alin. (2) C. pen; a se vedea și prevederile art. 239 din Legea nr. 187/2012, de punere în aplicare a noului Cod penal, unde s-a simțit nevoia asimilării exprese a hotărârilor prin care s-au dispus măsuri educative cu hotărârile de condamnare - deși, cele dintâi fiind hotărâri de condamnare, asimilarea nu are obiect / sens). Or, ținând cont de prevederile cuprinse în art. 396 C. proc. pen., apreciem că nu este posibilă o altă calificare, nici măcar una *sui-generis*, a acestor hotărâri, alta decât aceea de *hotărâri de condamnare* (dar nu la pedepse, ci la măsuri educative); avem în vedere și dispozițiile art. 404 alin. (2) teza finală C. proc. pen.. Reținem că legiuitorul a fost, la rândul său, preocupat de acest aspect în perioada contemporană, astfel încât în proiectul de lege de modificare a Codului de procedură penală (*Propunere legislativă privind punerea în acord a prevederilor Legii nr.135/2010 privind Codul de procedură penală, cu modificările și completările ulterioare, cu deciziile Curții Constituționale, Directivei (UE) 2016/343 a Parlamentului European și a Consiliului din 9 martie 2016 privind consolidarea anumitor aspecte ale prezumției de nevinovăție și a dreptului de a fi prezent la proces în cadrul procedurilor penale, a Directivei 2014/42/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014 privind înghețarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunilor săvârșite în Uniunea Europeană, precum și a Deciziilor Curții Europene a Drepturilor Omului, înregistrată la Senat cu indicativul L239/2018 și la Camera Deputaților cu indicativul PL-x nr. 373/2018, cu denumirea modificată: *Proiect de Lege pentru modificarea și completarea Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, precum și pentru modificarea și completarea Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară*; consultarea documentelor se poate face on-line, la adresele de internet: https://senat.ro/legis/lista.aspx?nr_cls=L239&an_cls=2018, respectiv http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=17179 - verificarea adreselor a fost efectuată la data de 4 decembrie 2019) - declarat însă ca fiind în parte neconstituțional, prin decizia CCR nr. 633 din 12 octombrie 2018 (M. Of. nr. 1020/29.11.2018) și ulterior declarat ca fiind în ansamblu neconstituțional, prin decizia CCR nr. 467/29 iulie 2019 (M. Of. nr. 765/20.09.2019), ca urmare a controlului de constituționalitate *a priori* declanșat prin formularea unor obiecții de neconstituționalitate - se viza (și) modificarea art. 396 alin. (1) C. proc. pen., în sensul reformulării textului legal, astfel: „Instanța hotărăște asupra învinuirii aduse inculpatului, pronunțând, după caz, condamnarea sau aplicarea unei măsuri educative, renunțarea la aplicarea pedepsei, amânarea aplicării pedepsei, achitarea, încetarea procesului penal”. O asemenea dispoziție normativă ar fi conferit suport legal ideii că hotărârile prin care se stabilesc măsuri educative nu sunt hotărâri de condamnare propriu-zise, ci acte jurisdicționale asimilate acestora (rămânând însă discutabilă măsura acestei asimilări și efectele ei). Or, este de avertizat asupra faptului că, într-un atare peisaj legislativ, se deschide o veritabilă cutie a Pandorei, prin raportare la nebănuitele necorelări care s-ar isca între respectiva dispoziție*

excluse, de principiu, posibilitatea de a se avea în vedere oricare dintre celelalte tipuri de soluții / hotărâri ale instanței penale (*a fortiori* când termenul este utilizat într-o lege penală, unde noțiunea ar trebui întrebuințată în sensul ei tehnic, strict). Desigur, reciproca este și ea corectă, de principiu, întrebuințarea raportării la *hotărârea de condamnare* fiind exclusă atunci când sunt vizate celelalte soluții procesual-penale...¹⁴

Cu toate acestea, pot fi indicate (exemplificativ) cazuri care fie pot fi apreciate, în mod vizibil, ca reprezentând „scăpări” legislative, fie care pot da naștere la discuții referitor la intenția sau lipsa de intenție a legiuitorului de a avea în vedere doar ipoteza condamnărilor, *stricto sensu*, cu excluderea altor tipuri de soluții / hotărâri penale (ceea ce nu este mereu logic și / sau echitabil).

procesual-penală și prevederi cuprinse în restul legislației penale, materiale sau procesuale. Spre exemplu, apreciem că s-ar impune modificarea definiției concursului de infracțiuni, din moment ce acesta este definit (și) în considerarea inexistenței unei hotărâri (formal calificate ca fiind) de *condamnare*, care să se fi interpus între momentele săvârșirii infracțiunilor comise de aceeași persoană, iar, pe de altă parte, posibilitatea comiterii unui concurs de infracțiuni de către infractorul minor este reglementată expres prin dispozițiile art. 129 alin. (1) C. pen. (și nu numai).

¹⁴ Apreciem că se poate admite și existența, respectiv utilizarea noțiunii de *condamnare* într-un sens larg, mai puțin riguros sub aspect tehnic, juridico-penal, a termenului *condamnare*, dar o asemenea practică s-ar putea admite, eventual, în raport de dispoziții legale nepenale, cuprinse în acte normative care aparțin (în principal) altor ramuri de drept. Astfel, pentru a evita o concluzie de neconstituționalitate a instituțiilor renunțării la aplicarea pedepsei și amânării aplicării pedepsei (care generează soluții și hotărâri penale corelative) – care se pronunță în prezența aceleiași premise ca și aceea care poate conduce la o hotărâre de condamnare, reieșind așadar că fapta comisă reprezintă, în cazul lor, infracțiune, iar persoana care a săvârșit-o poate fi apreciată drept *infractor*, deși prezumția sa de nevinovăție nu a fost răsturnată printr-o hotărâre definitivă de condamnare – față de prevederea din art. 23 alin. (1)1 din Legea fundamentală potrivit căreia prezumția de nevinovăție se înlătură numai prin pronunțarea unei hotărâri definitive de *condamnare*, s-ar putea recurge la argumentul întrebuințării conceptului de *hotărâre de condamnare* într-un sens larg (*lato sensu*), în Constituție. Această semnificația ar fi deosebită de aceea a conceptului de *hotărâre de condamnare* într-un sens restrâns (*stricto sensu*), în care ar fi utilizată, de regulă, noțiunea, în prevederile tehnice / stricte ale legii penale (materiale și / sau procesuale). În primul sens, prin această noțiune s-ar viza atât referirea la o hotărâre de condamnare *stricto sensu*, cât și la o hotărâre de renunțare la aplicarea pedepsei / amânare a aplicării pedepsei (adică la orice tip de hotărâre prin care s-ar stabili că: fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat), în timp ce în al doilea caz, o asemenea raportare ar fi exclusă, fiind avută în vedere numai hotărârea de condamnare efectivă. Observăm că un mecanism similar se poate verifica între formularea legiuitorului penal și aceea a legiuitorului constituțional în legătură cu noțiunea / conceptul de *lege penală mai favorabilă* (potrivit art. 15 alin. (2) din Constituție, termenul, utilizat *lato sensu*, include și raportarea la legea de dezincriminare, pe când, potrivit formulării tehnice, restrictive, din art. 5 și 6 C. pen., se exclude o asemenea încorporare a legii de dezincriminare – reglementate separat, în art. 4 C. pen. – în referirea la *lege penală mai favorabilă stricto sensu*).

Spre exemplu, potrivit dispoziției cuprinse în art. 86 alin. (3) C. pen., text referitor la supravegherea care urmează a se exercita consecutiv dispunerii soluției amânării aplicării pedepsei, legea face referire la hotărârea de *condamnare* (!), deși, în mod evident, o asemenea hotărâre / soluție nu există în respectivul caz, hotărârea avută în vedere fiind una distinctă, anume de amânare a aplicării pedepsei.¹⁵

Mai puțin evident, însă, în materia aplicării în timp a legii penale, referitor la principiul *mitior lex*, art. 6 C. pen. se referă (în text)¹⁶, explicit sau implicit, la ipoteze de aplicare a legii penale mai favorabile intervenită (numai) după rămânerea definitivă a unei hotărâri de *condamnare*, o interpretare strictă (conformă principiului *poenalia sunt strictissimae interpretationis*) conducând la concluzia că textul / instituția este inaplicabil(ă) în toate celelalte ipoteze, anume acelea în care hotărârea definitivă nu ar fi una de *condamnare*, ci de alt tip, anume de *amânare a aplicării pedepsei* (cazurile hotărârilor de renunțare la aplicarea pedepsei, încetare a procesului penal și achitare sunt, de principiu, implicit excluse, deoarece în aceste situații nu se stabilește o pedeapsă / sancțiune de drept penal, cu privire la care, fiind mai favorabilă reglementarea din legea nouă, aceasta să se poată aplica drept lege penală mai favorabilă; totuși, credem că se poate discuta chiar și în ipoteza unei asemenea hotărâri aplicabilitatea acestui articol inclusiv, raportat la dispozițiile cuprinse în alin. 5 și 6, vizând măsurile de siguranță¹⁷). Aceasta cu atât mai mult dacă interpretarea se face și prin observarea alternativă a prevederilor / formulărilor din art. 5 C. pen., unde legiuitorul se referă (corect), atât în denumirea marginală, cât și pe conținutul reglementării, la ipoteza aplicării legii penale mai favorabile până la *judecarea definitivă a cauzei* (exprimarea este neutră din punct de vedere al tipului de soluție / hotărâre penală care s-ar pronunța).

¹⁵ Textul legal vizat prevede după cum urmează: „Serviciul de probațiune va lua măsurile necesare pentru a asigura executarea obligațiilor prevăzute în art. 85 alin. (2) lit. a)-d), într-un termen cât mai scurt de la data rămânării definitive a hotărârii de *condamnare*” (sic! – evidențierea ne aparține).

¹⁶ Este adevărat că în cuprinsul denumirii marginale, legiuitorul adoptă și în cazul art. 6 C. pen. o formulare neutră sub aspectul tipului de soluție / hotărâre penală pronunțată, indicând doar *Aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei*. Însă, în procesul interpretativ al unei dispoziții legale, de principiu, între formularea notei marginale / denumirii unui text legal și formularea utilizată de legiuitor pe cuprinsul prevederii normative respective, prioritate / prevalență trebuie să aibă aceasta din urmă, sens în care este și dispoziția cuprinsă în art. 47 alin. 5 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative (republicată în M. Of. nr. 260/2010).

¹⁷ Măsurile de siguranță, reprezentând sancțiuni de drept penal care nu sunt (totodată) și sancțiuni penale (consecințe ale răspunderii penale) se pot dispune (ca regulă) chiar și atunci când fapta nu este infracțiune, fiind suficient să fie o faptă prevăzută de legea penală, nejustificată (art. 107 alin. (2) C. pen.). Prin urmare, este posibilă aplicarea unor asemenea sancțiuni de drept penal și printr-o hotărâre de încetare a procesului penal, precum și prin hotărâre de renunțare la aplicarea pedepsei, ori chiar de achitare!

Or, este de observat că, pe fond, nici un motiv temeinic / nici o rațiune juridică (sau pur și simplu logică) nu justifică menținerea, formală, a unei pedepse stabilite în concret, pentru o persoană, la o valoare / un quantum mai ridicat decât cel maxim prevăzut în legea nouă pentru infracțiunea comisă de respectiva persoana (sanționată prin aplicarea legii anterioare), pe motiv că aceasta nu a fost condamnată la pedeapsa în cauză, care i s-a stabilit printr-o hotărâre definitivă de amânare a aplicării pedepsei. Deși este adevărat că prin aplicarea legii noi și reducerea pedepsei stabilite pentru respectiva persoană la valoarea noului maxim special (inferior pedepsei concret stabilite, definitiv, potrivit legii anterioare), nu s-ar produce nici o modificare concretă / efectivă, imediată, în situația juridică a persoanei în cauză¹⁸, totuși, menținerea, chiar și formală, în sarcina acesteia, a unei pedepse stabilite peste valoarea maximă superioară prevăzută de legea nouă pentru acea pedeapsă / pentru respectiva infracțiune, este necorespunzătoare și de natură a încălca principiul legalității sancțiunilor de drept penal și regulile de aplicare în timp a principiului *mitior lex*.

Practic, dacă amânarea aplicării pedepsei s-ar revoca sau anula, la acel moment ar urma să fie pronunțată o condamnare și atunci ar opera (cel mai târziu) aplicarea dispozițiilor art. 6 C. pen.; dacă, însă, termenul de supraveghere ar trece fără operarea revocării / anulării instituției, pedeapsa se va considera că nu a fost aplicată (art. 90 C. pen.); or, formal, valoarea pedepsei neaplicate ar trebui să apară ca fiind aceea redusă, prin reținerea incidenței art. 6 C. pen., iar nu aceea indicată de către instanță în hotărârea de amânare a aplicării pedepsei, pronunțată în baza legii vechi, anterioară modificării cu legea mai favorabilă!

Totuși, interpretarea extensivă a prevederilor art. 6 C. pen., ca făcând referire și la ipoteza legilor noi mai favorabile intervenite după rămânerea definitivă a unor hotărâri de amânare a aplicării pedepsei este relativ ușor admisibilă, fiind efectuată în beneficiul persoanei vizate (*in bona partem*).¹⁹

Unele cazuri în care se impune interpretarea extensivă a referirilor la infracțiune ca vizând, de fapt, raportări și la simple fapte prevăzute de legea penală (și viceversa...?)

Este binecunoscută distincția de principiu care trebuie operată între aceste două concepte: *orice infracțiune este o faptă prevăzută de legea penală, dar nu orice faptă prevăzută de legea penală este o infracțiune!* Astfel, raportarea la infracțiune presupune afirmarea întrunirii tuturor trăsăturilor esențiale ale acesteia, anume:

¹⁸ Astfel, din moment ce durata termenului de încercare al amânării aplicării pedepsei este una fixă, de doi ani (potrivit art. 84 C. pen.), nefiind influențată de durata concretă sau natura pedepsei stabilite (atât timp cât aceasta permite amânarea aplicării pedepsei), reiese că o reducere a valorii pedepsei stabilite în sarcina infractorului de către instanța care a amânat aplicarea respectivei pedepse nu poate conduce la reducerea corespunzătoare a duratei termenului de supraveghere.

¹⁹ În acest sens, a se vedea Florin Streteanu, Daniel Nițu, *Drept penal. Partea generală (curs universitar)*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 147.

tipicitatea (comiterea unei fapte prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție – în forma anume impusă de lege pentru existența acelei infracțiunii), antijuridicitatea (caracterul nejustificat) și imputabilitatea (existența capacității penale, a posibilității de a i se atribui / imputa persoanei fapta pe care a comis-o).

Prin urmare, referirea la *faptă prevăzută de legea penală* poate, în funcție de context, să sublinieze tocmai împrejurarea că entitatea de referință nu constituie infracțiune, neîntrunind toate trăsăturile esențiale (altele decât aceasta), dar poate și să transmită un mesaj neutru, anume că este vorba despre o activitate incriminată (prevăzută de legea penală), care, în funcție de cum se va proba sau nu, pe caz concret, existența tuturor celorlalte trăsături esențiale, va putea reprezenta (sau nu) o infracțiune. Pe de altă parte, referirea expresă la infracțiune tinde a transmite un singur mesaj, anume: entitatea de referință este mai mult decât o simplă faptă prevăzută de legea penală, este o faptă prevăzută de legea penală care s-a constituit în infracțiune, verificându-se întrunirea tuturor celorlalte trăsături esențiale!

Or, este de observat că, uneori, legiuitorul nu întrebuințează în acest sens conceptul de infracțiune, ci într-un sens larg, care nu exclude ipoteza în care entitatea de referință ar putea să fi rămas doar la stadiul de *faptă prevăzută de legea penală* (sau, cel puțin, că în unele cazuri se poate discuta acest aspect, deoarece interpretarea potrivit căreia raportarea la *infracțiune* ar fi făcută în sens strict conduce la soluții greu de acceptat, lipsite de echitate și în mod absurd limitatoare ale sferei de aplicare a legii penale).

Spre exemplu, potrivit art. 3 C. pen. (text de debut în materia aplicării legii penale în timp), se prevede că „Legea penală se aplică *infracțiunilor* săvârșite în timpul cât ea se află în vigoare” (evidențierea ne aparține). Or, într-o interpretare strictă, ar reieși că legea penală nu se poate aplica decât în ipoteza comiterii unei fapte incriminate formal calificate drept *infracțiune*, ceea ce este inexact.²⁰ Astfel, potrivit art. 107 alin. (2) C. pen. (de exemplu), măsurile de siguranță (sanctiuni de drept penal) se aplică (ca regulă) și atunci când fapta comisă nu este neapărat infracțiune, ci (simplă) faptă prevăzută de legea penală, nejustificată!

Dispoziții similare celei din art. 3 C. pen. se mai pot întâlni pe parcursul legislației penale, și în alte texte normative care vizează, de fapt, aplicarea legii penale (uneori) și în raport de comiterea unor fapte prevăzute de legea penală care nu se constituie, efectiv, drept infracțiuni (de pildă, art. 5 C. pen.; art. 7 C. pen.; art. 8-12, 13 C. pen.). De asemenea, reținem că o noțiune sinonimă celei de *infracțiune* este și aceea de *faptă penală* (care este, așadar, distinctă de conceptul de *faptă prevăzută de legea penală*). Cu toate acestea, lipsa (regretabilă) de rigoare a legiuitorului determină uneori la înțelegerea referirilor la *faptă penală* în sensul

²⁰ În legătură cu acest subiect a se vedea și aprecierile noastre (critice) anterior exprimate în: M. I. Michinici, M. Dunea în T. Toader (coordonator) ș.a., *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 12, 13; M. I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *Drept penal. Partea generală (curs teoretic în domeniul licenței) (I)*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 143; de asemenea, a se vedea și: F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 100.

(impropriu) de *faptă prevăzută de legea penală*, cum este cazul, de pildă, în cuprinsul art. 71 alin. (1) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului.²¹

Deși sub aspect substanțial apare ca evident că în aceste cazuri legiuitorul român nu a vizat, prin raportarea expresă la conceptul de infracțiune, să limiteze aplicarea legii penale române, cu excluderea ipotezelor în care aceasta ar fi incidentă ca urmare a comiterii unei simple fapte prevăzute de legea penală, trebuie totuși arătat că o astfel de interpretare extensivă tinde a fi una în defavoarea făptuitorului, așadar vulnerabilă prin formula nesocotire a regulii *poenalia sunt strictissimae interpretationis* (deși logică și echitabilă pe fond).

Reiterăm și ideea potențialei interpretări a referirii legale exprese la *fapte incriminate* (așadar: *fapte prevăzute de legea penală*) ca exprimând de fapt mai mult de atât, anume vizând existența *infracțiunii*, iar nu numai a tipicității (fără întrunirea celorlalte trăsături esențiale ale infracțiunii)... Astfel, de exemplu, admitem că se poate discuta²² dacă *dubla incriminare* (cerință de aplicare a legii penale în spațiu, în anumite cazuri – precum ipoteza din art. 9 alin. (2) C. pen.: principiul personalității, în raport de infracțiuni de gravitate scăzută și medie) vizează numai identificarea strictă a unei dispoziții de incriminare corelative în legea penală străină (de referință), sau se referă, în general, la posibila încadrare drept infracțiune a faptei efectiv comise, potrivit acelei legislații, impunând așadar și verificarea existenței altor trăsături esențiale ale infracțiunii: caracterul nejustificat (antijuridicitatea) și caracterul imputabil. O asemenea interpretare ar fi chiar în beneficiul infractorului, căci în asemenea cazuri, extinderea verificării îndeplinirii condiției dublei incriminări și asupra altor trăsături decât tipicitatea ar crește șansele de excludere a aplicării legii penale române...

Unele cazuri în care se impune interpretarea extensivă a referirilor la *faptă prevăzută de legea penală* ca vizând, de fapt, raportări și la *vinovăție* (*faptă prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție*)

Potrivit definiției actuale, în vigoare, a infracțiunii (din legea penală română), potrivit art. 15 C. pen. (în disonanță față de viziunea inițial cuprinsă în

²¹ Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului a fost republicată în M. Of. nr. 159/5 martie 2014. Art. 71 alin. (1) din aceasta dispune după cum urmează: „Măsura de supraveghere specializată se dispune în condițiile prezentei legi față de copilul care a săvârșit o *faptă penală* și care nu răspunde penal” (evidențierea noastră).

²² În ceea ce ne privește, am exprimat deja opinia cu privire la acest subiect, în sensul că în acest caz, interpretarea se impune a fi restrictivă, verificarea condiției dublei incriminări limitându-se doar la aspectele legate de tipicitate – a se vedea: M. I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, p. 258-259. Acceptăm însă posibilitatea dezbaterii acestei chestiuni, dincolo de opinia proprie exprimată. În plus, credem că se poate discuta dacă referirea la incriminare, în acest context, așadar, implicit, la tipicitate, vizează conceptul plener (concordanța obiectivă și subiectivă a faptei concret săvârșite cu tiparul normei de incriminare străine), sau numai pe cel restrâns (tipicitatea obiectivă, separat de aspectele privind vinovăția).

Proiectul noului Cod penal), conceptul de *faptă prevăzută de legea penală* (*stricto sensu*) nu include și aspectele de natură subiectivă privind comiterea activității concrete cu acea formă de *vinovăție* impusă de lege pe latura subiectivă din conținutul constitutiv al normei de incriminare.²³ Legiuitorul a prevăzut (formal) distinct cele două componente ale tipicității (cea obiectivă și cea subiectivă), aspect reluat și în alte dispoziții penale (materiale sau procesual penal); în acest sens avem în vedere, de pildă, prevederile cuprinse în art. 16 alin. (1) lit. b) C. proc. pen. sau cele din art. 25 alin. 5 C. proc. pen.

Pe de altă parte, în alte cazuri, formulările legale vizând (direct sau indirect, explicit sau implicit) *incriminarea / prevederea faptei în legea penală* (sau lipsa acesteia...), pot fi interpretate în sensul unei referiri extinse și asupra vinovăției (sau lipsei acesteia). În acest sens pot fi amintite dispozițiile art. 4 C. pen. (coroborate cu prevederile exprese ale art. 3 din Legea nr. 187/2012), privind dezincriminarea, identificată *in concreto* (împrejurarea că *fapta nu mai este prevăzută în legea penală nouă* se reține și atunci când prin modificarea elementelor constitutive ale infracțiunii, în legea nouă – inclusiv modificări survenite în privința laturii subiective – o activitatea concret săvârșită sub legea veche, care se încadra ca infracțiune potrivit acesteia, nu mai corespunde tiparului legal descris în legea nouă). De asemenea, considerăm (la rândul nostru)²⁴ că se pot interpreta astfel (*in bona partem*) și dispozițiile cuprinse în art. 438 alin. (1) pct. 7 C. proc. pen., referitor la cazul de recurs în casație privind hotărârile definitive prin care inculpatul a fost condamnat pentru o faptă care nu este prevăzută de legea penală. Dacă în acest context s-ar considera (prin interpretare restrictivă) că sfera de cuprindere a sintagmei *faptă prevăzută de legea penală* nu privește și ipoteza celor care au fost condamnați definitiv pentru comiterea unor fapte care nu constituie infracțiuni atunci când sunt săvârșite cu forma de vinovăție manifestată în concret, s-ar crea o gravă și nejustificată discriminare, situația fiind (în mod inacceptabil) lipsită de posibilitatea redresării pe alte căi de atac extraordinare.

²³ A se vedea cu privire la acest subiect și: M. I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, p. 312 ș.u. (și doctrina eterogenă în această materie acolo indicată).

²⁴ A se vedea Lavinia Valeria Lefterache, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 131, 132; M. I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, p. 319.

Repere pentru înțelegerea rolului spectroscopiei în investigația criminalistică

Guidelines for understanding the role of spectroscopy in forensic investigation

Ancuța Elena Franț¹

Rezumat: Prezenta lucrare își propune să facă o scurtă analiză a metodelor spectroscopice și să prezinte utilitatea lor în Criminalistică. Sunt expuse principiile după care funcționează spectroscopia și sunt prezentate principalele tipuri de spectroscopie. Datorită importanței pe care o are spectroscopia Raman în realizarea investigației criminalistice, ultima parte a lucrării se concentrează pe acest tip de spectroscopie, prezentând tehnicile care permit utilizarea ei în Criminalistică, precum și câteva situații concrete în care spectroscopia Raman duce la obținerea unor rezultate foarte importante pentru investigația criminalistică.

Cuvinte-cheie: criminalistică, spectroscopie, spectroscopia Raman.

Abstract: This paper aims to make a brief analysis of the spectroscopic methods and to present their utility in Forensic Science. There are presented the principles by which spectroscopy works and the main types of spectroscopy. Due to the importance of Raman spectroscopy in carrying out the forensic investigation, the final part of the paper focuses on this type of spectroscopy, presenting the techniques which allow its use in Forensic Science, as well as some actual cases in which Raman spectroscopy leads to very important results for the forensic investigation.

Key-words: Forensic Science, spectroscopy, Raman spectroscopy.

1. Aspecte generale privind importanța spectroscopiei

Criminalistica este un domeniu prin excelență multidisciplinar. Acest caracter este pe deplin demonstrat de faptul că în investigația criminalistică sunt utilizate tehnici și procedee care sunt, în principiu, folosite în alte domenii ale științei. Unele elemente de tehnică utilizate în Criminalistică sunt atât de mult legate de un anumit domeniu, încât apar conexiuni nebanuite între Criminalistică și arii cu totul diferite ale cunoașterii umane. Este și cazul spectroscopiei, ramură a fizicii care, pe lângă faptul că a stat la baza unor descoperiri spectaculoase în fizică, are numeroase aplicații în Criminalistică.

Spectroscopia a permis, printre altele, descoperirea unor informații foarte importante din domeniul astronomiei, de exemplu faptul că universul se extinde²

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: ancuta.frant@uaic.ro

și a făcut posibilă aflarea compoziției planetelor din sistemul nostru solar sau chiar a planetelor aflate la peste 1000 de ani-lumină depărtare de sistemul solar (așa-numitele exoplanete)³.

Din punct de vedere istoric, se consideră că spectroscopia a fost utilizată pentru prima dată în 1865, când doi savanți germani, Robert Bunsen și Gustav Kirchoff au stabilit compoziția chimică a Soarelui, utilizând spectroscopia⁴.

2. Fenomenele care permit analiza spectroscopică

Spectroscopia este un domeniu al fizicii care studiază interacțiunea dintre materie și radiația electromagnetică (lumina vizibilă sau orice alt tip de radiație electromagnetică). Practic, spectroscopia se bazează pe separarea radiației electromagnetice provenite de la un obiect în lungimile de undă componente, la fel cum o prismă descompune lumina în culorile sale componente⁵.

La baza spectroscopiei stau regulile specifice care se aplică la nivel atomic (și sub-atomic) și la nivel molecular. Un sistem microscopic (nucleu, atom, moleculă) se caracterizează prin faptul că poate exista numai în anumite stări (numite stări staționare), corespunzătoare unei mulțimi discrete de valori ale energiei

² Această descoperire s-a bazat pe observarea modificării Doppler a liniilor spectrale. A se vedea N.A. Bahcall, *Hubble's Law and the Expanding Universe*, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 112 (11), 2015, pp. 3173-3175, [Online] la <https://doi.org/10.1073/pnas.1424299112>, accesat la data de 17.11.2019.

³ Cu ajutorul spectroscopiei astronomii au descoperit că pe unele planete din sistemul nostru solar există condițiile propice pentru formarea ploilor cu diamante (pe Saturn, Jupiter, posibil și pe Uranus și Neptun). Tot spectroscopia a permis formularea ipotezei că pe planeta HAT-P-7b (numită și Kepler-2b, aflată la aproximativ 1112, 2 ani-lumină de sistemul nostru solar) plouă cu rubine. Această supoziție a pornit de la faptul că analiza spectroscopică a dus la detectarea în atmosfera acestei planete a substanței denumită corindon, care este un precursor al rubinelor. Analize similare au dus la formarea ipotezelor că pe alte planete plouă cu safire, precum și că unele planete au miezul format din diamant, rubin sau safir, întocmai cum Terra are miezul format din fier. A se vedea D.J. Armstrong, E. de Mooij, J. Barstow, H.P. Osborn, J. Blake, N. Fereshteh Saniee, *Variability in the atmosphere of the hot giant planet HAT-P-7b*, Nature Astronomy 1, Article number 0004 (2016), [Online] la <https://www.nature.com/articles/s41550-016-0004>, accesat la data de 18.11.2019. Pentru alte utilizări ale spectroscopiei, a se vedea, de exemplu, V. Tiron, V. Pohoăț, C. Vițelaru, Gh. Popa, *Investigation of Zeeman Effect by Tunable Diode-Laser Spectroscopy*, Proceedings of the XX European Conference on the Atomic and Molecular Physics of Ionized Gases (ESCAMPIG), Novi Sad, Serbia, 13-17 iulie 2010, [Online] la <http://www.escampig2010.ipb.ac.rs/papers/P1.19.pdf>, accesat la data de 18.11.2019.

⁴ Encyclopædia Britannica [Online] la <https://www.britannica.com/biography/Robert-Bunsen>, accesat la data de 19.11.2019.

⁵ A se vedea M.H. Penner, *Basic Principles of Spectroscopy*, în S. Suzanne Nielsen (editor), *Food Analysis*, Springer, New York, pp. 375-385.

(nivele de energie). Orice variație a energiei sistemului microscopic se face printr-o tranziție dintr-o stare staționară în alta⁶.

Concret, absorbția și emisia radiațiilor electromagnetice de o anumită energie (lungime de undă) se produc datorită mișcării electronilor între diferite stări de energie, conform legilor mecanicii cuantice. Electronii din atomi și molecule sunt distribuiți pe diferite nivele de energie, dar, de regulă, se află la cel mai jos nivel de energie (numit „stare staționară”). Atunci când un sistem microscopic primește o anumită cantitate de energie (de exemplu, radiație electromagnetică), electronii trec în stări de energie superioară și „sar” de pe o orbită pe alta. Acest proces se realizează cu absorbție de energie, producându-se *spectroscopia de absorbție*. Absorbția de energie se face la lungimi de undă specifice, ceea ce dă naștere unui spectru de absorbție specific. Noua stare a electronilor nu este însă stabilă, electronii având tendința de a reveni la starea inițială. Când se face revenirea la starea inițială, acest fenomen se produce cu emisie de energie, producându-se *spectroscopia de emisie*⁷.

Toți atomii și toate moleculele absorb și emit radiația electromagnetică (deci și lumina) la anumite lungimi de undă, specifice fiecărui atom și fiecărei molecule în parte. Practic, aceasta înseamnă că fiecare element are o amprentă atomică unică, ce poate fi observată sub forma unui set unic de lungimi de undă, numit spectru. Prin urmare, aspectul unui anumit spectru va indica exact despre ce element este vorba.

Spectroscopia permite atât analiza calitativă, cât și analiza cantitativă. Analiza calitativă (structurală), adică identificarea tipului de element, este posibilă datorită specificității spectrelor de emisie și absorbție. Analiza cantitativă a substanțelor se face prin observarea intensității liniilor spectrale⁸.

3. Tipuri de spectroscopie

Dintre diferitele tipuri de spectroscopie, vom menționa mai jos câteva dintre cele mai utilizate în Criminalistică.

Spectroscopia în spectrul luminii vizibile / spectrul ultraviolet este o metodă larg folosită pentru a măsura absorbția radiațiilor în spectrul luminii vizibile și în spectrul ultraviolet. Pentru utilizarea acestui tip de spectroscopie se folosește un dispozitiv numit spectrofotometru. La baza acestui tip de spectroscopie stau două principii, care guvernează absorbția luminii care trece printr-o soluție, și anume: absorbția luminii este exponențial legată de numărul de molecule ale soluției absorbante, deci de concentrația soluției; absorbția luminii este exponențial legată de distanța parcursă de lumină prin soluția absorbantă⁹.

⁶ A se vedea M.H. Penner, *op. cit.*, pp. 375-385.

⁷ A. Langford, J. Dean, R. Reed, D. Holmes, J. Weyers, A. Jones, *Practical Skills in Forensic Science*, Pearson Education Limited, Harlow, 2005, p. 267.

⁸ A. Langford *et al.*, *op. cit.*, p. 267.

⁹ A. Langford *et al.*, *op. cit.*, p. 267; M.H. Penner, *op. cit.*, pp. 375-385.

Spectroscopia de infraroșu se bazează pe modificările de energie care au loc la nivelul legăturilor covalente din molecule¹⁰.

Spectroscopia de rezonanță magnetică nucleară (RMN) se bazează pe absorbția de energie de către nuclee atomice specifice în câmpuri magnetice. Este considerată de către unii autori cea mai importantă metodă de determinare structurală a moleculelor¹¹.

Spectroscopia de masă este, de fapt, o metodă fizico-chimică, ce se bazează pe fragmentarea compușilor organici. Dacă alte tipuri de spectroscopie (în spectrul vizibil și ultraviolet, în infraroșu și spectroscopia de rezonanță magnetică nucleară) au la bază interacțiunea dintre radiația electromagnetică și molecule, spectroscopia de masă se bazează pe efectul de „rupere” a moleculelor pe care îl au particulele de energie mare (electroni sau ioni)¹².

Spectroscopia atomică este o metodă de analiză cantitativă utilizată pentru determinarea metalelor dintr-o anumită mostră. Aplicarea acestui tip de spectroscopie se poate face prin două tehnici principale: spectroscopia de absorbție atomică și spectroscopia de emisie atomică¹³.

Spectroscopia de fluorescență se bazează pe faptul că, în cazul unor molecule, după ce electronii trec într-o stare superioară de energie datorită absorbției energiei electromagnetice, revenirea lor la starea inițială se face parțial prin emiterea de radiație electromagnetică, fenomen numit fluorescență. Prin comparație cu spectroscopia în *spectrul luminii vizibile / spectrul ultraviolet*, spectroscopia de fluorescență prezintă anumite avantaje: sensibilitate sporită (chiar de 1000 de ori) și specificitate crescută, deoarece sunt detectate două lungimi de undă pentru un anumit compus. Există însă și unele dezavantaje: nu toate substanțele prezintă fluorescență intrinsecă; lumina emisă poate fi de nivel mai redus decât cel așteptat, de exemplu dacă o anumită substanță din mostră (cum ar fi oxigenul) interferează cu transferul de energie sau absoarbe lumina emisă¹⁴.

Spectroscopia de fluorescență în radiații X poate fi utilizată pentru a determina structura unei largi categorii de substanțe, ceea ce face ca această tehnică să fie foarte utilă în Criminalistică. Este o metodă non-distructivă și care face posibilă identificarea rapidă a elementelor¹⁵.

Spectroscopia Raman este un alt tip de spectroscopie frecvent utilizată în Criminalistică. Datorită importanței sale, o vom analiza într-o secțiune separată.

¹⁰ A. Langford *et al.*, *op. cit.*, p. 292.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, p. 274.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 270-271.

¹⁵ *Ibidem*, p. 286.

4. Utilitatea spectroscopiei în Criminalistică

Faptul că spectroscopia permite identificarea precisă a substanțelor face ca această ramură a fizicii să fie foarte utilă în investigația criminalistică. Folosind spectroscopia, se poate stabili cu precizie care este natura substanțelor găsite de investigatori la locul faptei sau în alte circumstanțe legate de săvârșirea unei fapte antisociale.

În investigația criminalistică, spectroscopia permite, de exemplu, analiza firului de păr (inclusiv a substanțelor depuse pe firul de păr), a fluidelor corporale, a sebumului și a transpirației (inclusiv urmele care permit formarea amprentelor digitale). Prin analiza acestor urme de natură biologică, se poate stabili dacă persoana în cauză a consumat sau a fost expusă efectului unor substanțe diverse, toxice sau non-toxice. De asemenea, se pot analiza urmele de textile. Spectroscopia permite identificarea unor substanțe de natură necunoscută, care pot fi stupefiante sau alte substanțe a căror deținere este interzisă ori medicamente. Se pot identifica și substanțe explozive. Practic, domeniul de utilizare a spectroscopiei în Criminalistică este nelimitat, din moment ce spectroscopia permite, în principiu, evidențierea naturii (și chiar a cantității) oricărui element¹⁶.

Spectroscopia prezintă anumite avantaje față de alte metode.

Unul dintre avantaje constă în faptul că metoda este non-distructivă (spre deosebire de altele, cum ar fi metodele chimice de analiză). Aceasta înseamnă că mostrele de materie analizate prin metodele spectroscopice vor putea fi supuse ulterior și altor tipuri de analize. Astfel, este posibilă obținerea unui maxim de informații din urmele găsite¹⁷.

Un alt avantaj constă în faptul că metoda spectroscopică, de regulă, nu presupune o preparare anterioară a materialului analizat¹⁸.

5. Spectroscopia Raman și importanța sa în cadrul investigației criminalistice

În rândurile care urmează ne vom concentra atenția asupra spectroscopiei Raman, care ocupă un loc important în rândul metodelor spectroscopice utilizate în Criminalistică. Importanța acestui tip de spectroscopie pentru Criminalistică provine din faptul că metodele bazate pe spectroscopia Raman sunt ușor de folosit și duc la obținerea unor rezultate precise, într-un timp foarte scurt.

5.1. Principiile după care funcționează spectroscopia Raman

Spectroscopia Raman¹⁹ este o spectroscopie vibrațională. Ea se bazează pe fenomenul de împrăștiere inelastică a radiației monocromatice, ca o consecință a

¹⁶ C.K. Muro, K.C. Doty, J. Bueno, L. Halámková, I.K. Lednev, *Vibrational Spectroscopy: Recent Developments to Revolutionize Forensic Science*, în *Analytical Chemistry*, Vol. 87, 2015, pp. 306-327.

¹⁷ Pentru detalii, a se vedea A. Langford *et al.*, *op. cit.*, pp. 267- 321.

¹⁸ *Ibidem*.

interacțiunii acestei radiații cu vibrațiile moleculare. Dispozitivele de analiză spectroscopică Raman analizează lumina împrăștiată de substanțe ca urmare a ciocnirii inelastice care se produce între fotoni (particulele din care este formată lumina) și sistemele atomice²⁰.

În esență, dispozitivele de analiză Raman funcționează prin trimiterea unei raze laser spre probă și analizarea spectrului care rezultă. Orice spectrometru Raman trebuie să poată filtra majoritatea radiației elastice împrăștiată (radiația Rayleigh), care este mai intensă decât radiația Raman. Majoritatea dispozitivelor Raman comerciale prezintă un filtru optic de mare densitate optică pe o lungime de undă îngustă (în jurul lungimii de undă a laserului utilizat)²¹.

5.2. Importanța spectroscopiei Raman în Criminalistică

Spectroscopia Raman este foarte importantă pentru domeniul Criminalisticii. Spectrometrele Raman pot fi, în esență, de două categorii: de laborator și de utilizare *in situ* (la fața locului). Cea de-a doua categorie este foarte importantă, deoarece permite obținerea imediată a unor informații, chiar în cadrul cercetării la fața locului. Acest fapt este posibil deoarece tehnologia utilizată pentru analiza spectroscopică Raman poate fi încorporată în dispozitive de mici dimensiuni. Asemenea dispozitive pot fi transportate la fața locului, ceea ce permite analiza și identificarea rapidă a substanțelor de natură necunoscută găsite²².

Dispozitivele Raman portabile au fost astfel construite încât să poată fi utilizate de către persoane care nu au pregătire de specialitate în domeniul fizicii sau chimiei. Acest lucru este posibil deoarece dispozitivele Raman au încorporată o bază de date, care permite identificarea imediată nu doar a structurii substanțelor găsite, ci chiar a denumirii lor științifice și uzuale. De asemenea, bazele de date arată dacă respectiva substanță este toxică sau nu, dacă este sau nu interzisă deținerea ei sau dacă este un precursor al unei substanțe periculoase. Informațiile sunt prezentate utilizatorului pe un ecran. Un alt avantaj al dispozitivelor Raman constă în faptul că acestea pot funcționa și dacă substanța de analizat este într-un

¹⁹ Numele de spectroscopie Raman provine de la C.V. Raman, cel care a descoperit principiile care stau la baza acestui tip de spectroscopie. C.V. Raman a fost un cercetător indian, care a descoperit efectul Raman în 1928 și a câștigat premiul Nobel pentru fizică în 1930. A se vedea *Sir Chandrasekhara Venkata Raman – Biographical*. NobelPrize.org. Nobel Media AB 2019, [Online] la <https://www.nobelprize.org/prizes/physics/1930/raman/biographical/>, accesat la data de 21.11.2019.

²⁰ J.M. Chalmers, H.G.M. Edwards, M.D. Hargreaves, *Vibrational Spectroscopy Techniques: Basics and Instrumentation*, în J.M. Chalmers, H.G.M. Edwards, M.D. Hargreaves (editori), *Infrared and Raman Spectroscopy in Forensic Science*, John Wiley & Sons, Ltd, Publication, Chichester, 2012, pp. 9-45.

²¹ J.M. Chalmers *et al.*, *op. cit.*, p. 24.

²² *Ibidem*, p. 22.

recipient transparent (din sticlă sau plastic). Astfel, se diminuează considerabil riscul contaminării investigatorilor, dar și riscul alterării materialului de analizat²³.

5.3. Aplicații concrete în Criminalistică ale spectroscopiei Raman

În continuare vom prezenta câteva aplicații concrete ale spectroscopiei de tip Raman în Criminalistică.

5.3.1. Aplicarea spectroscopiei Raman în identificarea fibrelor

Spectroscopia Raman este foarte utilă în analiza fibrelor găsite la fața locului sau în alt context și despre care se crede că pot oferi informații importante pentru soluționarea cauzei. Metoda presupune, în esență, stabilirea compoziției polimerilor din care sunt alcătuite fibrele. În practică, fibrele sunt inițial analizate cu un stereomicroscop, apoi sunt așezate pe lamele de sticlă pentru cercetări ulterioare. Analizarea fibrelor se poate face prin diferite metode, precum metoda comparației, utilizarea luminii polarizate, utilizarea microscopelor de fluorescență. Asemenea metode sunt considerate „clasice” în Criminalistică. Datorită evoluției tehnologiei de producere a fibrelor, s-a făcut simțită nevoia unor noi metode, care să permită diferențieri pe care metodele clasice nu le mai pot face între diferitele genuri și subgenuri de fibre. În acest context, spectroscopia Raman poate aduce informații relevante, mai ales dacă fibrele nu sunt vopsite. Metoda Raman prezintă unele avantaje în analiza fibrelor față de alte metode. De exemplu, spre deosebire de utilizarea spectroscopiei în infraroșu, spectroscopia Raman poate fi utilizată chiar dacă fibrele sunt deja fixate între lamele de sticlă și fără o pregătire anterioară a probei²⁴.

5.3.2. Aplicarea spectroscopiei Raman în analiza documentelor

Spectroscopia Raman și-a demonstrat utilitatea și în ceea ce privește analiza documentelor. În acest domeniu al analizei actelor, se poate pune problema dacă un document a fost falsificat prin adăugarea unor elemente prin printare după ce semnătura a fost deja dată. Dacă textul printat se suprapune sau se intersectează cu semnătura, pentru stabilirea falsului se examinează punctele de intersecție. În acest scop, se utilizează o serie de metode standard, precum microscopia optică, microscopia de tip SEM (Scanning Electron Microscopy) sau microscopia de tip AFM (Atomic Force Microscopy). Însă, în ipoteza în care textul printat nu se intersectează cu semnătura, asemenea metode „clasice” nu mai pot fi utilizate. Se poate însă folosi cu succes spectroscopia Raman, care va stabili succesiunea cronologică a textului printat, respectiv a textului scris de mână²⁵.

²³ [Online] la <https://bwtek.com/technology/handheld-raman/>, accesat la data de 19.11.2019.

²⁴ J.V. Miller, E.G. Bartick, *Forensic Analysis of Single Fibers by Raman Spectroscopy*, în *Applied Spectroscopy*, Vol. 55, Nr. 12, 2001, pp. 1729-1732.

²⁵ T. Gal, J. Sandor, A. Karoly, *Micro-Raman study of the sequence of non-intersecting lines for forged document investigation*, în *Horiba Scientific, Forensic 04*, 2012.

Posibilitatea de a utiliza spectroscopia Raman în ipoteza prezentată mai sus se bazează pe fragmentele de toner cu dimensiuni extrem de mici (de ordinul micronilor), care sunt create în procesul de imprimare și care sunt răspândite pe suprafața foii, ca un efect secundar al operațiunii de printare. Stropii de toner sunt împrăștiați la întâmplare pe suprafața foii, cu o densitate de aproximativ 100 de stropi/cm². Practic, acești stropi sunt depuși pe hârtie concomitent cu procesul de imprimare. Distribuirea lor pe toată suprafața hârtiei face ca, în ipoteza în care textul printat nu se intersectează cu semnătura, cel puțin acești stropi se vor regăsi pe suprafața pe care se află semnătura. Prin urmare, pentru a stabili succesiunea cronologică a printării și a scrierii de mână, este suficientă analiza succesiunii cronologice a așezării petelor microscopice de toner, respectiv a urmelor de cerneală din instrumentul de scris, pe suprafața pe care se află semnătura. Această analiză se poate face prin utilizarea spectroscopiei Raman. Cu ajutorul acestei tehnici se poate afla dacă pe hârtie a fost „așezată” mai întâi micro-pata de toner sau urma de cerneală din scrierea de mână²⁶.

Concret, se analizează compoziția chimică a stratului de la suprafața hârtiei, prin intermediul tehnicii micro-Raman. Atunci când, în urma analizei stratului superior, se obține spectrul specific tonerului, aceasta înseamnă că semnarea a fost făcută anterior printării, ceea ce reprezintă un indiciu că documentul a fost falsificat. Când, în urma analizei stratului superior, se obține spectrul specific cernelei utilizate pentru scrierea de mână, aceasta înseamnă că semnarea a fost făcută ulterior printării, ceea ce reprezintă un indiciu al autenticității documentului²⁷.

5.3.3. Utilizarea spectroscopiei Raman în analiza fluidelor corporale

În demersul de investigare criminalistică o importanță aparte o are analiza fluidelor corporale găsite la locul săvârșirii faptei sau într-un alt context. Fluidele corporale pot fi supuse analizei ADN, care poate duce la concluzii esențiale pentru rezolvarea unei cauze. Însă, înainte de a putea face analize de laborator asupra unor fluide corporale, este esențial ca aceste fluide să fie descoperite la locul cercetat și să se facă diferența între categoriile de fluide corporale care ar putea să se afle la fața locului. Acest demers de descoperire, respectiv de corectă identificare a tipului de fluid corporal găsit la fața locului, nu este întotdeauna o misiune ușor de îndeplinit, deoarece fluidele pot fi greu de sesizat sau, chiar dacă sunt descoperite, pot fi ușor confundate unele cu altele. Dintre metodele standard utilizate de-a lungul timpului pentru a diferenția diferitele tipuri de fluide găsite în cadrul unei investigații criminalistice, unele au caracter distructiv, ceea ce înseamnă că respectivele fluide nu mai pot fi supuse unor analize ulterioare care ar putea duce la obținerea unor concluzii de certitudine. În acest context, este esențial ca, pentru identificarea fluidelor, să fie utilizate tehnici non-distructive. O astfel de tehnică este cea bazată pe spectroscopia Raman. Această metodă are

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

avantajul de a prezenta o mare selectivitate și specificitate la substanțele chimice și biochimice (deși are o sensibilitate mai scăzută decât alte tehnici, cum sunt cele bazate pe spectroscopia de fluorescență). Un alt avantaj al utilizării spectroscopiei Raman în analiza fluidelor corporale este faptul că spectroscopia Raman, spre deosebire de alte tipuri de spectroscopie vibrațională (cum ar fi spectroscopia de absorbție în infraroșu) prezintă o interferență foarte redusă cu apa²⁸.

Pentru analiza urmelor de fluide corporale la fața locului se pot utiliza dispozitive Raman portabile. În practică a fost utilizată cu succes această tehnică pentru a identifica urme de sânge, spermă, salivă, secreții vaginale, transpirație. Identificarea acestor fluide este posibilă deoarece spectrul Raman al fiecărui fluid corporal este unic. În plus, spectrul Raman conține numeroase vârfuri, spre deosebire de spectrele obținute prin alte metode (de exemplu spectrele obținute prin spectroscopia de fluorescență, care conțin vârfuri puține și largi), ceea ce permite obținerea rapidă a unor concluzii neechivoce. Tehnologia Raman face posibilă și identificarea unor fluide aflate în amestec, deoarece spectrul Raman al amestecului va fi o combinație a spectrelor specifice fiecărui fluid component, iar aplicarea unor reguli matematice va permite identificarea spectrului fiecărui fluid în parte. De asemenea, tehnica Raman permite diferențierea fluidelor care provin de la om de cele care provin de la animale²⁹.

6. Concluzii

Informațiile prezentate mai sus demonstrează faptul că spectroscopia este foarte utilă în realizarea unei investigații criminalistice. Mai mult, exemplele concrete pe care le-am dat arată versatilitatea acestei metode, care poate fi aplicată într-o gamă foarte largă de situații. Potențialul metodelor de investigare bazate pe spectroscopie indică faptul că, pe viitor, este posibil ca spectroscopia să ofere soluții pentru rezolvarea unor probleme care, deocamdată, par a nu avea răspuns. Prin urmare, credem că trebuie încurajată cercetarea referitoare la utilizarea spectroscopiei în Criminalistică.

²⁸ K. Virkler, I.K. Lednev, *Analysis of body fluids for forensic purposes: From laboratory testing to non-destructive rapid confirmatory identification at a crime scene*, în *Forensic Science International*, Vol. 188, 2009, pp. 1-17.

²⁹ *Ibidem*.

Considerații în legătură cu legitima apărare în dreptul internațional

Considerations on the legitimate defence in international law

Carmen Moldovan¹

Rezumat: Legitima apărare este prevăzută în mod expres în articolul 51 din Carta Organizației Națiunilor Unite, ca derogare de la principiul fundamental al nerecurgerii la forță. În interpretarea Curții Internaționale de Justiție, face parte din dreptul internațional cutumiar, însă nici jurisprudența internațională și nici instrumente juridice ulterioare adoptării Cartei nu consacră în mod expres mai multe forme de legitimă apărare, situație ce lasă loc pentru controverse cu privire la condițiile pe care statul victimă trebuie să le respecte pentru ca reacția de autoapărare să fie considerată justificată și legitimă. Prezenta lucrare are ca scop analiza cadrului normativ de reglementare a legitimei apărări, a cerințelor de legalitate și a noțiunii „legitimă apărare preventivă”, prin referire la implicațiile atacurilor teroriste asupra posibilei modificări a domeniului de aplicare a legitimei apărări în dreptul internațional.

Cuvinte-cheie: legalitate, autoapărare, preventiv, atacuri teroriste.

Abstract: The legitimate self-defence is expressly provided in Article 51 of the Charter of the United Nations, as a derogation from the basic principle that prohibits the use of armed force. As the International Court of Justice stated, the right to legitimate self-defence is part of customary international law, but neither the international jurisprudence nor the legal instruments subsequent to the adoption of the Charter expressly establish several forms of legitimate self-defence thus leaving room for controversy and debate on the conditions which the victim State must comply with in order for the self-defence action to be considered justified and legitimate. The purpose of this paper is to analyze the normative framework on legitimate self-defence, its legality requirements, the notion of „preventive self-defence” and to address the possible implications of terrorist attacks on changes of the scope of legitimate self-defence in International Law.

Key-words: legality, self-defence, preventive, terrorist attacks.

1. Aspecte introductive

Interzicerea folosirii forței constituie unul dintre principiile fundamentale ale dreptului internațional public, al cărui conținut este încă subiect de controverse și dezbateri, nefiind un punct de vedere unitar în ceea ce privește aspecte

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: carmen.moldovan@uaic.ro

importante ale folosirii forței. Nici Carta Națiunilor Unite² și nici jurisprudența internațională³ nu au lămurit până în prezent dacă este permisă folosirea forței care nu pune în pericol integritatea teritorială sau independența politică a unui stat, atunci când are ca scop promovarea democrației și promovarea dreptului la autodeterminare sau salvarea propriilor cetățeni. Controversa este suplimentată și de invocarea de către unele state (Statele Unite ale Americii, Israel, Franța) a justificării folosirii forței armate pentru salvarea propriilor cetățeni aflați pe teritoriul altor state⁴, ce nu are o reglementare expresă în Carta Națiunilor Unite. Potrivit unor opinii, această prerogativă a statului constituie un element al dreptului la legitimă apărare, parte a dreptului internațional cutumiar, însă această idee nu este acceptată de către toate statele și nici de către doctrina de specialitate⁵.

Deși principiul nerecurgerii la forță are caracter *ius cogens*, potrivit dispozițiilor Cartei Națiunilor Unite, sunt permise derogări care presupun folosirea forței armate în relațiile dintre state (acțiunile de autoapărare ale statului victimă a agresiunii din partea unui alt stat, lupta pentru independență și constituire într-un stat în temeiul dreptului de autodeterminare, aplicarea măsurilor de constrângere specifice în cadrul Organizației Națiunilor Unite, prin decizia Consiliului de Securitate, în aplicarea Capitolului VII din Cartă.

2. Reglementarea legitimei apărări în Carta Națiunilor Unite

Principala excepție de la interdicția folosirii forței este reprezentată de exercitarea dreptului la legitimă apărare⁶, consacrată în mod expres în articolul 51 din Carta Națiunilor Unite, care prevede:

„Nicio dispoziție din prezenta Cartă nu va aduce atingere dreptului inerent de autoapărare individuală sau colectivă în cazul în care se produce un atac armat împotriva unui Membru al Națiunilor Unite, până când Consiliul de

² Carta Națiunilor Unite a fost semnată la San Francisco în data de 26 iunie 1945, la încheierea Conferinței Națiunilor Unite pentru Organizația Internațională, și a intrat în vigoare la 24 octombrie 1945. România a devenit membru al ONU în anul 1955.

³ Curtea Internațională de Justiție nu a furnizat în mod clar o interpretare restrictivă a conținutului regulii interdicției de folosire a forței.

⁴ C. Gray, *The use of force and the international legal order*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 622 – justificarea folosirii forței nu s-a bazat doar pe interpretarea restrictivă a art. 2 parag. 4 din Carta ONU, ci și pe alte reguli ale dreptului internațional public. Cu titlu de exemplu, Israel a folosit forța în anul 1976 pentru salvarea propriilor cetățeni dintr-un avion deturnat în Uganda; Statele Unite ale Americii au desfășurat o operațiune în Grenada, în 1983, au justificat în temeiul acestei doctrine mai multe intervenții în Panama, în 1989 și în Republica Dominicană, în 1965; Franța a invocat-o, de asemenea, pentru intervenții efectuate pe continentul african începând cu anul 2002 (în Coasta de Fildeș, Liberia, Republica Centrafricană).

⁵ J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford University Press., 2012, pp. 754-755.

⁶ D. Harris, S. Sivakumaran, *Cases and Materials on International Law*, Eighth Edition, Sweet and Maxwell, 2015, pp. 752-755.

Securitate va fi luat măsurile necesare pentru menținerea păcii și securității internaționale. (...)”.

Existența dreptului la legitimă apărare și a permisiunii folosirii unilaterale a forței este certă și nu poate fi negată însă, domeniul de aplicare al articolului 51 din Cartă este unul controversat, în primul rând deoarece este pusă în discuție aplicarea acestuia și recunoașterea existenței unui drept la legitimă apărare anticipată și preventivă.

Controversele au fost accentuate după atacurile teroriste de la 11 septembrie 2001 de pe teritoriul Statelor Unite ale Americii și intensificate în contextul actual al luptei statelor și organismelor internaționale contra acțiunilor organizațiilor teroriste.

Analiza întinderii dreptului la legitimă apărare, astfel cum este prevăzut în articolul 51 din Carta Națiunilor Unite, are ca puncte principale noțiunile „drept inerent”, „legitimă apărare” și „atac armat”, niciuna dintre ele nefiind definită de dispozițiile Cartei. Prin urmare, se poate afirma că statul care se consideră victimă a unui act de agresiune și recurge la folosirea forței armate pentru a se apăra și a respinge atacul, realizează propria determinare a posibilității exercitării dreptului la autoapărare, în baza tuturor circumstanțelor, nefiind instituită o autoritate care să poată contesta această calificare⁷.

Din perspectiva aplicării regulilor de interpretare a unui tratat internațional, dezbateră cu privire la domeniul de aplicare al articolului 51 din Carta Națiunilor Unite este centrată pe operațiunea de a determina dacă acest text conține o declarație exhaustivă a dreptului la exercitarea legitimei apărări sau dacă există o regulă cutumiară ce nu se limitează la dreptul statului de a răspunde unui atac armat⁸.

În sprijinul interpretării existenței unei reguli de drept internațional cutumiară cu privire la legitima apărare sunt aduse, în principal, următoarele argumente: expresia „*drept inerent (de autoapărare – n.a.)*” din articolul 51 al Cartei Națiunilor Unite are semnificația consemnării în formă scrisă a unei reguli cutumiare⁹, cu un domeniu de aplicare mai extins față de regula scrisă și care permite sau autorizează acțiunile de autoapărare și în alte scopuri, nu doar ca răspuns la un atac armat. Această interpretare extensivă susține existența unui drept la legitimă apărare anticipată sau preventivă și dreptul statului de a salva proprii cetățeni aflați în afara granițelor sale¹⁰.

În sprijinul interpretării restrictive a dreptului la legitimă apărare, se menționează că o interpretare extensivă a domeniului de aplicare al articolului 51

⁷ Sh. Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law, General Course on Public International Law*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 291 (2001), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2002, p. 149.

⁸ C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 628.

⁹ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, 13e édition, Dalloz, 2016, p. 658.

¹⁰ *Ibidem*.

din Cartă l-ar lipsi de orice scop. Din formularea textului rezultă că au fost instituite o serie de restricții în exercitarea autoapărării contra unui atac armat, ceea ce contravine ideii de a recunoaște în același timp un drept cutumiar mai extins și neafectat de restricțiile prevăzute în mod expres în Cartă. Un alt argument pentru această interpretare este dat de faptul că legitima apărare este o excepție de la principiul interdicției folosirii forței armate, astfel că ar trebui interpretată în mod restrictiv¹¹.

Având în vedere controversele în privința interpretării articolului 51 din Națiunilor Unite și a domeniului de aplicare al dreptului la legitimă apărare, în înțelegerea întinderii și conținutului acestuia prezintă deosebită relevanță practica statelor în această privință după adoptarea Cartei¹² și în contextul evenimentelor marcate de acțiuni ale organizațiilor teroriste la nivel internațional.

3. Identificarea condițiilor pentru exercitarea legitimei apărări

Pentru a fi considerată legitimă folosirea forței armate ca reacție la comiterea unui act de agresiune, este necesară îndeplinirea cumulativă a unor condiții (unele dintre ele sunt prevăzute în mod expres în conținutul articolului 51 din Cartă, iar altele constituie reguli ale dreptului internațional general): producerea unui atac armat; utilizarea forței să fie necesară pentru apărarea securității statului victimă și să fie proporțională cu intensitatea atacului; măsurile de autoapărare să fie aduse la cunoștința Consiliului de Securitate al Organizației Națiunilor Unite care, în temeiul articolului 51 din Cartă, poate lua „oricând acțiunile pe care le va socoti necesare pentru menținerea sau restabilirea păcii și securității internaționale”; folosirea forței trebuie să înceteze de îndată ce agresiunea a încetat sau Consiliul de Securitate a luat măsurile pe care le-a considerat necesare; respectarea principiilor fundamentale ale dreptului internațional umanitar de către statul victimă (de exemplu, respectarea principiilor referitoare la protejarea populației civile, abținerea de la folosirea de arme care să producă suferințe inutile)¹³.

Condiția producerii unui atac armat împotriva unui stat este menționată în mod expres de articolul 51 din Cartă, însă acesta nu conține și definiția acestei noțiuni, identificarea sa fiind posibilă prin analiza regulilor dreptului internațional cutumiar. Forma cea mai directă de atac armat constă în actele realizate de armata regulată a unui stat asupra teritoriului unui alt stat, indiferent dacă sunt

¹¹ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)*, General Course on Public International Law, Hague Academy of International Law, Collected Courses, vol. 316 (2005), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 129; C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 628.

¹² C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 628.

¹³ A. Cassese, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, în *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 5, 2001, p. 995.

îndreptate împotriva spațiului terestru, maritim sau aerian¹⁴, însă nu se limitează la acest tip de atac, ci noțiunea se extinde și la atacuri ale bandelor armate neregulate sau ale mercenarilor¹⁵, cu un grad semnificativ de implicare din partea statului.

Relevantă în privința conturării conținutului acestei noțiuni, potrivit dreptului internațional cutumiar, este interpretarea realizată în cauza *Activități militare și paramilitare în Nicaragua*, în care Curtea Internațională de Justiție a stabilit că un atac armat include

„trimiterea de către un stat a bandelor și grupurilor armate neregulate sau a mercenarilor care îndeplinesc acte de atac armat împotriva unui alt stat, de o asemenea gravitate încât să echivaleze cu un atac armat real (veritabil), precum și implicarea sa substanțială în acestea”¹⁶,

însă nu a considerat că se înscrie în această noțiune sprijinul acordat rebelilor sub forma furnizării de arme, sprijin logistic sau de altă natură, acestea putând constitui forme de intervenție nelegală.

Două dintre condițiile cele mai importante pentru legitimitatea autoapărării sunt proporționalitatea și necesitatea. Acestea nu sunt prevăzute în mod expres de articolul 51 din Cartă și au natură cutumiară¹⁷, astfel cum a stabilit în mod neechivoc Curtea Internațională de Justiție în cauza privind *Activități militare și paramilitare în Nicaragua*¹⁸, în următoarea formulare:

„176. (...) regula specifică potrivit căreia «legitima apărare justifică doar măsuri proporționale cu atacul armat și necesare pentru a răspunde acestuia» este o regulă bine stabilită în dreptul internațional cutumiar (...) 194. (...) dacă răspunsul la atacul [armat] este legal depinde de respectarea criteriilor de necesitate și proporționalitate a măsurilor luate în procesul de autoapărare” (trad. a.),

și în Avizul consultativ cu privire la *legalitatea folosirii armelor nucleare*¹⁹, în următoarea formulare:

¹⁴ *Ibidem*, p. 629. În privința atacului pe mare, Curtea Internațională de Justiție a considerat, în cauza privind *Platformele petroliere*, că atacurile cu mine și rachete îndreptate împotriva navelor militare sub pavilionul Statelor Unite ale Americii constituie atacuri armate, dar atacurile asupra navelor civile sub pavilionul Statelor Unite nu constituie atac armat.

¹⁵ C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 629.

¹⁶ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, 27 June 1986, parag. 195.

¹⁷ C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 628.

¹⁸ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, 27 June 1986, parag. 176, parag. 194.

¹⁹ ICJ, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion of 8 July 1996, parag. 41.

„supunerea exercitării dreptului la legitimă apărare condițiilor necesității și proporționalității este o regulă a dreptului internațional cutumiar”(trad. a.).

Semnificația acestor condiții este de a limita legitima apărare la acțiuni care sunt necesare pentru a recupera teritoriul de stat sau pentru a respinge un atac îndreptat împotriva forțelor statului și care sunt proporționale cu acest scop²⁰.

Practica statelor și jurisprudența Curții Internaționale sunt concordante în menționarea acestor două condiții, astfel că sunt trasate limite ale domeniului de aplicare al legitimei apărări. Însă, în privința conținutului concret al celor două condiții, rămân unele neclarități. Astfel, verificarea cerinței necesității folosirii forței poate fi o operațiune simplă, dar cerința proporționalității nu este clarificată de către Curtea Internațională de Justiție, nici sub aspectul conținutului și nici al autorității care ar putea să determine respectarea acestei condiții.

Aceste condiții au fost menționate de către Curtea Internațională de Justiție și în cauza privind *Platformele petroliere*²¹ și cauza privind *Activități armate în teritoriul statului Congo*²².

Exercitarea dreptului la legitimă apărare de către statul victimă, conform articolului 51 din Cartă, este temporară și provizorie²³, deoarece statelor le revine obligația de a notifica imediat Consiliul de Securitate al Organizației Națiunilor Unite, care va lua măsurile necesare pentru menținerea păcii și securității internaționale. Ca regulă, rezoluțiile adoptate de către Consiliul de Securitate nu se pronunță asupra legalității folosirii forței în autoapărare, însă lipsa de notificare a Consiliului de Securitate poate pune sub semnul întrebării justificarea utilizării forței armate de către statul care se consideră victimă a unui act de agresiune. Astfel, în hotărârea din cauza *Activități militare și paramilitare în Nicaragua*, Curtea Internațională de Justiție a considerat că lipsa notificării Consiliului de Securitate poate constitui un element care să indice dacă statul în cauză era el însuși convins că acționează în legitimă apărare²⁴.

²⁰ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 12e édition, L.G.D.J, 2016, p. 638; C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 628.

²¹ ICJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgement of 6 November 2003, parag. 73-78.

²² Rezoluția nr. 1368 din 12 septembrie 2001 prevede în preambul: „Recunoscând dreptul inerent de autoapărare individuală sau colectivă în conformitate cu Carta (ONU)”, disponibilă la adresa: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/533/82/PDF/N0153382.pdf?OpenElement> (accesată la 20 octombrie 2019); Rezoluția nr. 1373 din 28 septembrie 2001 reafirmă dreptul inerent la legitimă apărare individuală sau colectivă, menționat în Rezoluția nr. 1368 din 12 septembrie 2001.

²³ M. Bennouna, *Le droit international entre la lettre et l'esprit*, Cours general de droit international public, Recueil des cours de l'Académie de Droit international de la Haye, tome 383 Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2017, p. 62.

²⁴ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, 27 June 1986, parag. 200.

Doctrina de specialitate subliniază că, în practică, situațiile de notificare a Consiliului de Securitate sunt izolate, statele acordând o semnificație redusă acestei condiții, motivat și de faptul că sesizarea Consiliului de Securitate cu privire la o astfel de problemă poate fi realizată și de către Secretarul General²⁵.

4. Implicațiile atacurilor teroriste asupra domeniului legitimei apărări

Condiția implicării statului în derularea atacului împotriva unui alt stat are strânsă legătură cu imputabilitatea actelor, cerință esențială generală pentru antrenarea răspunderii internaționale a statului. Aceasta a fost repusă în mod serios în discuție și a suferit unele modificări în privința conținutului, după comiterea atacurilor teroriste de la 11 septembrie 2001 împotriva Statelor Unite ale Americii. Modificarea sensului său a produs în mod indirect extinderea noțiunii de atac armat și a posibilității exercitării dreptului la legitimă apărare colectivă și față de atacurile provenite de la entități non-statale (organizații teroriste), fără implicarea sau sprijinul vreunui stat.

În această privință, sunt relevante rezoluțiile adoptate de Consiliul de Securitate al Organizației Națiunilor Unite (Rezoluțiile nr. 1368 din 12 septembrie 2001²⁶ și nr. 1373 din 28 septembrie 2001²⁷) imediat după aceste evenimente, care nu au calificat actele ca atac armat, ci ca amenințare împotriva păcii, dar au recunoscut dreptul la legitimă apărare al Statelor Unite ca fiind justificat (Rezoluția nr. 1368 din 12 septembrie 2001).

În cuprinsul Rezoluției nr. 1373 din 28 septembrie 2001, Consiliul de Securitate a mers chiar mai departe, reafirmând în preambul principiul potrivit căruia statelor le revine

„obligatia de a se abține de la organizarea, instigarea, sprijinirea sau participarea la acte teroriste în alt stat ori acceptarea activităților organizate pe teritoriul său și îndreptate spre comiterea unor astfel de acte” (trad. a.)²⁸.

De asemenea, Consiliul de Securitate a decis că toate statele ar trebui să prevină și să înlăture finanțarea terorismului, precum și să incrimineze furnizarea intenționată sau colectarea de fonduri pentru astfel de acte²⁹; că fondurile, activele financiare și resursele economice ale celor care comit sau încearcă să comită acte teroriste, participă sau facilitează comiterea unor acte teroriste și ale persoanelor și entităților care acționează în numele teroriștilor trebuie înghețate

²⁵ Sh. Rosenne, *op. cit.*, 2002, p. 160.

²⁶ Rezoluția nr. 1368 din 12 septembrie 2001, disponibilă la adresa:

https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1368%20%282001%29 (accesată la 20 octombrie 2019).

²⁷ Rezoluția nr. 1373 din 28 septembrie 2001, disponibilă la adresa: [https://www.un.org/ruleoflaw/files/UN%20SC%20Res%201373%20\(2001\)%20E.pdf](https://www.un.org/ruleoflaw/files/UN%20SC%20Res%201373%20(2001)%20E.pdf) (accesată la 20 octombrie 2019).

²⁸ Preambulul Rezoluției nr. 1373 din 28 septembrie 2001.

²⁹ Pct. 1 lit. (a) și (b) din Rezoluția nr. 1373 din 28 septembrie 2001.

fără întârziere³⁰, impunându-se luarea de către state a oricăror alte măsuri efective, în scopul prevenirii și combaterii actelor teroriste.

În plus, Consiliul de Securitate a menționat că actele, metodele și practicile terorismului sunt contrare scopurilor și principiilor Organizației Națiunilor Unite și că finanțarea cu bună știință, planificarea și instigarea la comiterea de acte teroriste sunt, de asemenea, contrare scopurilor și principiilor Națiunilor Unite³¹. În finalul acestei rezoluții, Consiliul a menționat că rămâne în continuare sesizat cu această problemă, dar nu a dispus și luarea altor măsuri.

Prin modul de formulare a textului Rezoluției nr. 1373 din 28 septembrie 2001 și prin prevederea unor obligații pentru state în privința actelor de terorism și a trimiterii la necesitatea respectării dreptului la legitimă apărare individuală sau colectivă, Consiliul de Securitate a extins practic domeniul de aplicare al dreptului la autoapărare și față de atacuri care nu au fost realizate de către o entitate statală, ci de către indivizi neafilați sub controlul și autoritatea directe ale unui stat, și care nu au fost calificate ca atacuri armate, ci ca amenințare contra păcii și securității internaționale, ipoteză în care Consiliul de Securitate poate autoriza folosirea forței armate, în temeiul dispozițiilor Capitolului VII din Cartă.

Prevederea de măsuri având ca obiectiv combaterea actelor teroriste, a finanțării și organizării acestora este una justificată, însă extinderea sferei de aplicare a folosirii forței pentru autoapărare nu îndeplinește criteriile menționate de Carta Națiunilor Unite și aduce în discuție necesitatea modificării acestui cadru normativ, pe viitor. În această privință, s-a menționat că răspunsul din 2001 față de actele de terorism a determinat modificarea practicii statelor, ca element al cutumei internaționale și a fost formulată chiar ideea apariției unei reguli cutumiare noi, spontane³².

La 12 septembrie 2001 și Consiliul NATO a afirmat că răspunsul Statelor Unite se circumscrie noțiunii de autoapărare colectivă, prevăzută de articolul 5 din Tratatul de la Washington³³ și vor fi considerate ca fiind îndreptate împotriva tuturor statelor membre³⁴.

³⁰ Pct. 1 lit. (c) din Rezoluția nr. 1373 din 28 septembrie 2001.

³¹ Pct. 5 din Rezoluția nr. 1373 din 28 septembrie 2001.

³² A. Cassese, *op. cit.*, 2001, p. 997.

³³ *Tratatul Nord-Atlantic* a fost adoptat la Washington, la 4 aprilie 1949. Articolul 5 prevede: „Părțile convin că un atac armat împotriva uneia sau mai multora dintre ele, în Europa sau în America de Nord, va fi considerat un atac împotriva tuturor și, în consecință, sunt de acord ca, dacă are loc asemenea atac armat, fiecare dintre ele, în exercitarea dreptului la auto-apărare individuală sau colectivă recunoscut prin Articolul 51 din Carta Națiunilor Unite, va sprijini Partea sau Părțile atacate prin efectuarea imediată, individual sau de comun acord cu celelalte Părți, a oricărei acțiuni pe care o consideră necesară, inclusiv folosirea forței armate, pentru restabilirea și menținerea securității zonei Nord-Atlantice. Orice astfel de atac armat și toate măsurile adoptate ca rezultat al acestuia vor trebui raportate imediat Consiliului de Securitate. Aceste măsuri vor înceta după ce Consiliul de Securitate va adopta măsurile necesare pentru restabilirea și menținerea păcii și securității internaționale.”

³⁴ Comunicatul de presă NATO nr. 124 (2001), disponibil la adresa:

În ciuda acestor calificări aduse actelor îndreptate împotriva Statelor Unite la 11 septembrie 2001, invadarea Irakului în martie 2003, de către coalitia internațională condusă de către Statele Unite ale Americii, a fost calificată de o parte a doctrinei de drept internațional ca nelegală și contrară articolului 2 paragraf 4 din Carta Organizației Națiunilor Unite³⁵.

Practica statelor rămâne ambiguă în privința acceptării ideii de exercitare a unui drept la legitimă apărare împotriva actelor de terorism³⁶, motivat și de faptul că, în multe cazuri, acestea sunt comise de persoane fizice, cărora li se aplică garanțiile prevăzute de instrumentele juridice de protejare a drepturilor omului³⁷, și nu pot fi atribuite *prima facie* statelor, care sunt entitățile cărora le revine obligația de a respecta principiile fundamentale ale dreptului internațional, ceea ce constituie un dezavantaj în a susține afirmația că în prezent s-au conturat în mod neechivoc elementele constitutive ale unei cutume internaționale în această privință.

Alte elemente relevante pentru această analiză este reprezentat de lipsa unei definiții internaționale comprehensibile a terorismului internațional și lipsa calificării ca infracțiune internațională, cu toate că statele au manifestat o constantă preocupare în privința identificării măsurilor de combatere a actelor de terorism, materializată într-un număr considerabil de convenții internaționale adoptate la nivel universal³⁸ sau la nivel regional³⁹, în vigoare, având o trăsătură

<http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm> (accesată la 20 octombrie 2019).

³⁵ A. A. Cançado Trindade, *op. cit.*, 2006, pp. 122-123.

³⁶ M. Bennouna, *op. cit.*, p. 66.

³⁷ Pentru o analiză a implicațiilor Convenției europene a drepturilor omului în privința terorismului, a se vedea A. Iftimiei, *Terorismul și dreptul la viață privată în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, în volumul Conferinței „160 de ani de învățământ juridic ieșean”, Ed. Hamangiu, București, 2015, pp. 283-290.

³⁸ *Convenția pentru prevenirea și reprimarea infracțiunilor împotriva persoanelor care se bucură de protecție internațională, inclusiv agenților diplomatici* (1973), *Convenția internațională împotriva luării de ostatici* (1979), *Convenția internațională pentru reprimarea atentatelor teroriste* (1997), *Convenția internațională pentru reprimarea finanțării terorismului* (1999), *Convenția cu privire la infracțiuni și alte acte comise la bordul aeronavelor* (1963), *Convenția pentru reprimarea capturării ilicite a aeronavelor* (1970), *Convenția pentru reprimarea actelor ilicite împotriva siguranței aviației civile* (1971), *Convenția privind protecția fizică a materialelor nucleare* (1980), *Protocolul privind reprimarea actelor ilicite de violență în aeroporturile care deservește aviația civilă internațională, adițional la Convenția pentru reprimarea actelor ilicite împotriva siguranței aviației civile* (1988), *Convenția pentru reprimarea actelor ilicite împotriva siguranței navigației maritime* (1988), *Protocolul pentru reprimarea actelor ilicite împotriva siguranței platformelor fixe situate pe platoul continental* (1988), *Convenția privind marcarea explozibililor plastici în scopul detectării* (1991).

³⁹ *Convenția Organizației Statelor Americane privind prevenirea și pedepsirea actelor de terorism luând forma infracțiunilor împotriva persoanelor și de extorcare conexe, care sunt de importanță internațională* (1971), *Convenția europeană pentru reprimarea terorismului* (1977), *Convenția regională a Asociației Asiei de Sud-Est pentru Cooperare Regională privind reprimarea terorismului* (1987), *Convenția arabă privind reprimarea terorismului* (1998),

comună deosebit de importantă: folosirea forței armate nu constituie una dintre măsurile prevăzute de aceste convenții ca mijloace de prevenire și combatere a actelor de terorism⁴⁰.

5. Controversele cu privire la existența dreptului la legitimă apărare anticipată și preventivă

Carta Națiunilor Unite nu consacră în mod expres mai multe forme ale legitimei apărări și deci niciun drept la *legitimă apărare anticipată* ori *preventivă*. Cele două forme se deosebesc de dreptul la legitimă apărare prevăzut în mod expres de articolul 51 prin caracterul atacului căruia îi răspunde statul victimă. Astfel, articolul 51 din Cartă, care se referă la forma tipică de autoapărare, prevede justificarea folosirii forței față de un atac armat actual, în derulare. În cazul legitimei apărări anticipate, se răspunde unui atac iminent, celelalte condiții ale legitimei apărări (proporționalitatea, necesitatea) fiind aplicabile.

În privința acestei forme, jurisprudența internațională nu aduce clarificări, iar majoritatea statelor nu o acceptă ca permisibilă, pe motiv că implică un risc de escaladare constând în interpretarea greșită de către stat a intenției altui stat sau în reacția disproporționată⁴¹. În susținerea existenței unui drept la legitimă apărare anticipată se aduc argumente de natură practică: nu este realist a se considera că statele trebuie să aștepte producerea atacului, înainte de a răspunde⁴².

Legitima apărare preventivă (*preventive self-defence*) ar presupune folosirea forței în mod unilateral, pentru a preveni un posibil atac care ar amenința securitatea națională.

Această formă de legitimare a folosirii forței a fost invocată mai ales după evenimentele din 11 septembrie 2001, de către Statele Unite ale Americii, în contextul luptei împotriva terorismului. Anterior acestui moment, Curtea Internațională de Justiție a refuzat să se pronunțe asupra legalității unui atac preventiv, în cauza privind *Activități militare și paramilitare în și împotriva statului Nicaragua*⁴³, și ulterior acestei hotărâri a continuat să lase nerezolvată această controversă.

De asemenea, anterior atacurilor de la 11 septembrie 2001, și state precum Israel și Africa de Sud au susținut ideea folosirii forței armate în temeiul dreptului

Convenția Organizației Conferinței Islamice privind combaterea terorismului internațional (1999), *Convenția Organizației Unității Africane privind prevenirea și combaterea terorismului* (1999), *Tratatul privind cooperarea dintre statele membre ale Comunității Statelor Independente în combaterea terorismului* (1999).

⁴⁰ În privința actelor comise de persoanele fizice, a fost formulată o inițiativă din partea statului român, de înființare a unei instanțe internaționale specializate în materie de terorism – Curtea Internațională împotriva Terorismului. Pentru detalii, a se vedea C. Moldovan, *Succinte considerații referitoare la propunerea României de înființare a unei instanțe internaționale în materie de terorism*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași*, Tomul LXII, Științe Juridice, 2016, Nr. 1, pp. 175-186.

⁴¹ C. Gray, *op. cit.*, 2014, p. 631.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Parag. 194-196 din Hotărârea Curții.

la legitimă apărare ca răspuns la atacuri teroriste, prin atacarea bazelor organizațiilor teroriste de pe teritoriile statelor care le găzduiau, motivat de argumentul că, prin găzduirea pe teritoriul lor a unor astfel de organizații, statele respective promovează sau cel puțin tolerează actele de terorism și sunt asemănătoare complicilor, ceea ce le face responsabile pentru actele de terorism comise⁴⁴.

Statul Israel a justificat un atac preventiv din anul 1981 asupra unui reactor nuclear iranian în construcție, pe motiv că realizarea acestuia avea ca scop producerea de arme nucleare pentru a fi folosite împotriva Israelului și, în consecință, acesta putea exercita dreptul său la autoapărare⁴⁵. Adunarea Generală a ONU și Consiliul de Securitate au condamnat atacul, însă nu au recurs la o exprimare directă, clară și fermă a inexistenței unui drept la legitimă apărare preventivă.

În Rezoluția adoptată de către Consiliul de Securitate la 19 iunie 1981⁴⁶, acesta a statuat că măsurile statului Israel constituie „o încălcare gravă a Cartei Națiunilor Unite și a normelor internaționale de conduită”⁴⁷ și a solicitat Israelului să se abțină de la astfel de acte sau amenințări⁴⁸.

O calificare mai gravă a conduitei statului Israel, de agresiune, este dată în Rezoluția adoptată de către Adunarea Generală la 13 noiembrie 1981⁴⁹, în formularea următoare:

„actul său [al Israelului – n.a.] premeditat și fără precedent în încălcarea Cartei Națiunilor Unite și a normelor internaționale de conduită, ceea ce constituie o escaladare nouă și periculoasă în amenințarea la adresa păcii și securității internaționale”⁵⁰.

Pe plan internațional însă, legitima apărare preventivă nu este considerată admisibilă de către un număr mare de state și nu există elemente suficiente care să contureze apariția unei norme cutumiare în acest sens⁵¹.

Potrivit unei opinii din doctrină, încercarea de argumentare a existenței unei legitime apărări preventive nu a reușit să răspundă obiecției potrivit căreia

⁴⁴ A. Cassese, *op. cit.*, 2001, p. 996; C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 630.

⁴⁵ C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 631.

⁴⁶ *Resolution 487 (1981) of 19 June 1981*. Textul este disponibil la adresa: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/487\(1981\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/487(1981)) (accesată la 20 octombrie 2019).

⁴⁷ Pct. 1 din Rezoluția nr. 487 (1981).

⁴⁸ Pct. 2 din Rezoluția nr. 487 (1981).

⁴⁹ General Assembly, *Armed Israeli Aggression Against the Iraqi Nuclear Installations and its Grave Consequences for the Established International System Concerning the Peaceful Uses of Nuclear Energy, the Non-Proliferation of Nuclear Weapons and International Peace and Security* [1981] UNGA 28; A/RES/36/27 (13 November 1981). Textul este disponibil la adresa: <http://www.worldlii.org/int/other/UNGA/1981/28.pdf> (accesată la 20 octombrie 2019).

⁵⁰ Rezoluția Adunării Generale A/RES/36/27, pct. 1.

⁵¹ R. Miga-Beșteliu, *Drept internațional public*, vol. II, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 172.

efectul admiterii existenței sale ar deschide ușa represaliilor, a folosirii generalizate a forței, a agresiunii prin intermediul unei imprecizii conceptuale și al folosirii discreționare de către cei puternici⁵². În aceeași opinie, dacă ideea legitimei apărări preventive ar fi fost aplicată în timpul crizei rachetelor din Cuba, ar fi fost posibil ca omenirea să nu mai existe, ca urmare a folosirii armelor nucleare de către URSS și Statele Unite ale Americii, astfel că, în contextul proliferării armelor nucleare și de ucidere în masă, respectarea principiului interdicției amenințării și folosirii forței se impune cu mai multă forță, relevând un caracter imperativ⁵³.

Un alt argument pentru negarea legitimei apărări preventive este dat de imposibilitatea unei astfel de forme de folosire a forței de a îndeplini cerințele necesității și proporționalității, condiții esențiale pentru legitimitatea folosirii forței, astfel că statul care invocă un astfel de drept, spre deosebire de un stat care se raportează la aplicarea articolului 51 din Cartă, nu ar fi limitat de respectarea acestor condiții și ar acționa în baza unei evaluări proprii subiective asupra situației, ceea ce constituie o absurditate juridică⁵⁴.

Însă reacția imediată a Consiliului de Securitate, care la 12 septembrie 2001 a adoptat Rezoluția nr. 1368⁵⁵, prin care a condamnat atacurile teroriste, le-a calificat ca amenințare la adresa păcii și securității internaționale și a invitat statele membre să coopereze pentru aducerea în fața justiției a autorilor, organizațiilor și finanțatorilor acestor acte și pentru prevenirea și reprimarea actelor de terorism, pare să justifice recurgerea preventivă la autoapărare.

Având în vedere această abordare, se poate afirma că evenimentele de la 11 septembrie 2001 au deschis calea spre o interpretare extensivă a noțiunii de autoapărare colectivă, prin extinderea domeniului de aplicare al articolului 51 din Carta Națiunilor Unite⁵⁶ și modificarea conținutului unor principii fundamentale ale dreptului internațional.

Un alt exemplu concret mai recent de invocare a articolului 51 din Cartă îl reprezintă declarațiile făcute de Germania și Belgia Președintelui Consiliului de Securitate al Organizației Națiunilor Unite, cu privire la folosirea forței armate de către aceste state pe teritoriul sirian, împotriva organizației teroriste Statul Islamic în Irak și Levant (ISIL, cunoscut și sub denumirea ISIS sau Da'esh)⁵⁷. Cele

⁵² A.A. Cançado Trindade, *op. cit.*, 2006, p. 129.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 130.

⁵⁵ Rezoluția nr. 1368 (2001) cu privire la amenințări la pacea și securitatea internațională prin atacuri teroriste.

⁵⁶ A. Cassese, *op. cit.*, 2001, p. 997; autorul menționează și posibilitatea de a discuta despre formarea spontană a unei norme cutumiare în acest sens.

⁵⁷ *Scrisoarea din 7 iunie 2016 a Reprezentanței Permanente a Belgiei la Organizația Națiunilor Unite adresată Președintelui Consiliului de Securitate (Letter dated 7 June 2016 from the Permanent Representative of Belgium to the United Nations addressed to the President of the Security Council)*, text disponibil la adresa: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2016/523#un (accesată la 20 octombrie 2019); *Scrisoarea din 10 decembrie 2015 emisă de către Însărcinatul cu Afaceri al Misiunii Permanente a Germaniei la*

două declarații subliniază faptul că măsurile militare sunt îndreptate împotriva organizației teroriste, și nu împotriva statului sirian.

În cuprinsul scrisorilor oficiale ale celor două state se menționează faptul că ISIL a ocupat o parte a teritoriului sirian asupra căruia guvernul Siriei nu exercită controlul efectiv și că statele care au fost supuse atacurilor armate ale ISIL venite din acest teritoriu au dreptul, în temeiul art. 51 din Carta Națiunilor Unite, să ia măsurile necesare de legitimă apărare chiar și în lipsa acordului statului sirian. Statul german și cel belgian vor sprijini acțiunile militare ale acelor state care au fost victime ale atacurilor armate ale ISIL.

Conținutul celor două scrisori oficiale face trimitere la calificarea dată actelor teroriste ale organizației ISIL de către Consiliul de Securitate al Națiunilor Unite, prin Rezoluția nr. 2249 (2015) din 20 noiembrie 2015⁵⁸, de „amenințare globală și fără precedent la pacea și securitatea internațională”, și solicitarea Consiliului de Securitate ca statele să ia măsuri pentru prevenirea și reprimarea actelor teroriste.

Rezoluția Consiliului de Securitate nr. 2249 (2015) din 20 noiembrie 2015 a avut ca temei controlul efectiv pe care ISIL îl exercita pe teritoriul sirian. Însă, continuarea prezenței militare a coaliției internaționale și a statelor pe teritoriul sirian, are o justificare și legalitate discutabilă în contextul declarațiilor potrivit cărora organizația a fost învinsă și nu mai deține control asupra teritoriului sirian⁵⁹. În acest sens, trebuie subliniat că prin rezoluția 2449 (2018)⁶⁰, Consiliul de Securitate a solicitat statelor să acorde asistență umanitară Siriei în 2019 și a aprobat prelungirea prezenței forțelor armate ale statelor pe teritoriul sirian până la 10 ianuarie 2020.

6. Concluzii

Exercitarea legitimei apărări de către state, deși prevăzută în mod expres în Carta Organizației Națiunilor Unite, rămâne una dintre cele mai controversate instituții a dreptului internațional public, atât din perspectiva condițiilor care o

Organizația Națiunilor Unite, adresată președintelui Consiliului de Securitate (Letter dated 10 December 2015 from the Chargé d' affaires a.i. of the Permanent Mission of Germany to the United Nations addressed to the President of the Security Council), text disponibil la adresa: http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2015_946.pdf (accesată la 20 octombrie 2019).

⁵⁸ Rezoluția nr. 2249 (2015) adoptată de Consiliul de Securitate al ONU la 20 noiembrie 2015, text disponibil la adresa: http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_res_2249.pdf (accesată la 20 octombrie 2019).

⁵⁹ B. Nussberger, „Sustainable Self-defense?” *How the German Government justifies continuing its fight against ISIL in Syria*, <https://www.ejiltalk.org/sustainable-self-defense-how-the-german-government-justifies-continuing-its-fight-against-isil-in-syria/> (accesată a 20 octombrie 2019).

⁶⁰ Rezoluția nr. 2449 (2018) adoptată de Consiliul de Securitate al ONU la 13 decembrie 2018, text disponibil la adresa: [https://undocs.org/S/RES/2449\(2018\)](https://undocs.org/S/RES/2449(2018)) (accesată la 20 octombrie 2019).

pot justifica cât și din perspectiva modificării practicii statelor sau adoptarea unor anumite măsuri în situații excepționale. Abordarea majoritară din prezent pare a fi acceptarea doctrinei legitimei apărări preventive în cazul atacurilor teroriste, însă, în lipsa unei calificări exprese și inechivoce în acest sens din partea unei instanțe internaționale, controversele și dezbaterile divergente vor continua.

Validarea mandatelor consilierilor locali. Repere normative și aspecte jurisprudențiale

Validation of the mandates of local advisors. Normative benchmarks and jurisprudential issues

Dan Constantin Mățâ¹

Rezumat: Validarea mandatului unui consilier local este o operațiune prin care o persoană aleasă prin vot universal, egal, direct, secret și liber exprimat, este confirmată în vederea ocupării și exercitării demnității de ales local. Confirmarea poate fi făcută fie printr-o procedură administrativă, fie printr-o procedură judecătorească. În evoluția reglementării acestei instituții în legislația românească privind administrația publică locală regula a fost reprezentată de validarea mandatului printr-o procedură administrativă. Comisia de validare formată din consilieri locali propunea consiliului local, încă neconstituit, validarea mandatelor fiecărui consilier ales. Această procedură de autovalidare este vulnerabilă în raport cu exigențele statului de drept și ineficientă prin posibilitatea apariției unor blocaje administrative. În consecință, validarea mandatelor consilierilor locali de către o instanță judecătorească este considerată o soluție normativă superioară. Codul administrativ reglementează validarea mandatelor consilierilor locali de către instanța judecătorească, în procedură necontencioasă, stabilind termene scurte pentru a asigura celeritatea mecanismului de validare.

Cuvinte-cheie: consilier local, validarea mandatului, constituirea consiliului local, procedură necontencioasă.

Abstract: The validation of the mandate of a local advisor is an operation by which a person elected by universal, equal, direct, secret and freely expressed vote is confirmed in order to occupy and exercise the office of local elected representative. The confirmation can be done either by means of an administrative procedure or by means of a judicial procedure. In the evolution of the regulation of this institution in the Romanian legislation regarding the local public administration, the rule was represented by the validation of the mandate by means of an administrative procedure. The validation commission made of local advisors proposed to the local council, still not established, the validation of the mandates of each elected advisor. This self-validation procedure is incompatible with the demands of the rule of law and inefficient due to the possibility of administrative blockages. Consequently, the validation of the mandates of the local advisors by a court is considered a superior normative solution. The Administrative Code regulates the validation of the mandates of the local advisors by the court, in a non-litigious procedure, establishing short deadlines in order to ensure the speed of the validation mechanism.

Key-words: local advisor, office validation, local council establishment, non-litigious procedure.

¹ Lector universitar dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: danmata@uaic.ro.

1. Aspecte introductive

În dreptul administrativ mandatul reprezintă exercitarea unei funcții de autoritate publică, pentru o perioadă determinată, de către aleșii locali (primarul, viceprimarul, consilierii locali, președintele consiliului județean, vicepreședintele consiliului și consilierii județeni) în scopul realizării autonomiei locale la nivelul unei unități administrativ-teritoriale. Această noțiune este în mod esențial diferită de mandatul din dreptul privat deoarece ea nu reprezintă un contract, nu implică o legătură de subordonare între alegători și alesul local, iar mandatul alesului local este general, independent și nu poate înceta prin revocare².

Pentru exercitarea unui mandat este necesară validarea, înțeleasă ca fiind o operațiune „prin care o autoritate a statului sau a administrației publice locale, aleasă prin vot universal, egal, direct, secret și liber exprimat, este confirmată în vederea ocupării și exercitării funcției respective”³. În cazul procedurii de constituire a unei autorități deliberative la nivelul unităților administrativ-teritoriale un aspect esențial îl constituie validarea mandatelor membrilor acestor autorități. În mod tradițional, validarea mandatelor consilierilor locali se face printr-o procedură administrativă în cadrul căreia o comisie de validare, aleasă pentru întreaga durată a mandatului consiliului local, verifică legalitatea alegerii fiecărui consilier și propune consiliului local validarea sau invalidarea mandatelor.

O altă modalitate de validare a mandatelor consilierilor locali este aceea în care o instanță judecătorească verifică îndeplinirea condițiilor de validitate a mandatului și pronunță o hotărâre privind validarea sau, după caz, invalidarea. Ulterior, procedura de constituire a consiliului local continuă în parametri administrativi prin convocarea consilierilor locali ale căror mandate au fost validate, depunerea jurământului și declararea ca legal constituită a autorității administrației publice locale.

Această modalitate de validare prezintă dezavantajul unui termen mai îndelungat pentru constituirea consiliului local dar aduce beneficiul indiscutabil al unei proceduri mai riguroase și mai obiective. Ea a fost folosită rar și pentru scurte perioade de timp în istoria administrației publice moderne românești dar, în prezent, O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ⁴, cu modificările și completările ulterioare, o reglementează ca fiind procedura de validare a mandatelor consilierilor locali aleși și a supleanților începând cu data alegerii autorităților administrației publice locale din anul 2020.

² C. Manda, *Dreptul colectivităților locale*, Ediția a IV-a, Editura Universul Juridic, București, 2008, pp. 232-240.

³ D. Apostol Tofan, *Drept administrativ*, vol. I, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 320.

⁴ Publicată în „Monitorul Oficial” nr. 555 din 5 iulie 2019.

2. Modele și contramodelle în evoluția reglementării procedurii de validare a mandatului de consilier local

Primul act normativ românesc care a reglementat într-o formă modernă constituirea, organizarea și funcționarea consiliului local a fost Legea nr. 394/1864 pentru comunele urbane și rurale⁵. În baza acestei legi comuna devine o unitate administrativ-teritorială, înzestrată cu personalitate juridică și organe de conducere proprii. În cuprinsul ei intrau sate și cătune (comuna rurală) sau orașe și târguri (comuna urbană).

Reprezentarea intereselor locuitorilor unei comune se realiza prin intermediul consiliului comunal, autoritate deliberativă care cuprindea un număr impar de consilieri începând cu 5, în cazul comunelor cu până la 1.500 locuitori, și până la 17, în cazul comunelor cu peste 50.000 de locuitori. Legea nr. 394/1864 nu conține dispoziții extinse privind constituirea consiliului local, mult mai generoasă fiind reglementarea condițiilor privind dreptul de a alege în cadrul adunărilor comunale. Consilierii comunali trebuiau să îndeplinească aceleași condiții ca și alegătorii cu mențiunea că erau incompatibili cu exercitarea oricărei funcții salariate a statului. În conformitate cu art. 51 din lege, la intrarea în funcție membrii consiliului comunal trebuiau să pronunțe jurământul în fața unui delegat al Guvernului, iar în cazul consiliului orașului București în fața Ministerului de Interne⁶.

Organizarea comunală stabilită de Legea nr. 394/1864 a rămas în vigoare și după intrarea în vigoare a Constituției din 1 iulie 1866 care prevedea în art. 106 că instituțiile județene și comunale sunt reglementate de legi, iar în articolul următor că „*aceste legi vor avea la bază descentralizarea administrației mai completă și independența comunală*”⁷. Modificările aduse acestui act normativ au vizat creșterea numărului populației necesar pentru existența unei comune sau condițiile exercitării tutelei administrative (Legea din 5 aprilie 1874 și Legea din 7 mai 1887)⁸. Modelul de organizare administrativă comunală a rămas însă neschimbat, Legea comunală din 1 aprilie 1864 și Legea pentru înființarea consiliilor județene din 2 aprilie 1864 reprezentând „scheletul pe care se va așeza întreaga organizare administrativă locală a Statului român după război [după 1918 n.a.]”⁹.

Prin dispozițiile Legii pentru organizarea comunelor urbane din 31 iulie 1894 au fost prevăzute dispoziții speciale pentru autoritățile administrative ale acestei categorii de comune. Consiliile comunale erau constituite din minim

⁵ Publicată în „Monitorul Oficial” din 31 martie 1864.

⁶ Conținutul acestui jurământ era următorul: „Jur credință Domnitorului, supunere legilor țării și sprijin intereselor comunei. Așa să-mi ajute Dumnezeu”.

⁷ Apud C. Ionescu, *Dezvoltarea constituțională a României. Acte și documente, 1741-1991*, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 397.

⁸ P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ român. Organizarea administrativă a României*, Tipografia Gutenberg, București, 1903-1904, pp. 250-251.

⁹ A. Teodorescu, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, Institutul de Arte Grafice Ed. Marvan, București, 1935, p. 314.

9 consilieri în comunele care au până la 10.000 de locuitori ajungând în mod gradual (11 consilieri, 15 consilieri, 19 consilieri și 25 consilieri) până la 31 de consilieri în comunele urbane cu o populație de peste 200.000 locuitori¹⁰.

Procedura electorală și validarea mandatelor pentru consiliile comunale ale comunelor urbane au fost dezvoltate printr-o lege asupra alegerii consiliilor comunale din 15 iunie 1886, care a cunoscut mai multe modificări în deceniul care a urmat¹¹. Astfel, în comunele urbane reședințe de județ consiliul comunal își verifica singur alegerea și hotăra validarea mandatelor consilierilor comunali dacă în termen de 7 zile de la proclamarea rezultatului alegerii nu s-a formulat o contestație. Eventualele contestații erau soluționate de către Ministerul de Interne. În cazul comunelor urbane nereședințe de județ validarea mandatelor consilierilor comunali se realiza de către delegația județeană care avea dreptul să soluționeze și contestațiile formulate cu privire la alegerea consilierilor comunali. Decizia delegației județene putea fi contestată cu recurs la Ministerul de Interne¹².

Constituția din 29 martie 1923 menține principiul reglementării autorităților administrative comunale și județene prin legi speciale care „*vor avea la bază descentralizarea administrativă*” [art. 108]. Același articol constituțional prevede că „*membrii consiliilor județene și comunale sunt aleși de către cetățenii români prin votul universal, egal, direct, secret, obligatoriu și cu reprezentarea minorității, după formele prevăzute de lege. La aceștia se vor putea adăuga prin lege și membri de drept și membri cooptați. Între membrii cooptați pot fi și femei majore*”¹³.

După realizarea unității naționale unul din imperativele procesului de unificare legislativă l-a reprezentat și adoptarea legislației privind unificarea administrativă¹⁴. În acest sens, chiar înainte de adoptarea Constituției României Întregite s-a atras atenția că „una din cele mai însemnate reforme astăzi la ordinea zilei în Statul nostru – ba, aș putea spune fără teamă de exagerare, cea mai însemnată – este reforma administrativă, căci un Stat a cărui organizare administrativă lasă de dorit este un Stat care nu se pricepe sau nu dă destulă atenție, ceea ce ca rezultat este tot una, nevoilor generale”¹⁵. Unificarea prin extinderea legislației administrative a Vechiului Regat nu a fost posibilă în condițiile în care provinciile unite cunoșteau o reglementare mai amplă a descentralizării iar organizarea administrației publice locale românești era considerată lacunară și învechită¹⁶.

¹⁰ P. Negulescu, *op. cit.*, p. 253.

¹¹ A. Teodorescu, *op. cit.*, p. 331.

¹² P. Negulescu, *op. cit.*, p. 255.

¹³ *Apud* C. Ionescu, *op. cit.*, p. 545.

¹⁴ Pentru detalii a se vedea D. C. Mățã, *Unificarea legislativă. Teze, proiecte și acțiuni din România Întregită*, în „Dreptul”, nr. 9, 2018, pp. 20-35.

¹⁵ A. Teodorescu, *Viitoarea organizare administrativă a României*, în *Noua Constituție a României. 23 de prelegeri publice organizate de Institutul Social Român. Cu o anexă cuprinzând noile Constituții europene*, Editura Cultura Națională, București, f.a., p. 285.

¹⁶ E. D. Tarangul, *Tratat de drept administrativ român*, Tipografia Glasul Bucovinei, Cernăuți, 1944, p. 147.

Legea pentru unificarea administrativă din 14 iunie 1925 a avut scopul de a realiza unificarea în domeniul administrației publice în noul cadru constituțional al României Întregite. Din păcate, „imperioase considerațiuni de politică internă” a determinat limitarea drastică a autonomiei locale prin lărgirea considerabilă a dreptului de tutelă administrativă și prin introducerea instituției consilierilor de drept cu vot deliberativ¹⁷.

Acest act normativ a fost abrogat prin dispozițiile art. 572 din Legea pentru organizarea administrației locale din 3 august 1929¹⁸, care într-o parte distinctă reglementa procedura de constituire a consiliilor comunale (art. 83-88). Convocarea consilierilor se făcea de către directorul ministerial local în cazul consiliilor municipale și de către pretori în cazul comunelor rurale¹⁹. Consilierii convocați aveau obligația de a verifica mai întâi cazurile de incapacitate, de nedemnitate și incompatibilitate²⁰, ulterior validarea fiecărui consilier făcându-se cu majoritatea absolută de voturi. Încheierile consiliului cu privire la cazurile de incapacitate, nedemnitate și incompatibilitate, precum și toate actele de constituire puteau fi atacate cu apel în termen de 10 zile de la adoptare la comitetul local de revizuire pentru municipii sau la delegația consiliului județean pentru orașe, comune și sate²¹.

Constituția din 27 februarie 1938 nu mai reglementează principiul descentralizării administrative și nici nu mai prevede condițiile alegerii membrilor consiliilor comunale și județene, lăsând „*pe seama legiuitorului ordinar toată*”

¹⁷ *Ibidem*, p. 148.

¹⁸ Publicată în „Monitorul Oficial” nr. 170 din 3 august 1929.

¹⁹ În afară de membrii aleși, consiliul comunal cuprindea și membri de drept desemnați din următoarele categorii: a) rectorul universității în orașele de reședință a celor 4 universități sau conducătorul școlii de învățământ superior din localitatea unde este un astfel de formă de învățământ; b) câte un reprezentant al școlilor publice și particulare din localitate; c) câte un reprezentant al bisericilor naționale și un reprezentant al bisericii minoritare cu cel mai mare număr de credincioși în localitate; d) președinții Camerelor de industrie și comerț și ai Camerelor de agricultură din localitate; e) un membru ales de către industriașii și comercianții din localitate. A se vedea V. Onișor, *Tratat de drept administrativ român*, ediția a 2-a, Editura „Cartea românească”, București, 1930, pp. 230-231.

²⁰ „Primul act al consilierilor, imediat după convocare, este verificarea mandatelor membrilor consiliului și pronunțarea asupra cazurilor de incapacitate, nedemnitate sau incompatibilitate. Constatările de nedemnitate sau incompatibilitate provoacă numai invalidarea consilierului nedemn sau incapabil, iar nu și dizolvarea consiliului”. A se vedea Avizul consiliului superior administrativ nr. 917 din 11 mai 1926 *apud* P. Negulescu, R. Boilă, Gh. Alexianu, *Codul administrativ adnotat*, Institutul de Arte Grafice „Vreamea”, București, 1930, p. 383.

²¹ Delegația consiliului județean era formată din președinte și patru membri aleși având printre atribuții următoarele: a) înlocuia consiliul județean în intervalul dintre sesiuni și decidea în locul său în limitele puterilor conferite de consiliu; b) îl asista pe președintele delegației în executarea hotărârilor consiliului județean; c) supraveghea, controla și îndruma organele administrative ale satelor și comunelor; apăra interesele județului în justiție. A se vedea V. Onișor, *op. cit.*, pp. 138-141.

organizarea administrației locale”²². În acest scop a fost adoptată Legea administrativă din 14 august 1938 care, pe de o parte, consolidează mecanismele administrative ale regimului dictatorial dar, pe de altă parte, continuă procesul de depolitizare a administrației locale început prin Legea administrativă din 27 martie 1936²³.

După anul 1949²⁴, în contextul unui accelerat și agresiv proces de sovietizare a societății românești, dispare denumirea de consiliu comunal aceasta fiind înlocuită, mai întâi, prin consiliu popular și, ulterior, prin cea de sfat popular. Actele normative relevante în această materie, Decretul nr. 259/1950 pentru organizarea și funcționarea sfaturilor populare²⁵ și Legea nr. 6/1957 de organizare și funcționare a sfaturilor populare²⁶, nu conțin dispoziții detaliate privind constituirea acestor organe locale ale puterii de stat. De pildă, cel de-al doilea act normativ citat se limita să menționeze că sfatul popular se compune din deputați aleși și că în prima sesiune de lucru „se validează mandatele deputaților, se procedează la alegerea comitetului executiv și comisiilor permanente” [art. 10].

Prin Legea nr. 57/1968 privind organizarea și funcționarea consiliilor populare²⁷ se revine la denumirea tradițională de consiliu, organ local al puterii de stat a cărui activitate era îndrumată și controlată, în baza principiului centralismului democratic, de către Marea Adunarea Națională și Consiliul de Stat. Numărul membrilor consiliilor populare era foarte mare (ajungând până la 231 deputați în cazul județelor cu o populație de peste 500.000 locuitori, 211 deputați în cazul municipiilor cu o populație de peste 150.000 locuitori, 91 deputați în cazul orașelor cu o populație peste 30.000 locuitori și 71 deputați în comunele cu o populație peste 10.000 locuitori) ei având un mandat de 4 ani. În conformitate cu art. 22 din lege (devenit art. 45 după republicare), consiliul popular verifica legalitatea alegerii fiecărui deputat, în prima sa sesiune, hotărând validarea sau anularea alegerii. Pentru verificarea legalității era aleasă, pentru întreaga perioadă a mandatului, o comisie de validare compusă din 3-9 membri.

²² E. D. Tarangul, *op. cit.*, p. 147.

²³ Prin această lege, abrogată prin dispozițiile Legii administrative din 1938, legiuitorul a urmărit scoaterea administrației locale de sub influența politicului „încredințând magistraților conducerea tuturor operațiunilor electorale, prin stabilirea caracterului permanent al consiliilor, care urmau să se reînnoiască numai parțial din trei în trei ani și prin menținerea în consilii a foștilor primari sau prefecți”. A se vedea E. D. Tarangul, *op. cit.*, p. 150.

²⁴ În perioada celui de-al doilea război mondial consiliile locale nu au mai fost constituite, atribuțiile lor fiind exercitate de către primari. Această situație s-a prelungit și după anul 1945, astfel că până la constituirea noilor consilii au fost înființate, printr-o lege din 25 aprilie 1947, comisii interimare la nivel comunal și județean ale căror membri erau numiți de către prefect la propunerea pretorului, în cazul comunelor rurale și urbane nereședințe, sau de către Ministerul de Interne la propunerea inspectorilor generali administrativi, pentru comunele urbane reședințe, municipii și județe. A se vedea M. Guțan, *Istoria administrației publice românești*, Ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2006, p. 285.

²⁵ Publicat în „Buletinul Oficial” nr. 122 din 28 decembrie 1950.

²⁶ Publicată în „Buletinul Oficial” nr. 11 din 28 martie 1957.

²⁷ Publicată în „Buletinul Oficial” nr. 168 din 26 decembrie 1968. Republicată în „Buletinul Oficial” nr. 96 din 3 octombrie 1980.

În perioada postdecembristă, Legea administrației publice locale nr. 69/1991²⁸ a recuperat, la nivel normativ, principiul autonomiei locale astfel că autoritatea administrației publice prin care se realiza autonomia locală în comune și orașe era consiliul local. Pentru constituirea consiliului local, art. 17 din lege prevedea alegerea unei comisii de validare, pentru întreaga durată a mandatului, formată din 3-7 consilieri. Comisia de validare propunea invalidarea alegerii unui consilier în cazul în care constată existența unor incompatibilități sau încălcarea condițiilor de eligibilitate sau atunci când constată că alegerea consilierului s-a făcut prin fraudă electorală. Validarea sau invalidarea se făcea cu votul a cel puțin jumătate plus unu din numărul total al consilierilor, hotărârile putând fi atacate în justiție, în condițiile contenciosului administrativ. Această procedură de validare a mandatelor consilierilor locali s-a păstrat până la momentul ieșirii din vigoare a Legii nr. 69/1991 (la data de 24 mai 2001) cu mențiunea că fraudă electorală trebuie constată de către Biroul Electoral Central iar hotărârile de validare sau invalidare trebuiau atacate la instanța de contencios administrativ în termen de 5 zile de la adoptare sau de la comunicare, în cazul celor absenți de la ședință.

3. Dilemele reglementării procedurii de validare a mandatelor consilierilor locali în Legea nr. 215/2001

În varianta inițială a Legii administrației publice locale nr. 215/2001²⁹ art. 32 prevedea că în cadrul ședinței de constituire a consiliului local se alegea prin vot deschis o comisie de validare alcătuită din 3-5 consilieri. Comisia de validare era constituită pentru întreaga durată a mandatului și examina legalitatea alegerii fiecărui consilier propunând validarea sau invalidarea mandatelor. Invalidarea alegerii unui consilier nu se putea propune decât în situația în care se constata încălcarea condițiilor de eligibilitate sau dacă alegerea consilierului local s-a făcut prin fraudă electorală. Validarea sau invalidarea mandatelor se făcea în ordine alfabetică prin votul deschis al majorității consilierilor prezenți la ședință, cu mențiunea că persoana al cărei mandat era supus validării sau invalidării nu participa la vot.

În conformitate cu art. 33 din această formă a Legii nr. 215/2001 hotărârea de validare sau invalidare a mandatelor putea fi atacată de cei interesați în termen de 5 zile de la adoptare sau, în cazul celor absenți de la ședință, de la comunicare. Instanța competentă pentru soluționarea plângerii era instanța de contencios administrativ care avea obligația de a se pronunța în termen de 30 de zile. Consiliul local se declara constituit atunci când pentru cel puțin două treimi din numărul consilierilor locali a fost validat mandatul iar aceștia au depus jurământul³⁰.

²⁸ Publicată în „Monitorul Oficial” nr. 238 din 28 noiembrie 1991. Republicată în „Monitorul Oficial” nr. 79 din 18 aprilie 1996.

²⁹ Publicată în „Monitorul Oficial” nr. 204 din 23 aprilie 2001.

³⁰ Potrivit art. 34 alin. (1) din Legea nr. 215/2001 jurământul se depune în limba română și avea următoarea formă: „Jur să respect Constituția și legile țării și să fac, cu

Procedura de validare a mandatelor consilierilor locali prevăzută în forma inițială a Legii nr. 215/2001 a cunoscut o modificare esențială, cu un caracter inedit în evoluția reglementării acestei instituții, o dată cu intrarea în vigoare a dispozițiilor Legii nr. 286/2006³¹. Cu privire la procedura de validare a mandatelor consilierilor locali, inițiatorul proiectului de lege (Guvernul României) a arătat în Expunerea de motive că „această modificare a fost propusă în virtutea principiului conform căruia într-o țară democratică asupra legalității oricărei acțiuni trebuie să se pronunțe justiția”³².

În consecință, prin dispozițiile art. 25 din Legea nr. 286/2006 s-a introdus în cuprinsul Legii nr. 215/2001 un nou articol (art. 29¹ devenit art. 30 după republicare³³) conform căruia „validarea alegerii consilierilor se face de către judecătoria în raza căreia se află unitatea administrativ-teritorială, de către un judecător desemnat de președintele instanței. Cererea de validare a consilierilor locali se depune în termen de 3 zile de la data constatării rezultatelor alegerilor, în condițiile legii”. Cererea se soluționează în ședință publică, fără citarea părților, în termen de 10 zile de la depunere, prin hotărâre executorie. Hotărârea era supusă căilor de atac prevăzute de procedura contencioasă, instanța de control judiciar având obligația să se pronunțe în termen de 10 zile de la data introducerii cererii de apel sau de recurs, după caz. Potrivit alin. (5) din acest articol „invalidarea mandatului intervine în cazul în care se constată încălcarea condițiilor de eligibilitate sau dacă alegerea consilierului s-a făcut prin fraudă electorală, constatată în condițiile legii”.

Reglementarea acestei proceduri de validare a mandatelor consilierilor locali a fost apreciată pozitiv în doctrina de specialitate considerându-se că ea „reflectă mai pregnant principiul separației puterilor în stat”³⁴. Ca deficiențe ale reglementării au fost semnalate neprecizarea persoanei sau autorității care adresează judecătoriei cererea de validare a consilierilor locali și stabilirea unor termene prea lungi pentru judecarea cererii sau pentru pronunțarea asupra cererii de apel sau de recurs³⁵.

În termen de maxim 5 zile de la data pronunțării hotărârii de validare avea loc convocarea consilierilor al căror mandat a fost validat, de către prefect. Ședința se desfășura în condiții legale dacă participau cel puțin jumătate plus unu din numărul consilierilor aleși și validați. În cadrul ședinței de constituire consilierii locali validați depuneau jurământul, consiliul local declarându-se

bună credință, tot ceea ce stă în puterile și priceperea mea pentru binele locuitorilor comunei... (orașului, județului). Așa să-mi ajute Dumnezeu!”.

³¹ Legea nr. 286/2006 pentru modificarea și completarea Legii administrației publice locale nr. 215/2001, publicată în Monitorul Oficial nr. 621 din 18 iulie 2006.

³² Expunerea de motive poate fi consultată la <http://www.cdep.ro/proiecte/2006/000/50/2/em52.pdf>

³³ Legea nr. 215/2001 a fost republicată în „Monitorul Oficial” nr. 123 din 20 februarie 2007.

³⁴ M. Preda, *Legea administrației publice locale nr. 215/2001, Comentarii pe articole*, Editura Wolters Kluwer, București, 2007, p. 119.

³⁵ *Ibidem*, pp. 119-120.

constituit dacă majoritatea consilierilor locali validați au depus jurământul. Aceeași procedură era aplicabilă și în cazul validării mandatelor candidaților declarați supleanți.

Această procedură de validare a mandatelor consilierilor locali a „rezistat” mai puțin de doi ani, deoarece prin art. III pct. 3 din O.U.G. nr. 20/2008³⁶ se revine la procedura administrativă de validare a mandatelor consilierilor locali reglementată în forma inițială a Legii administrației publice locale³⁷. În mod concret, după această modificare, art. 31 din Legea nr. 215/2001 a prevăzut că pentru validarea mandatelor, în ședința de constituire a consiliului local se alege o comisie de validare alcătuită din 3-5 consilieri. Comisia de validare funcționează pe întreaga durată a mandatului examinând legalitatea alegerii fiecărui consilier și propunând consiliului local validarea sau invalidarea mandatelor³⁸. Invalidarea alegerii putea fi propusă numai în cazul în care se constată încălcarea condițiilor de eligibilitate sau dacă alegerea consilierului s-a făcut prin fraudă electorală. Validarea sau invalidarea mandatelor se făcea, în ordine alfabetică, cu votul deschis al majorității consilierilor prezenți la ședință, cu mențiunea că „*persoana al cărei mandat este supus validării sau invalidării nu participă la vot*”. În doctrină s-a atras atenția că autoritatea deliberativă nu este ținută să respecte conținutul propunerii comisiei de validare „care are natura juridică a unui aviz consultativ al cărui rol este doar de a pregăti adoptarea hotărârii de validare (invalidare) a mandatelor consilierilor locali”³⁹.

Hotărârea de validare sau invalidare a mandatului consilierului local este un act administrativ de autoritate, cu caracter individual, făcând parte din categoria actelor atributive de personal în cazul hotărârii de validare sau, în situația invalidării, infirmând dreptul aparent al unei persoane, dobândit în urma alegerilor, de a avea calitatea de consilier local⁴⁰. Potrivit art. 31¹ din Legea nr. 215/2001, introdus prin art. III pct. 4 din O.U.G. nr. 20/2008, această hotărâre putea fi atacată de cei interesați la instanța de contencios administrativ în termen de 5 zile de la adoptare sau comunicare, instanța având obligația de a se pronunța în cel mult 30

³⁶ O.U.G. nr. 20/2008 privind unele măsuri pentru organizarea și desfășurarea alegerilor pentru autoritățile administrației publice locale, publicată în „Monitorul Oficial” nr. 177 din 7 martie 2008. O.U.G. nr. 20/2008 a fost aprobată, fără modificări, prin Legea nr. 5/2009, publicată în „Monitorul Oficial” nr. 104 din 20 februarie 2009.

³⁷ R.N. Petrescu, *Drept administrativ*, Editura Hamangiu, București, p. 160.

³⁸ În doctrină s-a afirmat că „această comisie trebuia să aibă o activitate temporară, iar atribuțiile sale să fie preluate, după ședința de constituire a consiliului local, de comisia juridică a consiliului local”. A se vedea M.C. Apostolache, *Legea administrației publice locale nr. 215/2001 – comentată și adnotată*, Ediția a II-a, Editura Universitară, București, 2017, p. 159.

³⁹ A. Trăilescu, A. Trăilescu, *Unele observații și propuneri în legătură cu procedura constituirii consiliilor locale*, în „Dreptul”, nr. 1, 2011, p. 185.

⁴⁰ V. Vedinaș, *Tratat teoretic și practic de drept administrativ*, vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 355; C.-S. Săraru, *Drept administrativ. Probleme fundamentale ale dreptului public*, Editura C.H. Beck, București, 2016, p. 673.

de zile⁴¹. Această prevedere se regăsește și în forma inițială a Legii nr. 215/2001, dar spre deosebire de aceasta art. 31¹ alin. (2) dispune că în cazul acțiunii privind hotărârea de validare sau invalidare a mandatelor procedura prealabilă nu se mai efectuează. Posibilitatea atacării acestor hotărâri de către orice subiect de drept (consilieri locali, prefect, cetățenii unității administrativ-teritoriale), chiar dacă sunt acte administrative cu caracter individual, a fost explicată prin faptul că ele „prezintă și un interes public întrucât de acestea depinde constituirea consiliului local”⁴².

În doctrină această revenire la procedura administrativă de validare a mandatelor consilierilor locali a fost criticată deoarece menținea un sistem diferențiat „când validarea mandatelor primarilor și președinților consiliilor județene se face de instanța de judecată /.../, pe când pentru consilieri locali și județeni se realizează o autovalidare /.../, ceea ce contravine principiilor unui stat de drept”⁴³. Solicitându-se revenirea la procedura jurisdicțională, în care validarea mandatelor autorităților administrației publice locale sau membrilor acestor autorități se făcea de o instanță judecătorească, s-a atras atenția că la momentul validării mandatelor consilierilor locali consiliul local nu este încă constituit și, în consecință, nu poate adopta hotărâri valabile „nici pentru constituirea comisiilor de validare și nici pentru validarea mandatelor”⁴⁴.

În ciuda acestor critici pertinente sistemul validării mandatelor consilierilor locali pe cale administrativă a fost păstrat în Legea nr. 215/2001 producându-și efectele și în prezent, în condițiile în care prin dispozițiile art. 597 alin. (1) din Codul administrativ anumite dispoziții ale Legii nr. 215/2001 (inclusiv cele privitoare la constituirea consiliului local) se abrogă de la data desfășurării alegerilor pentru alegerea autorităților administrației publice locale care se organizează începând cu anul 2020. Subliniem însă existența în ultimii ani de aplicare a acestei legi a două încercări de modificare în sensul remodelării procedurii de validare a mandatelor consilierilor locali care au determinat, prin implicațiile lor, și sesiunea instanței de contencios constituțional.

Astfel, printr-o lege adoptată la finalul anului 2017 s-a urmărit modificarea Legii nr. 215/2001 prin completarea art. 31 cu mențiunea că ulterior constituirii consiliului local validarea sau invalidarea mandatelor se făcea prin ordin al prefectului pe baza propunerii comisiei de validare. Ordinul prefectului trebuia

⁴¹ Obiect al acțiunii directe la instanța de contencios administrativ îl putea constitui doar anularea hotărârii consiliului local și nu anularea propunerii comisiei de validare, o astfel de acțiune fiind inadmisibilă. Pentru detalii a se vedea A. Trăilescu, A. Trăilescu, *op. cit.*, p. 185.

⁴² A. Trăilescu, A.A. Trăilescu, *Procedura atacării hotărârilor de validare sau de invalidare a mandatului consilierilor locali ori al consilierilor județeni*, în „Dreptul”, nr. 1, 2010, p. 92.

⁴³ G. Ioniță, *Considerații critice referitoare la validarea mandatelor aleșilor locali în contextul actualei legislații*, în „Dreptul”, nr. 12, 2010, p. 121.

⁴⁴ *Ibidem*.

emis în termen de două zile de la data înregistrării propunerii⁴⁵. Cu privire la această soluție normativă Consiliul Legislativ a atras atenția că „vizează instituirea unei noi proceduri de validare a mandatelor de consilier local, ceea ce ar avea ca efect coexistența a două modalități de validare diferite, după cum această validare s-ar realiza cu ocazia constituirii consiliului local sau constituirii acestuia. Această situație ar determina ca unii consilieri să fie validați prin hotărârea consiliului local sau consiliului județean, iar alții prin ordin al prefectului”⁴⁶.

Față de această lege Președintele României a formulat obiecție de neconstituționalitate, care a fost admisă prin Decizia Curții Constituționale nr. 53/2018⁴⁷. În considerentele acestei decizii instanța de contencios constituțional a arătat că „*normativizarea mecanismului care ar implica prefectul în operațiunea de validare a mandatelor consilierilor locali ar putea fi realizată numai în situațiile în care se constată intervenirea unei situații de blocaj, indiferent de sursa sa. Autonomia locală nu trebuie golită de conținut, ea fiind prevăzută de Constituție ca un mijloc util pentru o mai bună administrare a treburilor locale, noțiune care cuprinde și ipoteza validării mandatelor unor noi consilieri locali. În cazul de față, această operațiune trebuie să ia în considerare votul cetățenilor și competențele autorităților locale în confirmarea mandatelor noilor consilieri*”.

Cea de-a doua decizie relevantă a Curții Constituționale este Decizia nr. 384/2018 prin care a fost admisă parțial obiecția de neconstituționalitate formulată de Președintele României împotriva Legii privind modificarea și completarea Legii nr. 215/2001 și a Legii nr. 393/2004⁴⁸. Prin această lege s-a dorit revenirea la procedura judecătorească de validare a mandatelor consilierilor locali urmând că

⁴⁵ În Expunerea de motive a proiectului de lege s-a arătat că propunerea legislativă „vizează modificarea și completarea Legii nr. 215/2001 a administrației publice locale, în sensul rezolvării blocajelor instituționale, care se produc atât la nivel local, cât și județean, din cauza împiedicării validării mandatelor noi ale consilierilor locali și județeni, care sunt folosite în scop politic, ceea ce generează blocarea actelor consiliilor respective și neadoptarea unor hotărâri importante, ceea ce duce astfel la efecte financiare nefavorabile și pagube semnificative. În condițiile actuale, impuse de legea administrației publice locale nu poate fi adoptată hotărârea privind validarea unui nou consilier de pe lista suplimentară a partidului, deoarece și această hotărâre presupune o majoritate în plen, în condițiile în care consilierul în cauză nu poate participa la luarea hotărârii”. A se vedea <http://www.cdep.ro/proiecte/2017/300/60/3/em462.pdf>

⁴⁶ Avizul Consiliului Legislativ cu privire la proiectul de lege Pl-x nr. 363/2017 poate fi consultat la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2017/300/60/3/cl363_2017.pdf

⁴⁷ Decizia Curții Constituționale nr. 53/2018 referitoare la obiecția de neconstituționalitate privind prevederile Legii pentru modificarea și completarea Legii administrației publice locale nr. 215/2001, publicată în „Monitorul Oficial” nr. 277 din 28 martie 2018.

⁴⁸ Decizia Curții Constituționale nr. 384/2018 referitoare la obiecția de neconstituționalitate privind prevederile art. I pct. 2, pct. 3 fraza întâi teza întâi, pct. 4, pct. 9 fraza întâi teza întâi și pct. 10, precum și ale art. II pct. 1, pct. 3, pct. 5-10 și pct. 13 din Legea pentru modificarea și completarea Legii administrației publice locale nr. 215/2001 și a Legii nr. 393/2004 privind Statutul aleșilor locali, publicată în „Monitorul Oficial” nr. 702 din 13 august 2018.

validarea să se facă în termen de 20 de zile de la data alegerilor locale de către judecătoria în raza căreia se află unitatea administrativ-teritorială⁴⁹. Argumentele aduse de inițiator se circumscriu aceleiași probleme a blocajelor la nivelul constituirii autorităților deliberative ale administrației publice locale: „de la un proces electoral la altul aleșii locali devin tot mai inventivi în metodele de blocare a constituirii consiliului local/județean, pe de o parte pentru a-l bloca pe noul primar care nu are majoritatea necesară să depună jurământul și să-și înceapă mandatul, iar pe de altă parte de a bloca cele două „tabere” – putere-opoziție, pentru a-și impune viceprimarul, președintele și vicepreședintele consiliului județean”⁵⁰.

Instanța de contencios constituțional nu a constatat vicii de neconstituționalitate cu privire la această soluție normativă, inclusiv sub aspectul lipsei unui termen pentru judecarea cererii de apel împotriva hotărârii de validare a mandatului unui consilier⁵¹, subliniind că „*nimic nu împiedică legiuitorul să stabilească atât etapa vacantării, cât și a validării în competența instanței judecătorești*”.

4. Validarea mandatelor consilierilor locali în Codul administrativ

Codul administrativ reglementează procedura validării mandatelor consilierilor locali în capitolul al III-lea (*Consiliul local*) din titlul referitor la *Autoritățile administrației publice locale*, în cadrul secțiunii privind *Constituirea consiliului local*. În reglementarea acestei proceduri legiuitorul derivat a abandonat modelul tradițional din legislația românească, constând într-o procedură administrativă de

⁴⁹ În avizul (favorabil) cu privire la această propunere legislativă, Consiliul Legislativ a formulat observația că textul ar fi trebuit completat cu „dispoziții de procedură referitoare la introducerea cererii și soluționarea acesteia, la căile de atac, precum și la invalidarea mandatelor, având în vedere că la pct. 5 se propune abrogarea art. 31 alin. (4), text care reglementează în prezent situațiile în care intervine invalidarea”. Avizul Consiliului Legislativ cu privire la proiectul de lege Pl-x nr. 272/2017 poate fi consultat la adresa <http://www.cdep.ro/proiecte/2017/200/70/2/cl341.pdf>

⁵⁰ Expunerea de motive la proiectul de lege Pl-x nr. 272/2017 poate fi consultat la adresa <http://www.cdep.ro/proiecte/2017/200/70/2/em341.pdf>

⁵¹ În acest aspect, în considerentele Deciziei nr. 384/2018, Curtea Constituțională a subliniat că „este de datoria instanței judecătorești să analizeze cu celeritate astfel de dosare pentru a asigura funcționarea consiliilor locale/județene. De asemenea, Curtea constată că, din corelarea textelor legale analizate, există un termen de 10 zile pentru validarea/invalidarea mandatului de către instanță (în art. I pct. 3 și art. I pct. 9 din lege), de 5 zile pentru exercitarea apelului (art. I pct. 3 și art. I pct. 9 din lege), care va trebui soluționat de instanța de apel, astfel încât în cel mult 30 de zile de la alegeri să se poată constitui consiliul local/județean. Așadar, validarea/invalidarea mandatului de către instanță se soluționează de urgență, nefiind neapărat nevoie ca legiuitorul să indice un anumit termen, întrucât instanța va corobora/corela textele legale incidente. Mai mult, hotărârea dată în primă instanță este executorie, astfel încât mandatul a fost deja validat în înțelesul legii. În acest sens, Curtea reține că textul general în materia procedurii judiciare necontencioase este art. 534 alin. (1) din Codul de procedură civilă, care prevede că «Încheierea prin care se încuviințează cererea este executorie», ceea ce înseamnă că hotărârea pronunțată în primă instanță este executorie”.

validare, și a adoptat procedura judecătorească de validare a mandatelor consilierilor locali. Această soluție normativă nu este nici inedită, având în vedere că ea a fost reglementată timp de aproape doi ani de zile și de Legea nr. 215/2001, și nici surprinzătoare, având în vedere blocajul invocat în constituirea și funcționarea unor consilii locale și inițiativele recente de modificare a procedurii de validare a mandatelor consilierilor locali prevăzută de Legea nr. 215/2001.

Procedura judecătorească de validare a unui mandat de consilier local este aplicabilă în trei situații: a) validarea mandatului de consilier local în cadrul procedurii de constituire a consiliului local (art. 114 din Codul administrativ); b) validarea mandatelor supleanților în cadrul procedurii de constituire a consiliului local (art. 119 din Codul administrativ); c) validarea mandatelor supleanților pe durata mandatului consiliului local (art. 122 din Codul administrativ).

În toate cele trei situații autoritatea competentă să valideze mandatului unui consilier local este instanța judecătorească: judecătoria în a cărei rază teritorială se află circumscripția electorală pentru care au avut loc alegeri sau, în cazul formulării unei cereri de apel, tribunalul în a cărui circumscripție se află judecătoria care a pronunțat încheierea. Atât judecătoria cât și tribunalul soluționează cauza în procedură necontencioasă, fără a fi aplicabilă procedura de regularizare a cererii. Încheierea judecătoriei privind validarea sau invalidarea mandatelor consilierilor locali este executorie⁵², iar hotărârea tribunalului este definitivă.

Mandatul unui consilier local este validat dacă, la data pronunțării încheierii, sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de art. 114 alin. (2) din Codul administrativ: a) are domiciliul pe teritoriul unității administrativ-teritoriale în care a fost ales; b) nu și-a pierdut drepturile electorale; c) nu și-a pierdut calitatea de membru al partidului politic pe lista căruia a fost ales; d) mandatarul financiar coordonator a depus raportul detaliat al veniturilor și cheltuielilor electorale în conformitate cu prevederile legii privind finanțarea activității partidelor politice și a campaniilor electorale; e) nu a renunțat la mandat; f) nu a fost ales prin fraudă electorală constatată în condițiile legii privind alegerea autorităților administrației publice locale.

Spre deosebire de reglementarea procedurii judecătorești de validare a mandatelor consilierilor locali prevăzută în Legea nr. 215/2001, abrogată prin dispozițiile O.U.G. nr. 20/2008, actuala procedură reprezintă un progres din cel două aspecte: preocuparea pentru asigurarea celerității procedurii prin stabilirea unor termene scurte privind soluționarea cererii și motivarea încheierii și, respectiv, asigurarea rolului de placă turnantă a procedurii pentru secretarul general al unității administrativ-teritoriale.

În legătură cu primul aspect, art. 114 alin. (1) din Codul administrativ prevede un termen de cel mult 25 de zile de la data desfășurării alegerilor în care

⁵² În conformitate cu art. 534 alin. (1) din Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată în „Monitorul Oficial” nr. 247 din 10 aprilie 2015, cu modificările și completările ulterioare.

judecătoria trebuie să valideze mandatele consilierilor locali declarați aleși⁵³. Pronunțarea încheierii judecătorei se poate amâna o singură dată cel mult 24 de ore, iar termenul pentru motivare este de cel mult 48 de ore de la pronunțare⁵⁴. După motivare, încheierea judecătorei se comunică „*de îndată*” prefectului și secretarului general al unității administrativ-teritoriale, iar în cazul invalidării și respectivilor consilieri locali declarați aleși dar al căror mandat nu a fost validat. Termenul de apel este de 3 zile de la comunicarea încheierii, iar soluționarea apelului trebuie făcută în termen de 5 zile de la depunerea cererii de apel. În cazul validării mandatelor supleanților termenul de validare este de 10 zile, cu respectarea aceluiași termene privind motivarea încheierii și soluționarea apelului.

În privința rolului secretarului general al unității administrativ-teritoriale menționăm că acesta este cel care primește documentația de la consilierii locali declarați aleși sau de la supleanți, transmite documentele judecătorei competente și informează consilierii declarați aleși sau supleanții cu privire la încheierea ori hotărârea de validare a mandatelor.

Subliniem că această procedură de validare a mandatelor consilierilor locali se aplică după data desfășurării alegerilor autorităților administrației publice locale din anul 2020. Această situație rezultă fără nici un echivoc din art. 597 alin. (1) lit. e) din Codul administrativ care amână abrogarea dispozițiilor Legii nr. 215/2001 privind constituirea consiliului local „*la data desfășurării alegerilor autorităților administrației publice locale care se organizează începând cu anul 2020*” și, respectiv, din art. 602 din Codul administrativ care prevede aplicarea dispozițiilor corespunzătoare din Legea nr. 215/2001 în cazul validării mandatului supleantului desemnat de partidul politic, alianța politică sau alianța electorală.

Deoarece în practică au fost formulate cereri de validare a mandatelor supleanților în condițiile art. 122 din Codul administrativ, instanțele au invocat din oficiu excepția necompetenței generale, respingând cererile ca fiind inadmisibile în temeiul art. 132 alin. (4) din Codul de procedură civilă⁵⁵. Considerăm că aceasta este soluția legală având în vedere dispozițiile mai sus-enunțate din Codul

⁵³ V. Vedinaș, *Codul administrativ adnotat, Noutăți. Examinare comparativă. Note explicative*, Editura Universul Juridic, București, 2019, p. 97.

⁵⁴ Art. 114 alin. (7) din Codul administrativ.

⁵⁵ A se vedea, în acest sens, următoarele: Sentința civilă nr. 3654/04.10.2019 pronunțată de Judecătoria Târgoviște în dosarul nr. 8640/315/2019 (disponibilă la adresa <https://sintact.ro/#/jurisprudence/536768820/1/decizie-nr-3654-2019-din-04-oct-2019-judecatoria-targoviste-validare-mandat-consilier-civil?keyword=validarea%20consilierilor%20locali%202019&cm=SREST>); Sentința civilă nr. 1187/04.11.2019 pronunțată de Judecătoria Topoloveni în dosarul nr. 2999/828/2019 (disponibilă la adresa <https://sintact.ro/#/jurisprudence/536784848/1/decizie-nr-1187-2019-din-04-nov-2019-judecatoria-topoloveni-validare-mandat-consilier-civil?keyword=validarea%20consilierilor%20locali%202019&cm=SREST>);

Sentința civilă nr. 685/15.11.2019 pronunțată de Judecătoria Segarcea în dosarul nr. 2104/304/2019 (disponibilă la adresa <https://sintact.ro/#/jurisprudence/536811872/1/decizie-nr-685-2019-din-15-nov-2019-judecatoria-segarcea-validare-mandat-consilier-civil?keyword=validarea%20consilierilor%20locali%202019&cm=SREST>)

administrativ deși putem observa, cu surprindere, și situații în care instanța a admis cererea de validare a mandatelor unor supleți pe durata mandatului consiliului local în temeiul art. 122 din Codul administrativ prin raportare la cazurile de încetare a mandatului de consilier local prevăzute de art. 204 din același act normativ⁵⁶.

5. Concluzii

Validarea mandatelor consilierilor locali prevăzută de Codul administrativ, aplicabilă începând cu alegerile autorităților administrației publice locale din anul 2020, nu reprezintă o soluție legislativă inedită în spațiul normativ românesc. Pentru o scurtă perioadă de timp validarea mandatelor consilierilor locali prin hotărârea unei instanțe judecătorești a fost prevăzută și în Legea nr. 215/2001, fiind abandonată însă intempestiv înainte de alegerea autorităților administrației publice locale din anul 2008. Față de această procedură, prevăzută în lege dar fără aplicabilitate practică urmare a abrogării timpurii, Codul administrativ aduce o serie de elemente suplimentare mecanismului judiciar de validare cu scopul de a-l îmbunătăți sub aspectul celerității și al eficienței. Avem în vedere în primul rând caracterul necontencios al procedurii și stabilirea unor termene scurte privind soluționarea cererii și motivarea încheierii sau hotărârii, atât în cazul validării mandatelor consilierilor locali aleși cât și a supleanților.

⁵⁶ A se vedea, în acest sens, următoarele: Sentința civilă nr. 879/22.07.2019 pronunțată de Judecătoria Negrești Oaș în dosarul nr. 1071/266/2019 (anulată prin Decizia civilă nr. 431/10.10.2019 a Tribunalului Satu Mare disponibilă la adresa <https://sintact.ro/#/jurisprudence/536688631/1/decizie-nr-431-2019-din-10-oct-2019-tribunalul-satu-mare-vali-dare-mandat-consilier-civil?keyword=validarea%20consilierilor%20locali%202019&cm=SR-EST>); Încheierea civilă nr. 1465/28.11.2019 pronunțată de Judecătoria Făget în dosarul nr. 1626/832/2019 (disponibilă la adresa: <https://sintact.ro/#/jurisprudence/536853181/1/incheiere-nr-1465-2019-din-28-nov-2019-judecatoria-faget-validare-mandat-consilier-civil?keyword=validarea%20consilierilor%20locali%202019&cm=SREST>)

Aspecte privind incompatibilitatea funcționarilor publici. Perspectivă asupra discriminării

Aspects regarding the incompatibility of civil servants. Perspective on discrimination

Dragoș Lucian Rădulescu¹

Rezumat: Conceptul de discriminare presupune, în general, fapte de introducere a unor diferențieri asupra drepturilor fundamentale ale persoanelor, efectele constând în nerespectarea tratamentului egal, de regulă în cazul apariției unor situații juridice comparabile. Pe de altă parte, discriminarea se regăsește și în cadrul aplicării unor măsuri juridice identice unor persoane ce nu se află în situații comparabile, având la bază criterii protejate diverse și nelimitative. Prin extensie, discriminarea se poate aplica și funcționarilor publici, ce pot fi supuși procedurilor privind regimul juridic al conflictelor de interese și al incompatibilităților, în articol fiind detaliate aspecte privind modalitățile de aplicare a normelor specifice în domeniu.

Cuvinte-cheie: discriminare, incompatibilitate, proceduri, funcționar public.

Abstract: In general, the concept of discrimination involves acts by which differentiations have been introduced on the fundamental rights of individuals, resulting in the disrespect of equal treatment, usually in the case of comparable legal situations. On the other hand, discrimination is also found in the application of identical legal measures to persons who are not in comparable situations, on the grounds of different and non-limitative protection criteria. By extension, discrimination can also be applied to civil servants, who may be subject to the procedures regarding the legal status of conflicts of interest and incompatibilities. The article is detailing precisely on the aspects of how specific norms in the field are being applied.

Key-words: discrimination, incompatibility, procedures, civil servant.

Introducere

Raportarea faptelor de discriminare la raporturile de muncă avea ca fundament existența dispozițiilor normative de interdicție din legislația internațională², ce au fost ulterior transpuse în cadrul sistemelor naționale de reglementare.

Discriminarea presupune diferențieri în tratamentul juridic aplicat unor persoane, ceea ce conduce în principal la nerecunoașterea folosinței drepturilor și libertăților fundamentale ale acestora, tratament bazat pe criterii protejate nelimitative și în consecință interpretabile. În acest sens, orice practici ale angajatorilor,

¹ Lector univ. dr., Universitatea Petrol-Gaze din Ploiești, Facultatea de Litere și Științe, e-mail: dragosradulescu@hotmail.com.

² C. Sâmbolan, *Demnitatea în muncă*, Editura C.H. Beck, București, 2017, p. 96.

chiar nefundamentate pe criterii³ expres introduse în cuprinsul legii cum ar fi rasa, naționalitatea, etnia sau religia, pot fi apreciate ca discriminatorii, dacă pot prezuma o lipsă de egalitate⁴, respectiv un fenomen de restrângere sau înlăturare a drepturilor persoanei.

În accepțiunea legii, discriminarea poate proveni și dintr-o faptă ce nu se află într-o legătură directă de cauzalitate cu un anumit rezultat, cum este cazul faptelor aparent neutre, de exemplu dacă sunt produse efecte certe vizând diminuarea unor drepturi dobândite de angajați aflați în situații comparabile, caz în care aparența discriminării devine suficientă. În acest sens, putem constata că o instanță de judecată poate aprecia discriminarea chiar și în lipsa unei victime directe, aplicând autorului sancțiuni proporționale și efective.

Nerespectarea regimului juridic al conflictelor de interese și incompatibilităților constituie o atribuție a Agenției Naționale de Integritate (ANI), inclusiv în aplicarea prevederilor art. 12 alin. (1) din Legea nr.176/2010⁵ privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice.

Sub acest aspect, este avută în vedere și situația funcționarilor publici ce dețin funcții de conducere în structura instituțiilor publice, în condițiile în care se apreciază că aceștia nu ar fi respectat regimul juridic al conflictelor de interese, exercitând în paralel activități remunerate în cadrul unor societăți comerciale cu profil medical.

Raportul de evaluare al ANI se efectuează pentru o anumită perioadă supusă controlului și are ca obiect respectarea regimului juridic al conflictelor de interese și incompatibilităților. Raportul va avea la bază inclusiv documente și înscrisuri solicitate de la instituția publică angajatoare, de la persoana evaluată, Oficiul Național al Registrului Comerțului, Administrația Județeană a Finanțelor Publice, precum și societatea comercială în cadrul căreia s-au realizat faptele analizate.

În acest sens, funcționarul public evaluat poate indica o potențială situația de discriminare ce ar rezulta din modul de analizare al înscrisurilor solicitate de ANI de la instituția angajatoare. Discriminarea ar putea apărea în condițiile în care prin răspunsul angajatorului se precizează inexistența unor relații contractuale cu societatea comercială la care au fost realizate respectivele activități ce ar fi determinat în concret situația de nelegalitate, iar raportul de evaluare emis nu face nicio mențiune legată de această precizare, însă constată existența stării de incompatibilitate.

De asemenea, ANI trebuie să introducă în raport și aspecte privind precizările instituției publice angajatoare sau punctul de vedere al funcționarului public evaluat ce i-au fost trimise, cu indicarea motivelor ce au contribuit la susținerea soluției emise în cauză sau la motivarea propriei decizii de constatare a incompatibilității.

³ L.M. Muscalu, *Discriminarea în relațiile de muncă*, Ed.Hamangiu, 2015, București, p. 17.

⁴ E. Vieriu, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Pro Universitaria, București, 2016, p. 164.

⁵ Publicată în Monitorul Oficial nr. 621 din 2 septembrie 2010.

Cadrul procedural

Sub aspect procedural, ANI trebuie să procedeze la informarea funcționarului public asupra faptului că urmează să fie evaluat în privința prezumției nerespectării regimului juridic al conflictelor de interese și incompatibilităților în perioada exercitării funcțiilor și demnităților publice. În caz de discriminare, directivele europene impun necesitatea informării victimelor asupra potențialelor căi de atac sau conciliere, încercându-se astfel extinderea drepturilor procedurale ale acestora⁶, indiferent de formele⁷ de discriminare.

Situația de discriminare poate deriva din atitudinea organului de control, în condițiile în care un funcționar public⁸ evaluat a informat anterior prin adresă Compartimentul de integritate al ministerului de resort asupra obiectului activităților sale suplimentare, primind în acest sens un răspuns ce indica absența oricărei incompatibilități, aspect ce poate naște prezumția faptei nelegale și necesitatea probării⁹ inexistenței inegalității de tratament.

Mai mult, la solicitarea ANI de a prezenta personal un punct de vedere asupra evaluării situației de incompatibilitate, precum și de a pune la dispoziție orice document semnat la nivelul instituției publice în cauză, un funcționar public ce deține funcția de director executiv al instituției, în scop de imparțialitate, trebuie să solicite să fie numită o altă persoană din cadrul respectivei direcții care sa depună înscrisurile menționate.

Cu toate acestea, au existat cazuri în care în urma procesului de evaluare efectuat, ANI a susținut că ar fi identificat elemente de încălcare a legislației privind regimul juridic al incompatibilităților motivat de faptul că în perioada controlată funcționarul ar fi deținut simultan funcția de director executiv al instituției publice, dar și pe cea de medic stomatolog în cadrul unei societăți comerciale cu profil medical, deși în spețe similare, soluția ANI a fost diferită.

Conform ANI, respectiva activitate medicală realizată în mediul privat de către persoana evaluată ar fi fost în directă legătură sau cel puțin indirectă cu atribuțiile exercitate în calitate de funcționar public, potrivit fișei postului, încălcând astfel dispozițiile art. 96 alin.(1) din Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției.

Existența unui caz de discriminare devine posibilă în accepțiunea funcționarului public evaluat, în condițiile în care acesta figura deja pe pagina ANI ca fiind incompatibil, chiar înainte ca actul de constatare să-i fie comunicat sau o eventuală hotărâre judecătorească să fie emisă de o instanță competentă și să rămână definitivă în cauză.

⁶ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, 2013, București, p. 372

⁷ R. Dimitriu, *Dreptul muncii. Anxietăți ale prezentului*, Ed. Rentrop Straton, București, 2016, p. 342.

⁸ A. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Universul juridic, 2015, București, p. 24.

⁹ G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*. Ediția a 3-a, Ed. Hamangiu, 2016, București, p. 419.

Prezumția unei discriminări decurge inclusiv din faptul că, anterior sesizării ANI în privința evaluării și emiterii raportului de evaluare, funcționarul public a solicitat prin adresă ministerului căruia i se subordona un punct de vedere referitor la o eventuală situație de incompatibilitate între funcțiile de director executiv și cea de medic exercitată în mediul privat. Prin adresă, ministerul comunicase anterior funcționarului faptul că, referitor la o relativă situație de incompatibilitate, situația nu se regăsea în respectiva cauză, din perspectiva realizării în paralel a activităților de medic la un angajator din mediul privat, aspect considerat însă irelevant de ANI.

Din punct de vedere al atribuțiilor funcționarului public în cauză, acesta avea ca obligații transmiterea de informații ministerului de resort, coordonarea raportelor anuale, verificarea aplicării legislației de către instituțiile și organismele din domeniu, precum și analizarea unităților de profil ce erau organizate în sectorul privat.

Motivarea constatării de către ANI a situației de incompatibilitate viza și o altă faptă ce putea fi prezumată ca discriminatorie, respectiv precizarea efectuării de funcționarul public a unor activități în calitate de administrator în cadrul respectivei societăți private cu profil medical, în condițiile în care acestea nu au fost realizate în perioada de timp ce a făcut obiectul evaluării, la acel moment persoana evaluată fiind un simplu asociat.

În același sens, anterior raportului de evaluare emis de ANI, verificarea activității directorului executiv a făcut obiectul unei alte acțiuni de control realizată de inspectorii ministerului de resort, ca răspuns la un memoriu ce prezenta o eventuală stare conflictuală existentă în respectiva instituție publică, în urma căreia s-a dovedit că acesta declarase în totalitate activitățile sale din mediul privat. Cu toate acestea, deși nu se evidențiază o stare de nelegalitate, totuși inspectorii de control au făcut demersuri pentru sesizarea ulterioară a ANI privitor la posibila stare de incompatibilitate sau conflict de interese a funcționarului public.

Legislația aplicabilă

În raportul de evaluare emis, ANI a identificat elemente de încălcare a legislației privind regimul juridic al incompatibilităților pe considerentul că directorul executiv al instituției publice din domeniul sanitar a deținut simultan și funcția de medic la o societate medicală privată. Se preciza că funcția exercitată la societatea medicală ar fi încălcat dispozițiile art.96 alin. (1) din Legea nr.161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, cu raportare la funcția publică deținută simultan.

Ca urmare, identificarea elementelor de incompatibilitate din raportul de evaluare presupunea are legătură cu deținerea de către funcționarul public a unei funcții de conducere de director executiv, ce avea atribuții vizând asigurarea supravegherii și aplicarea legislației de către instituțiile și organismele care au responsabilități în domeniul sănătății publice, inclusiv private, dar și a unei funcții de natură contractuală de medic angajat cu contract individual de muncă

pe perioadă nedeterminată la o societate medicală la care acesta avea și calitatea de asociat.

Față de constatarea stării de incompatibilitate în cazul directorului executiv, puteau fi apreciate următoarele aspecte:

- calitatea de asociat la o societate comercială nu reprezintă o funcție în sensul dispozițiilor Legii nr. 31/1990¹⁰ a societăților comerciale, în condițiile în care exista și o altă persoană numită administrator;
- funcția de medic în cadrul respectivei societăți medicale se exercita în baza unui contract individual de muncă, cu timp parțial, de o ora pe zi, în afara programului normal de lucru din cadrul instituției publice la care acesta era director executiv;
- existența declarației publice de avere și de interese pe site-ul instituției publice în cauză, în care erau precizate și activitățile din mediul privat;
- societatea medicală privată nu a avut relații contractuale cu instituția publică în care funcționarul evaluat deținea funcția de director executiv.

Conform dispozițiilor art. 18 din Legea nr. 95/2006 a sănătății, funcțiile de director coordonator și director coordonator adjunct sunt incompatibile cu exercitarea oricăror altor funcții remunerate, neremunerate sau indemnizate, cu excepția funcțiilor din domeniul medical, dacă acestea erau desfășurate în afara programului normal de lucru și în condițiile în care nu aveau nicio legătură cu funcția deținută. În cauză, directorul executiv nu exercitase nicio altă funcție remunerată, neremunerată sau indemnizată și nici activități sau alte funcții de conducere, în fapt având doar o calitate de medic în afara orelor de program la o societate medicală privată și calitatea de asociat în cadrul societății respective.

În cadrul aceleași Legi nr. 95/2006, art. 558 alin. (1) dispunea că medicii dentiști care ocupă funcții publice în cadrul aparatului central al Ministerului Sănătății, în cadrul direcțiilor de sănătate publică județene, respectiv a municipiului București, în cadrul CNAS și, respectiv, în cadrul caselor de asigurări de sănătate județene și a municipiului București, pot desfășura în afara programului normal de lucru, în condițiile legii, activități profesionale, potrivit calificării pe care o dețin, exclusiv în unități sanitare private.

Ori exact situația prevăzută în art. 558 din Legea nr. 95/2006 a sănătății era regăsită la funcționarul public evaluat, acesta desfășurând activitatea de medic în cadrul societății medicale private în baza unui contract individual de muncă cu timp parțial în afara programului normal de lucru din cadrul instituției publice, contractul nevizând fonduri publice.

Sub acest aspect, în privința identificării elementelor de incompatibilitate ANI a motivat starea de incompatibilitate prin trimitere la dispozițiile cuprinse în Legea nr. 161/2003 Secțiunea a 5-a, Capitolul 3, Titlul IV art. 96 alin. (1) ce prevedea că funcționarii publici, funcționarii publici parlamentari și funcționarii

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial nr. 1066 din 17 noiembrie 2004, text actualizat în baza actelor normative modificatoare publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I, până la 10 iunie 2011.

publici cu statut special pot exercita funcții în alte domenii de activitate din sectorul privat care nu sunt în legătură directă sau indirectă cu atribuțiile exercitate ca funcționar public, funcționar public parlamentar sau funcționar public cu statut special, potrivit fișei postului, încălcarea ce nu se regăsea în cazul analizat.

Astfel, în sensul Legii nr. 161/2003 regimul juridic al incompatibilităților funcționarilor publici era strict definit în aceeași Secțiune a 5-a, Capitolul 3, Titlul IV în cadrul prevederilor art. 94 alin. (1) și (2), calitatea de funcționar public fiind incompatibilă cu exercitarea oricărei alte funcții publice sau calități decât cea în care a fost numit, precum și cu funcțiile de demnitate publică. Astfel, funcționarii publici nu puteau deține alte funcții și nu puteau desfășura alte activități, remunerate sau neremunerate, în cadrul autorităților sau instituțiilor publice, în cadrul cabinetului demnitarului, în cadrul regiilor autonome sau societăților comerciale din sectorul public, precum și în grupurile de interes economic.

Din parcurgerea tuturor acestor prevederi, se putea constata că, în ceea ce privește regimul incompatibilităților funcționarilor publici, prevederile cuprinse în Secțiunea a 5-a, Capitolul 3, Titlul IV art. 94 alin. (1) și (2) erau extinse nejustificat de ANI la situații juridice ce nu erau imperativ incluse în lege. Interdicția impusă de art. 96 alin.(1) se referea numai la funcționarii publici ce exercitau funcții în alte domenii de activitate din sectorul privat aflate în legătură directă sau indirectă cu atribuțiile exercitate, aspect ce nu se regăsea în cauză.

În acest sens, atribuțiile funcției publice de director executiv ce au fost precizate în raportul de evaluare al ANI ca fiind legate de informarea ministerului și a autorităților administrației publice locale asupra stării de sănătate a populației, coordonare, asigurarea supravegherii și aplicării legislației de către instituțiile și organisme din domeniu, nu aveau legătură directă sau indirectă cu cele de medic la o societate medicală privată.

Practic, prevederile cuprinse în Secțiunea a 5-a, Capitolul 3, Titlul IV art. 94 alin. (1) și (2) se completau însă cu dispozițiile art. 558 din Legea nr. 95/2006¹¹ a sănătății republicată, în sensul că medicii care ocupau funcții publice în cadrul aparatului central al Ministerului Sănătății, în cadrul direcțiilor de sănătate publică județene, în cadrul CNAS sau în cadrul caselor de asigurări de sănătate județene puteau desfășura în afara programului normal de lucru, în condițiile legii, activități profesionale, potrivit calificării pe care o dețineau, exclusiv în unitățile sanitare private.

În privința dispozițiilor din Legea nr. 53/2003-Codul muncii aplicabile, în art. 35 alin. (1) și (2) se preciza că orice salariat avea dreptul de a cumula mai multe funcții, în baza unor contracte individuale de muncă, beneficiind de salariul corespunzător pentru fiecare dintre acestea. Făceau excepție situațiile în care prin lege erau prevăzute incompatibilități pentru cumulul unor funcții, în condițiile în care art. 94 și 96 din Legea nr. 161/2003 nu prevedeau expres incompatibilitatea funcției publice cu cea de medic exercitată în mediul privat.

¹¹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 652 din 28 august 2015.

Pe de altă parte, în cauză aceste prevederi trebuiau raportate inclusiv la dispozițiile art. 490 alin. (1) din Secțiunea a 2-a - Nedemnități și incompatibilități din Legea nr. 95/2006 a sănătății, exercitarea profesiei de medic fiind incompatibilă cu:

a) calitatea de angajat sau colaborator al unităților de producție ori distribuție de produse farmaceutice, materiale sanitare sau materiale de tehnică dentară;

b) exercitarea în calitate de medic dentist, în mod nemijlocit, de activități de producție, comerț sau prestări de servicii;

c) orice ocupație de natură a aduce atingere demnității profesionale de medic sau bunelor moravuri;

d) starea de sănătate fizică sau psihică necorespunzătoare pentru exercitarea acestei profesii, atestată ca atare prin certificat medical eliberat de comisia de expertiză medicală și recuperare a capacității de muncă;

e) folosirea cu bună știință a cunoștințelor în defavoarea sănătății pacientului sau în scop criminal.

Concluzii

Din analiza dispozițiilor art. 490 din Legea nr. 95/2006 a sănătății putem constata că nu poate fi identificată în cauză o situație juridică de incompatibilitate între funcția de medic la o societate comercială privată cu profil medical și cea de funcționar public. Mai mult decât atât, în cadrul art. 487 alin.(1) din Titlul XIII, Capitolul I al Legii nr. 95/2006 a sănătății, legiuitorul dispune că, în cazul în care un medic își întrerupe activitatea profesională sau se află într-o situație de incompatibilitate pe o perioadă mai mare de 5 ani, CMDR va reatesta competența profesională a acestuia în vederea reluării activității, ceea ce explică inexistența cazului de incompatibilitate între desfășurarea de activități profesionale de medic și de funcționar public, afirmație fundamentată pe scopul existenței unei continuități în profesie.

În acest sens, legiuitorul a dorit să asigure posibilitatea realizării de activități profesionale prin dispozițiile art. 558 alin.(1) din Legea nr. 95/2006 a sănătății, în condițiile în care medicii dentiști ce ocupau funcții publice în cadrul direcțiilor de sănătate publică județene puteau desfășura în afara programului normal de lucru activități profesionale, potrivit calificării pe care o dețineau, exclusiv în unitățile sanitare private.

De altfel, conform prevederilor Ordinului Ministerului Sănătății nr. 1078/2010 privind aprobarea regulamentului de organizare și funcționare și a structurii organizatorice ale direcțiilor de sănătate publică județene și a municipiului București medicii, conform cerințelor referitoare la studii nu puteau ocupa decât funcțiile de director executiv sau inspector control unități sanitare în cadrul direcțiilor sanitare județene, ceea ce identifică imposibilitatea aplicării regimului incompatibilităților constatat de ANI în această manieră și acestora.

Ori, exact situația prevăzută la actualul art. 558 alin.(1) din Legea 95/2006 era regăsită în cazul funcționarului public director executiv al unei instituții publice din domeniul sănătății ce desfășura și activitatea de medic în cadrul unei

societăți medicale private, în afara programului de lucru din instituției în cauză, aceste activități neafectând materia fondurilor publice.

În ceea ce privește un eventual tratament diferit aplicat funcționarului public evaluat de către inspectorii ANI, în sensul existenței unor fapte de discriminare raportate la maniera de efectuare a controlului, ipoteza nu se justifică în cauză, inclusiv raportat la lipsa unei situații comparabile a unui alt funcționar în cadrul aceleiași instituții, aflându-ne însă în situația unui abuz de drept.

Epoca afirmării juristului roman Florentinus

The age when Roman jurist Florentinus wrote his work

Petruț-George Bran¹

Abstract: The Roman jurist Florentinus wrote his *Institutes* during the Severan dynasty. Certain elements in his work are arguments that support that Florentinus was a contemporary of two other jurists, Ulpian and Iulius Paulus. Some authors claim that Florentinus wrote his work during the Antonine dynasty. However, the fact that he uses tripartition in discussing private Roman law (*ius privatum*), which was theorized by Ulpian, is a solid argument to place Florentinus during the age of the Severan dynasty.

Key-words: Gaius, Florentinus, Ulpian, Iulius Paulus, the bipartition/tripartition of private Roman law (*ius privatum*), the Antonine Dynasty, the Severan Dynasty.

1. Epoca Antoninilor (138-192 d. Hr.)

Juristul roman clasic Florentinus a scris *Instituțiunile* sale în Epoca Severilor. Anumite elemente prezente în conținutul operei sale sunt argumente conform cărora Florentinus a fost contemporan cu juriștii Ulpian și Paul. Există și autori care susțin că Florentinus a scris în Epoca Antoninilor. Însă folosirea tripartiției dreptului roman privat (*ius privatum*), care a fost teoretizată de către Ulpian, este un argument solid pentru a-l plasa pe Florentinus în Epoca Severilor.

A. Izvoarele de care dispunem

a) *divus Pius* (D. 41.1.16.). Primul izvor care ne-a parvenit, care poate servi datării epocii în care a trăit juristul Florentinus, este extras dintr-un pasaj al *Digestelor* lui Iustinian, provenind din cartea a șasea a *Instituțiunilor* lui Florentinus. Sintagma *divus Pius* indică cu siguranță că juristul clasic a scris după moartea împăratului Antoninus Pius, care a avut loc în anul 161 d. Hr.:

FLORENT. *libro sexto institutionum*

In agris limitatis ius alluvionis locum non habere constat: idque et divus Pius constituit [...].

b) *Indicele florentin*. Un alt indiciu pentru identificarea perioadei în care a scris Florentinus ne-a parvenit prin intermediul acestui izvor. În succesiunea juriștilor, Florentinus apare la numărul de ordine 19 între Cervidius Scaevola (18) și Gaius (20):

„XVIII. Κερβιδίου Σκαιβόλου [...] XVIII. Φλωρεντίνου [...] XX. Γαίου”.

¹ Profesor asociat, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, doctor în Drept civil-romanistic, Universitatea „La Sapienza” din Roma.

B. Interpretarea izvoarelor

a) Florentinus în epoca lui Marcus Aurelius (180 d. Hr.)

O anumită orientare a doctrinei romanistice tinde să considere că juristul clasic Florentinus probabil a trăit și a scris în epoca împăratului Marcus Aurelius. Această opinie implică faptul că Florentinus ar fi fost contemporan cu Gaius.

Schrage pornește de la opiniile lui Kunkel și Krüger pentru a identifica cronologia *Indicelui florentin* pentru juriștii Marcellus și Cervidius Scaevola; el ia în considerare izvorul *divus Pius* (D. 41.1.16) și *Indicele florentin* – care reprezintă nu doar indicele autorilor, ci și al operelor acestora – și atribuie *terminus a quo* pentru Florentinus în timpul împăratului Marcus Aurelius. Mai departe, cercetătorul nu găsește niciun indiciu pentru *terminus ad quem*, afară de faptul că Gaius este juristul care urmează lui Florentinus în același *Indice florentin*².

Unii cercetători nu indică izvoarele pe care își sprijină tezele privitoare la datarea lui Florentinus. Potrivit lui Pacchioni, Florentinus a trăit în timpul lui Gaius și a fost contemporan și cu Volusius Maecianus și Ulpianus Marcellus: „Oltre Gaio abbiamo, circa nel medesimo periodo di tempo, una serie di giureconsulti fra i quali meritano specialmente di essere menzionati Volusio Meciano, maestro di M. Antonino, Ulpiano Marcello e Fiorentino: il 1° autore di un *liber de assis distributione* dedicato a M. Aurelio e il 2° di vari acutissimi trattati di diritto civile; l'ultimo di un ampio trattato di istituzioni in XII *libri*.”³ Într-o altă lucrare, Pacchioni îl amintește pe Florentinus alături de cei mai iluștri juriști care își desfășuraseră activitatea între sfârșitul primului secol și până în timpul lui Marcus Aurelius: „Ma sotto i cinque buoni imperatori Nerva, Traiano, Adriano, Marco Aurelio, e Antonino Pio (98-160 d. C.), si ebbe una potente ripresa, che

² E.J.H. SCHRAGE, *Libertas est facultas naturalis. Menselijke vrijheid in een tekst van de Romeinse jurist Florentinus*, Leiden, 1975, 6: „De inscriptie van D.1.5.4: *Florentinus, libro nono institutionum* doet vermoeden, dat de aldus aangeduide lex oorspronkelijk afkomstig is van de Romeinse jurist Florentinus. Weinig is van hem bekend. Van zijn naam is alleen het cognomen overgeleverd, zodat hij onmogelijk langs prosopografische weg geïdentificeerd kan worden. Nopens zijn leven is de terminus a quo bij benadering vast te stellen met behulp van D.41.1.16 en met behulp van de aan de Digesten voorafgaande Index Auctorum. De vermelding van Divus Pius in D.41.1.16 doet vermoeden dat Florentinus na de dood van Antoninus Pius (138-161) (nog) leefde; de vermelding van Florentinus' naam in de Index Auctorum na Marcellus (die deel uitmaakte van het consilium van Antoninus Pius en Marcus Aurelius) en Cervidius Scaevola (die deel uitmaakte van het consilium van Marcus Aurelius) doet vermoeden dat hij ten vroegste onder Marcus Aurelius (161-180) heeft geschreven. Voor de terminus ad quem zijn geen andere aanwijzingen dan dat in de Index Auctorum de naam van Gaius onmiddellijk op die van Florentinus volgt.”

³ G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, Volume Primo. La Costituzione e le fonti del diritto, Innsbruck, 1905, 316. A se vedea o formulare asemănătoare în G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, Volume Primo, Storia della Costituzione e delle fonti del Diritto, Seconda edizione completamente rifatta ed ampliata, Milano – Napoli – Palermo – Roma, 1918, 320.

segnò il culmine dello splendore e della grandezza della romana giurisprudenza. I giuristi più illustri di questo periodo furono Giuliano, Celso *junior*, Celso *senior*, Pomponio e Gaio: meritano tuttavia di essere ricordati anche Nerazio (*libri regularum, responsorum, membranarum, libri XII institutionum*), Africano, scolaro di Giuliano (*quaestiones*), Marcello e Florentino.”⁴ Și Costa procedează într-o manieră similară: „Seguono a Pomponio e a Gaio, fioriti sotto Pio, Ulpio Marcello, Cervidio Scaevola ed altri minori giuristi, i quali tutti svolgono la loro attività principalmente sotto il regno di M. Aurelio. Sono tra costoro Papirio Giusto, autore di venti libri *de constitutionibus*, comprendenti il sunto delle *constitutiones* dei *divi Fratres*; Florentino, autore di dodici *libri institutionum*; Tarrunteno Paterno, noto per quattro libri *de re militari*, e fors’anche Papirio Frontone citato come autore di *responsa*.”⁵

Plescica consideră că juristul Florentinus a scris la jumătatea secolului al doilea d.Hr.: „[...] the jurist Florentinus (fl. 150 AD) [...]”⁶. Chiar dacă savantul nu afirmă nimic în legătură cu aceasta, el și-a bazat conjectura numai pe *Indicele florentin* care îl citează pe juristul Florentinus înaintea lui Gaius. Opinia lui Plescica este greșită, pentru că nu ține cont de izvorul *divus Pius* (D. 41.1.16), care indică, de fapt, că Florentinus a scris după moartea împăratului Antoninus Pius (161 d.Hr.).

b) Florentinus în epoca lui Commodus (192 d. Hr.)

Alți autori consideră că juristul clasic Florentinus a trăit în epoca împăratului Commodus. Potrivit lui Krüger, care își sprijină ipoteza fie pe izvorul *divus Pius* (D. 41.1.16), fie pe ordinea autorilor *Indicelui florentin*, juristul clasic Florentinus s-ar putea să fi trăit în epoca lui Commodus: „Etwa in die Zeit von Marcus oder Commodus [...] – In diese Zeit möchte ferner Florentinus gehören (nota 16: Es spricht dafür die Stellung in Dig. Index auct. 19 zwischen Scaevola und Gajus; dass er nach Pius geschrieben hat, zeigt Dig. 41, 1, 16.)[...]”⁷. Ferrini și Bonfante sunt alți doi cercetători care concordă cu Krüger în privința faptului că Florentinus a trăit până în epoca împăratului Commodus⁸. Brassloff, care pornește

⁴ G. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*, Terza edizione semplificata, riveduta e corretta del *Corso di diritto romano*, Torino 1935, 38.

⁵ E. COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano*, Milano-Torino-Roma, 1909, 103.

⁶ J. PLESCIA, *The Development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, XXXIV, 1987, 269.

⁷ P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, Leipzig, 1888, 193. A se vedea același text în P. KRÜGER, *Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, Zweite Auflage, München-Leipzig, 1912, 215.

⁸ C. FERRINI, *Sulle fonti delle „Istituzioni” di Giustiniano*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, XIII, Fasc. I, 1901, 111: „La collocazione dell’opera nell’indice fiorentino fa ritenere che l’opera fosse scritta verso i tempi di Commodo (v. Krüger, *Quellen*, p. 193 in nota: cf. p. 328); manca invero ogni indizio di età posteriore, mentre essa non può collocarsi prima della morte di Antonino Pio (fr. 16 D. cit.)” Cf. P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Volume Secondo, Quarta Edizione, Roma, 1934, 119, unde autorul – față de primul volum al aceleiași ediții, p. 390 – introduce și izvorul *Indicele florentin*, reluând în

de la opinia lui Krüger, dar evaluează numai *Indicele florentin*, identifică doctrina care afirmă că Florentinus aparține epocii lui Marcus Aurelius și Commodus. La această doctrină aderă și el însuși; așa se deduce din context, pentru că el critică curentul autorilor care susțin că Florentinus aparține epocii Severilor: „Einige Forscher (so Krüger) vermuten, daß F. der Zeit des Marc Aurel oder Commodus angehöre [...]” și „Für die erstere Annahme spricht der Umstand, daß F. im Index Flor. zwischen Scaevola und Gaius steht [...]”.⁹ Schulz, care pornește de la Krüger și Brassloff, luând în considerare, însă, numai *Indicele florentin*, afirmă că „[l]a posizione di quest’opera nell’*Index librorum*, dopo le opere di Marcello e prima di quelle di Gaio, in assenza di altre testimonianze, fissa la sua data. In ogni caso non c’è alcun argomento valido per porre l’autore nel periodo dei Severi.”¹⁰ Gorla reia opinia lui Schulz, dar consideră izvorul *divus Pius* ca fiind interpolat: „Al II secolo sembrano anche appartenere le *Institutiones* del pur sempre misterioso Fiorentino; anzi, esse potrebbero esser state scritte poco dopo quelle di Gaio (nota 97: Cfr. SCHULZ, *Gesch.*, cit., 189 = tr. it. 280 s. In D.41, 1, 16 (Flor. 6 *instit.*) si cita *divus Pius* e ciò comporterebbe la collocazione delle sue *Institutiones* in epoca posteriore a quelle di Gaio, ma di per sé il *divus* potrebbe anche essere correzione compilatoria (cfr. *divi Antonini* in D.1, 6, 1, 2, mentre il corrispondente Gai. 1, 53 dice *imperatoris Antonini*). Qualche elemento interno (cfr. *infra* testo e nota 101) sembra però confermare che l’opera istituzionale di Fiorentino fu composta dopo quella di Gaio.”¹¹

Potrivit lui Ferrini, care reia pe Krüger, epoca în care Florentinus și-a desfășurat activitatea este relevată în mod clar de *Indicele florentin*: „[...] Marciano o [...] Gajo o [...] Fiorentino (nota 1: Per Fiorentino l’epoca è data dall’Indice delle Pandette, che pur segue sostanzialmente l’ordine cronologico. [...]), i quali due ultimi non fiorirono oltre Commodus”¹² și „[...] Gajo o Fiorentino fioriti prima della morte di Commodus [...]”¹³.

În doctrina romanistică sunt prezente alte teze privind plasarea temporală a lui Florentinus în vremea lui Commodus, fără ca autorii să indice pe ce izvoare se bazează acestea. Potrivit lui Orestano, Florentinus „[g]iureconsulto romano del

această manieră gândirea lui Ferrini: „L’opera, giusta l’ordine dell’indice fiorentino delle Pandette, parrebbe scritta verso i tempi di Commodus, ed è certo posteriore alla morte di Antonino Pio.” (A se vedea același text în P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Volume Secondo, *Ristampa* della IV Edizione, Milano, 1959, 132).

⁹ BRASSLOFF, *Florentinus* 4, in *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, VI, 2, Stuttgart, 1909, 2755.

¹⁰ F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953², tr. it. Guglielmo Nocera, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, 280.

¹¹ F. GORLA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 357.

¹² C. FERRINI, *Sulla palingenesi delle Istituzioni di Marciano*, in *Rendiconti Accademia dei Lincei*, VI, 1890, 328.

¹³ *Ibidem*, 329.

secolo II d. Cr., svolse la sua attività all'epoca degli ultimi Antonini.”¹⁴ Wagner afirmă că Florentinus ar fi un contemporan mai tânăr de-al lui Gaius: „[...] Florentinus, ein später Zeitgenosse des Gaius [...]”.¹⁵ Potrivit lui Brutti, „[...] Fiorentino scrive durante l'età degli Antonini un manuale di *Institutiones* [...]”.¹⁶ Giomaro consideră că juristul Florentinus este „dell'età di Gaio e di Pomponio (il periodo degli Antonini, da Antonino Pio, elevato al trono nel 138, alla morte di Commodo, nel 193) [...]”¹⁷.

c) Jurist din secolul al II-lea d.Hr.

După trecerea în revistă a curentului din doctrina romanistică care îl situează pe Florentinus în epoca Antoninilor, observăm că alți autori îl plasează în mod vag pe Florentinus în al doilea secol d.Hr. O asemenea poziționare temporală depășește epoca împăraților Antonini și intră în aceea a Severilor.

Potrivit celor afirmate de Schanz, care își întemeiază raționamentul pe izvorul *divus Pius* (D. 41.1.16) și pe *Indicele florentin*, juristul roman Florentinus ar fi scris după epoca lui Antoninus Pius în al doilea secol d.Hr.: „Andere Juristen aus dem 2. Jahrhundert sind: [...] 8. Florentinus erscheint im Index Florentinus unter 19 zwischen Scaevola und Gaius; er schrieb nach Pius (Dig. 41, 1, 16) 12 Bücher institutiones”¹⁸.

Giario, care analizează numai izvorul *divus Pius* (D. 41.1.16), afirmă că Florentinus a scris *Institutiones* după epoca lui Antoninus Pius și cel mai târziu către sfârșitul celui de-al doilea secol d.Hr.: „[...] Verf. eines umfangreichen Lehrbuchs *Institutiones* (12 B.) aus der Zeit nach Antoninus Pius (spätes 2. Jh. n. Chr.)”¹⁹.

În fine, există autori care consideră că Florentinus aparține secolului al doilea d.Hr., dar nu afirmă nimic cu privire la izvoare. Potrivit lui De Francisci,

¹⁴ R. ORESTANO, voce *Florentino* ('*Florentinus*'), in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961 (Ristampa 1981), 373. Cf. A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli, 1968, 225. Anche il Guarino ritiene che Fiorentino appartenga all' „[...] epoca degli ultimi Antonini”.

¹⁵ H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius (Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile)*, Zutphen, 1978, 133. Cf. M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, 43 n. 153.

¹⁶ M. BRUTTI, *I giuristi tra II e III secolo d.C.*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1979, 496. Vezi același text în M. BRUTTI, *I giuristi tra II e III secolo d.C.*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, Seconda Edizione, Milano, 1989, 449.

¹⁷ A.M. GIOMARO, *Spunti per una lettura critica di Gaio 'Institutiones'*, Vol. II, Urbino, 1994, 10.

¹⁸ M. SCHANZ, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, Dritter Teil, Dritte Neubearbeitete Auflage von C. Hosius und G. Krüger, München, 1922, p. 199 și p. 201.

¹⁹ T. GIARIO, *Florentinus* [3], in *Der Neue Pauly: Enzyklopädie der Antike*, Herausgegeben von H. Cancik und H. Schneider, Altertum, Band 4 Epo-Gro, Stuttgart – Weimar, 1998, 564.

Florentinus este un „[g]iurista romano del sec. II d. C. [...]”²⁰. Și Berger se exprimă în manieră similară în ce privește perioada în care a trăit juristul clasic: „Florentinus. A jurist of the second century after Christ [...]”²¹. Jacotă susține că Florentinus a scris în al doilea secol²².

2. Epoca Severilor (193-235 d. Hr.)

A. Izvoarele de care dispunem

a) Acholius și Marius Maximus. Izvorul cel mai vechi este literar și își are originea în una din scrierile despre viețile împăraților romani, cunoscută de obicei sub numele de *Istoria Augustă*²³. Aelius Lampridius ne indică doi autori care atestă în lucrările lor faptul că Florentinus, precum și alți juriști, a fost discipolul juristului Papinian și a făcut parte din confidenții și aliații împăratului Alexander Severus. Cei doi autori sunt Acholius²⁴ (sec. III d.Hr.) și Marius Maximus²⁵ (sec. III d.Hr.). Fragmentul este acesta:

LAMPRIID., *Alex. Sev.* 68

Pomponius legum peritissimus, Alphenus, Africanus, Florentinus, Martianus, Callistratus, Hermogenes, Venuleius, Triphoninus, Metianus, Celsus, Proculus, Modestinus: hi omnes iuris professores discipuli fuere splendidissimi Papiniani, et Alexandri imperatoris familiares et socii, ut scribunt Acholius et Marius Maximus.

Hohl observă că, după termenul *amplissimus* din paragraful 68, în ediția venetă din anul 1489 s-a intercalat fragmentul citat mai sus care, în general, este acceptat²⁶. Potrivit celor afirmate de către cercetător, a suspectat Casaubonus deja că fragmentul ar fi interpolat²⁷. Autorul afirmă apoi că acel pasaj este în mod just

²⁰ P. DE FRANCISCI, voce *Florentino*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Roma, 1932 – X, 556.

²¹ A. BERGER, *Florentinus*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Series – Volume 43, Part 2, New York, 1953, 474.

²² M.V. JACOTĂ, *Dreptul Roman*, I, Iași, 1993, 155: „[...] Florentinus [...] a scris în sec. II”.

²³ Pentru variatele titluri atribuite culegerii ce conține aceste scrieri despre viețile împăraților romani a se vedea A. BELLEZZA, *Historia Augusta*, Parte Prima, Genova, 1959, 9 și urm.

²⁴ Despre Acholius cf. A. STEIN, *Acholius*, in *Prosopographia Imperii Romani* Saec. I. II. III, Pars I, Berolini et Lipsiae, 1933, 5 nr. 36.

²⁵ Despre Marius Maximus cf. L. PETERSEN, ‘*L. Marius Maximus Perpetuus Aurelianus*’, in *Prosopographia Imperii Romani* Saec. I. II. III, Pars V, Fasciculus 2, Berolini, 1983, 205 nr. 308.

²⁶ E. HOHL, *Scriptores Historiae Augustae*, Vol. I, Lipsiae, 1955, p. 305 și aparat critic 3: „*post amplissimus inculcavit editio Veneta anni 1489 haec quae vulgo recepta, sed partim iam Casaubono suspecta recte eiecerunt Pet et Jord.; desunt enim cum in R tum in S; cf. Ho., Klio XIII p. 420, adn. 4 [...]*”.

²⁷ Probabil Hohl se referă la această ediție: *Historiae Augustae Scriptores sex...* I. Casaubonus recensuit. Parisiis 1603, *apud* A. BELLEZZA, *Historia Augusta*, cit., 10.

eliminat de către Peter²⁸ și Jordan²⁹. Potrivit lui Hohl, fragmentul lipsește de fapt din manuscrise³⁰.

b) Indicele florentin

c) C. 3.28.8. În fine, există și o *constitutio* imperială din *Codex Iustinianus*, a doua ediție, din anul 534 d. Hr.:

CODEX IUSTINIANUS 3.28.8

IDEM A. FLORENTINO. *Parentibus arbitrium dividendae hereditatis inter liberos adimendum non est, dum non minus, qui pietatis sibi conscius est, partis quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere quarta ex iudicio parentis obtineat. Qui autem agnovit iudicium defuncti eo, quod debitum paternum pro hereditaria parte persolvit vel alio legitimo modo, etiamsi minus quam ei debebatur relictum est, si is maior viginti quinque annis est, accusare ut inofficiosam voluntatem patris quam probavit non potest.* PP. VII ID. FEBR. MAXIMO II ET AELIANO CONSS..

B. Interpretarea izvoarelor

a) Florentinus în epoca lui Alexander Severus (222-235 d. Hr.)

S-a mai considerat că juristul Florentinus s-a afirmat într-un interval de timp cuprins între a doua parte a celui de-al doilea secol și începutul celui de-al treilea secol d.Hr.³¹.

Doctrina mai veche, în schimb, căreia i se adaugă alte lucrări recente, îl plasează pe Florentinus în epoca împăratului Alexander Severus. Rudorff, care își întemeiază propria argumentare pe afirmația lui Aelius Lampridius în legătură cu ce au scris Acholius și Marius Maximus și pe izvorul juridic *Codex Iustinianus* 3.28.8, consideră că Florentinus „[...] wahrscheinlich ebenfalls unter Severus Alexander, ist [...] bekannt [...]”³².

Potrivit lui Diplovatatus, care ia în considerare numai cele afirmate de Aelius Lampridius în privința scrierilor lui Acholius și Marius Maximus, „[d]e isto [Florentino] dicit Elius Lampridius in vita Aurelii Severi Alexandri imperatoris in

²⁸ H. PETER, *Die 'Scriptores historiae Augustae', sechs litterar-geschichtliche Untersuchungen*, Leipzig, 1892.

²⁹ H. JORDAN, *una cum Francisco Eyssenhardt auctor editionis Berolinensis anni* 1864.

³⁰ Atât în R (codex Palatinus Latinus nr. 899 bibliothecae Vaticanae, saeculi IX), cât și în S (aici Hohl adună alte manuscrise distincte de Codex Palatinus).

³¹ CH. WIRSZUBSKI, *Libertas. Il concetto politico di libertà a Roma tra repubblica e impero*, Bari, tr. it. G. Musca, 1957, 9 nt. 1: „[...] Florentinus, giurista della seconda metà del secondo o del principio del terzo secolo d. C. [...]”. Cf. M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna, 1999, 16, care îl consideră pe Florentinus „[...] un giurista operante fra il secondo e terzo secolo d.C. [...]” și care pornește de la opinia lui Wirszubski.

³² A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, Erster Band. – Rechtsbildung, Leipzig, 1857, 199. A se vedea și BRASSLOFF, *Florentinus* 4, cit., 2755: „[...] andere [Forscher] (so Rudorff und die ältere Literatur) versetzen ihn [Florentinum] in die Zeit des Severus Alexander”.

fine, quod Alexander predictus imperator habuit Florentinum in eius consilio [...]»³³. Autorul ar fi trebuit să citeze în mod direct pe Acholius și Marius Maximus, pentru că Aelius Lampridius își întemeiază propria afirmație pe scrierile lor³⁴.

Karlowa critică doctrina care îl situează pe Florentinus în epoca lui Alexander Severus, pentru că, în opinia sa, ar lipsi o dovadă sigură în această privință. În plus, izvorul Aelius Lampridius, *Alex. 68* ar fi nesigur și nu ar fi relevant nici faptul că Florentinus nu este citat de niciun jurist din perioada antică târzie: „Den Florentinus setzt man allgemein auch in die Zeit des Severus Alexander, obwohl es an sicheren Beweisen dafür fehlt, denn als solche kann man die Angabe des unzuverlässigen Lamprid. Alex. c. 68 und den Umstand, daß er von keinem späteren Juristen citiert wird, nicht gelten lassen.“³⁵

Potrivit lui Wieling, în *Indicele florentin* juristul Florentinus este indicat la poziția XVIII (18): „INDEX II. JURISCONSULTORUM Chronologicus, *Numerus Romanus Florentinum Indicem designat. [...] XVIII. 28. FLORENTINUS*“³⁶. Datarea lui Wieling este, în schimb, alta: Florentinus este plasat după Papinian (26) și imediat înainte de Claudius Tryphoninus (29), acesta din urmă poziționat de către cercetător în epoca lui Alexander Severus. Astfel, s-ar putea spune că Wieling face din Florentinus un contemporan de-al lui Claudius Tryphoninus.

Alți autori îl plasează pe Florentinus în epoca lui Alexander Severus fără însă a indica izvoarele care susțin această teză. Cogliolo afirmă că Florentinus a trăit „[s]otto Alessandro Severo“³⁷. Potrivit lui Lenel, Florentinus a fost contemporan cu juriștii Ulpian și Paul: „FLORENTINUS – (ULPIANI ET PAULI, UT VIDETUR, AEQUALIS)“³⁸.

Querzoli invocă, în schimb, un argument care privește conținutul *Instituțiilor* lui Florentinus pentru a dovedi că juristul a fost contemporan cu Paul și, astfel,

³³ TH. DIPLOVATATIUS, *De claris iuris consultis*, Herausgegeben von Hermann Kantorowicz und Fritz Schulz, Erster Band, Pars Prior, Berlin und Leipzig, 1919, 322.

³⁴ A se vedea *supra* 2Aa) primul izvor pentru plasarea lui Florentinus în epoca lui Alexander Severus.

³⁵ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Staatsrecht und Rechtsquellen*, Erster Band, Leipzig, 1885, 751.

³⁶ ABR. WIELING, *Iurisprudencia restituta sive index chronologicus in totum iuris Iustinianei corpus*, Iac. Labitti, Ant. Augustini & Wolg. Freymonii, *nova tamen & faciliore methodo collectus...* In usum Auditorum animadversiones passim adjecit, ABRAHAM WIELING, Traiecti ad Rhenum, apud Iurianum Paddenburg, 1739, p. LXI și p. LXIII.

³⁷ G. PADELLETTI, P. COGLIOLO, *Storia del diritto romano*, Seconda Edizione, Firenze, 1886, 441 nt. n””.

³⁸ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis, Iuris Consultorum Reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque Iuris Prudentiae Civilis fragmenta Minora Secundum Auctores et Libros disposuit*, Volumen Prius, Lipsiae, 1889, 171. A se vedea aceeași ipoteză a lui Lenel în H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Florentinus*, în *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1907, 217: „Florentinus, Jurist, Zeitgenosse des Ulpian und Paulus [...]”.

ar fi putut să ajungă până în epoca lui Alexander Severus: Florentinus este „lettore dell’opera paolina” și a scris „tra il primo e il quarto decennio del III sec. d.C.”³⁹.

b) Sub Alexander Severus și ulterior (Maximinus Tracus)

În literatura romanistică s-a afirmat și posibilitatea ca Florentinus să aparțină unei epoci ulterioare celei lui Alexander Severus.

Potrivit lui Diplovatatus, care își întemeiază probabil propria opinie pe izvorul Aelius Lamprid., *Alex.*, juristul Florentinus „[f]loruit tempore Alexandri imperatoris et postea imperatoris Maximini, anno Christi 240. et anno mundi 5438”⁴⁰.

Grotius îl plasează pe Florentinus în grupul juriștilor (Venuleius Saturninus, Licinius Rufinus, Aemilius Macer, Herennius Modestinus, Hermogenian) care au trăit sub împăratul Alexander Severus sau după el: „[...] *Jurisconsultos qui sub Alexandro aut post eum vixerunt [...]*”⁴¹. Criticând izvorul Aelius Lamprid., *Alex.*, pe care întotdeauna l-a luat în considerare cu rezervă, autorul afirmă că nimic nu respinge conjectura că Florentinus a trăit în perioada ulterioară juriștilor Ulpian și Paul: „*Ego quanquam istum Lampridii locum merito habeam suspectum (ut supra aliquoties dixi) cum tamen nullæ in contrarium militent conjecturæ, aliquæ vero jam relatæ etiam illam confirmant sententiam, hunc Jurisconsultum Ulpiano & Paulo posteriorem fuisse statuo.*”⁴² Grotius consideră nesigur izvorul Aelius Lamprid., *Alex.*, însă nu furnizează vreo altă argumentație pentru propria ipoteză.

Terrasson afirmă că Florentinus ar fi fost un „[j]urisconsulte contemporain de Modestinus”⁴³. Autorul nu indică însă pe ce izvor își bazează ipoteza.

3. Ipoteze despre Florentinus

A. Izvoarele de care dispunem

a) Acholius și Marius Maximus (*apud Aelius Lampridius, Alex. Sev. 68*)

b) C.Th. 11.30.12 și C.Th. 12.1.8. Alte izvoare sunt două *constitutiones*⁴⁴ imperiale cuprinse în *Codex Theodosianus* al împăratului roman din Orient Teodosius al II-lea intrat în vigoare pe 1 ianuarie 439 d.Hr.: C.Th. 11.30.12 și C.Th. 12.1.8.

³⁹ S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino. Etica, natura e logica nelle ‘Institutiones’*, Napoli, 1996, 42. Vezi și *ibidem*, 7: Florentinus „molto probabilmente, insegnò e scrisse in età severiana”.

⁴⁰ DIPLOVATATIUS, *De claris iuris consultis*, cit., 322.

⁴¹ G. GROTIUS, *Vitae jurisconsultorum quorum in Pandectis extant nomina*, Lugduni Batavorum, 1690, 193.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ A. TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine*, Paris, 1750, 123 (Table des matieres).

⁴⁴ *CODEX THEODOSIANUS* 11.30.12

XI, 30, 12 (323 Apr. 13). IDEM A. AD FLORENTINVM. *Si nominatus magistratus aliquis refragetur, non appellatio, sed querimonia hoc dicitur, appellationis enim verbum in maioribus rebus dici oportet. Similiter et si ad exactionem annonariam nominatus de iniustitia queratur, non appellatio, sed querella hoc esse videbitur. Ideoque nec tempora*

c) Încă două *constitutiones imperiales* din *Codex Iustinianus* C. 3.28.8 și C. 6.30.2

CODEX IUSTINIANUS 3.28.8⁴⁵

CODEX IUSTINIANUS 6.30.2

IMP. ALEXANDER A. FLORENTINO MILITI. *Cum debitum paternum te exsoluisse adlegas, pro portione hereditaria agnouisse te hereditatem defuncti non ambigitur.* PP. VI ID. FEBR. MAXIMO II ET AELIANO CONSS..

B. Florentinus din *constitutiones* din *Codex Iustinianus* 3.28.8 e C. 6.30.2

a) Identificarea jurisconsultului Florentinus cu Florentinus din C. 3.28.8

Panzirolus, care își întemeiază propria argumentație pe existența unei *constitutio* a împăratului Alexander Severus (C. 3.28.8) și pe izvorul Aelius Lampridius, *Alex. Sev.* 68, presupune că juristul Florentinus ar fi același cu Florentinus din C. 3.28.8, căruia împăratul Alexander Severus îi adresează un *responsum*, și că ar fi ocupat de aceea vreo funcție publică în timpul împăratului mai sus-amintit: „LX. FLORENTIUS sub hoc tempus floruit. Ad eum enim in aliquo magistratu constitutum Alexander Imperator responsa dirigit, in cujus etiam consilio fuit, ut tradit Lampridius.”⁴⁶

b) Diferența între jurisconsultul Florentinus și Florentinus din C. 3.28.8. și din C. 6.30.2

appellationum servanda sunt, sed mox super huiusmodi querimoniis disceptandum. DAT. ID. APRIL. CONSTANTINOP(OLI) SEVERO ET RVFINO CONSS..

CODEX THEODOSIANUS 12.1.8

XII, 1, 8 (323 Apr. 13). IDEM A. AD FLORENTIVM. *Decuriones ad magistratum vel exactionem annonarum ante tres menses vel amplius nominari debent, ut, si querimonia eorum iusta videatur, sine impedimento in absolvendi locum alius subrogetur.* DAT. ID. APRIL. CONSTANTINOP(OLI) SEVERO ET RVFINO CONSS..

⁴⁵ A se vedea *supra* pct. 2, A, c.

⁴⁶ G. PANZIROLUS, *De claris legum interpretibus libri quatuor.* Acc...ALB. GENTILIS, *De Juris interpretibus dialogi sex, quibus tum Vitae Jctorum clarissimorum exponuntur, tum et fata restituti juris Romani ac jurisprudentiae novissimae origo, varia item academiaram historiam ilustrantia recensentur.* Cura D. CHRISTIANI GODOFR. HOFFMANNI. Lipsiae, 1721, 59. Cf. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 199 n. 23: „*Lamprid. Alex.68. L.8. C. de inoff. (3, 28) Imp. Alexander A. Florentino*” și G. PADELLETTI, *Storia del diritto romano*, manuale ad uso delle scuole, Firenze, 1878, 272: „FLORENTINUS: *Lamprid. Alex. 68. Cod. III, 28, 8.*” A se vedea și BRASSLOFF, *Florentinus* 4, cit., 2755: „[...] andere (so Rudorff und die ältere Literatur) versetzen ihn in die Zeit des Severus Alexander”; „[...] für die zweite Ansicht wird die Notiz Hist. aug. Alex. 68 ins Treffen geführt in Verbindung mit der Tatsache, dass F. bei keinem der späteren klassischen Juristen zitiert wird. Die Vertreter dieser Lehre identifizieren den Adressaten des Kaisererlasses Cod. Iust. III 28, 8 aus dem J. 224 mit dem Juristen F.”

Potrivit lui Roby, juristul Florentinus este diferit de acela numit în constituțiile lui Alessandro Severus din secolul al treilea. Autorul ajunge la această concluzie după ce observă că există o corespondență între constituția C. 3.28.8 și aceea conținută în C. 6.30.2. Destinatarul acestor două constituții imperiale este același, un anume Florentinus, care în C. 6.30.2 este numit *miles*, prin urmare nu este vorba despre juristul Florentinus: „In Cod. III. 28.1 8, VI. 30. 1 2 are constitutions of A.D. 223 addressed to Florentinus, but as in the second he is called *miles*, there seems no ground for connecting him with the author of the Institutes.”⁴⁷

C. Diferența între jurisconsultul Florentinus și Florentinus din C.Th. 11.30.12 și C.Th. 12.1.8.

După cum amintește Schrage, Schulz consideră că nu există niciun motiv pentru identificarea juristului Florentinus cu locțiitorul sau guvernatorul provinciei, numit în constituțiile C.Th. 11.30.12 și C.Th. 12.1.8⁴⁸.

4. Considerații critice

A. Critica lui Ferrini (1901). Florentinus contemporan cu Ulpian; argumentare

Ferrini afirmă că „[l]a collocazione dell’opera nell’indice fiorentino fa ritenere che l’opera fosse scritta verso i tempi di Commodo (v. Krüger, *Quellen*, p. 193 *in nota*: cf. p. 328); manca invero ogni indizio di età posteriore, mentre essa non può collocarsi prima della morte di Antonino Pio (fr. 16 D. cit.)”⁴⁹

⁴⁷ H.J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian’s Digest*, Cambridge, 1884, p. CCV. A se vedea, în acest sens, și KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Staatsrecht und Rechtsquellen*, cit., 751: „Der Florentinus, an welchen ein Rescript Alexanders vom Jahr 223 gerichtet ist (l. 8 C. de inoff. 3, 28), darf nicht mit dem Juristen identifiziert worden, denn dasselbe Reskript, welches noch einmal in l. 2. C. de iure delib. 6, 30 vorkommt, hat dort die Adresse: *Florentino militi*”; COGLIOLO in G. PADELLETTI, P. COGLIOLO, *Storia del diritto romano*, cit., 441 nt. n^o: „Sotto Alessandro Severo. Non è identico a quel Florentinus cui Alessandro scrisse un rescritto nel 223 in Cod. III, 28, 8”; F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1967 (4), 158 n. 8, *apud* SCHRAGE, *Libertas est facultas naturalis. Menselijke vrijheid in een tekst van de Romeinse jurist Florentinus*, cit., 6 n. 2.

⁴⁸ F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1967(4), p. 158 n. 8, *apud* SCHRAGE, *Libertas est facultas naturalis. Menselijke vrijheid in een tekst van de Romeinse jurist Florentinus*, cit., 6 n. 2: „Schulz wijst erop dat op grond van C.6.30.2 de in C.3.28.8 genoemde Florentinus een andere moet zijn dan de hierboven bedoelde. Verder is geen grond aanwezig om de hier bedoelde Florentinus te identificeren met de in C.Th.11.30.12 en C.Th.12.1.8 genoemde vicaris of gouverneur van een provincie. Daarvoor komt het cognomen te veel voor.”

⁴⁹ C. FERRINI, *Sulle fonti delle „Istituzioni” di Giustiniano*, cit., 111.

Folosirea de către Florentinus a tripartiției dreptului privat reprezintă, în schimb, un posibil argument în direcția că el este contemporan cu Ulpian. De aceea, Florentinus ar putea să fie plasat în epoca Severilor.

De aici urmează că Florentinus nu poate fi plasat înainte de Gaius și nu poate fi considerat un contemporan al său (cf. *Indicele florentin*, poziția 19), pentru că folosește tripartiția dreptului privat (*ius privatum*) enunțată de Ulpian în epoca Severilor, în timp ce Gaius cunoștea numai bipartiția dreptului privat.

*Divus Pius*⁵⁰ nu înseamnă în mod necesar că Florentinus a scris imediat după moartea lui Antoninus Pius; acest izvor, care este unicul întru totul de încredere, nu contrastează cu teza potrivit căreia, pentru motivul mai sus indicat, Florentinus este contemporan cu Ulpian.

⁵⁰ A se vedea și seria autorilor care urmează. Ei sunt prudenți pentru că evită să-l plaseze pe Florentinus în epoca Antoninilor și se limitează să observe că el a scris după Pius. A se vedea, în acest sens, ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, cit., p. CCV: „The only clue to his time is that he refers to a constitution of Divus Pius (D. XLI. 1. 16) [...]”; L. BOULARD, *L. Salvius Julianus. Son œuvre, ses doctrines sur la personnalité juridique*, Paris, 1903, 197. Florentinus este unul din puținii contemporani și succesori ai lui Salvius Iulianus care nu îl citează și nu împrumută nimic de la el: „Des contemporains et des successeurs de Julien mentionnés par l'Index Florentin, il en est donc bien peu qui ne citent le rédacteur de l'Edit ou ne lui fassent des emprunts. Ce sont Neratius et Celsus, d'ailleurs plus âgés que lui, Papirius Justus (nota 1: Krueger, *Sources*, p. 257.) dont nous ne possédons que dixhuit fragments (nota 2: Lenel, *Pal.*, I, p. 947 et suiv.), Florentin (nota 3: Krueger, *Sources*, p. 258; Lenel, *Pal.*, I, p. 171 et suiv.) [...]”. Deoarece Boulard îl citează pe Krüger (Florentinus în epoca lui Commodus) și pe Lenel (Florentinus în epoca Severilor) înseamnă că nu ia o poziție în ce privește plasarea temporală a juristului clasic; TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, Zweite Umgearbeitete Auflage, Leipzig, 1903, p. 111 și p. 117: „§20. Die Juristen von Pomponius bis Marcellus. [...] 45. Florentinus schrieb nach Pius (nota 52: D. XLI, 1, 16 (Divus Pius).)” (a se vedea același text în TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, Dritte Vermehrte und Verbesserte Auflage, Leipzig, 1909, 133); P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Volume II, Parte I, Seconda Edizione, Milano, 1938, 501 [critica lui KRÜGER]: „È dubbio se a questa epoca [«[s]otto il regno di Marco Aurelio o di Commodo [...]»] appartenga Florentinus, autore di dodici libri di *Institutiones* (nota 4: KRÜGER, *Quellen*², pag. 215.)”; A. STEIN, *Florentinus. 454*, in *Prosopographia Imperii Romani*, Saec.III.III, Pars III, 'Berolini et Lipsiae', 1943, 194: „454 Florentinus, iure consultus [...]. *Quando vixerit certa ratione definiri nequit, utique scripsit post Antoninum Pium dig. 41, 1, 16* ('divus Pius')”; H.F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 1952, 399: „FLORENTINUS, who must have been alive after the death of Pius, (nota 11: D. 41. 1. 16, *divus Pius*.) [...]”; W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Unveränderter Nachdruck der 2. Auflage von 1967, Böhlau Verlag Köln Weimar Wien, 2001, 217: „52. FLORENTINUS [...] schrieb frühestens unter Mark Aurel (vgl. D. 41, 1, 16: *Divus Pius*); er könnte jedoch auch einer späteren Zeit angehören”; TH. MAYER-MALY, 'Florentinus'.3., in *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike*, II, Stuttgart, 1967, 581: „F. schrieb, wie *divus Pius* in Dig. 41, 1, 16 geigt, frühestens unter Marc Aurel.”

B. Critica lui Ferrini (1890) și a lui Schulz (1953). Inexactitatea ordinii cronologice a *Indicelui florentin*

Ferrini consideră că ordinea *Indicelui florentin* este exactă: „Marciano o [...] Gajo o [...] Fiorentino (nota 1: Per Fiorentino l'epoca è data dall'Indice delle Pandette, che pur segue sostanzialmente l'ordine cronologico. [...]), i quali due ultimi non fiorirono oltre Commodo”⁵¹.

Luând în considerare datarea operelor juriștilor, și Schulz apreciază că plasarea operei lui Florentinus corespunde datelor care ne-au parvenit prin intermediul *Indicelui florentin*: „La posizione di quest'opera nell'*Index librorum*, dopo le opere di Marcello e prima di quelle di Gaio, in assenza di altre testimonianze, fissa la sua data.”⁵²

Opiniile lui Ferrini și Schulz privitoare la corecta ordine cronologică a *Indicelui florentin* sunt criticabile. Pentru a da un exemplu, la poziția II – poate totuși și pe baza unui criteriu valoric – a fost introdus numele lui Papinian mult înaintea lui Gaius (XX), în timp ce, cum se știe, Papinian a scris după Gaius, în epoca Severilor⁵³.

5. Concluzie. Florentinus în doctrina mai recentă

Un mare număr de autori, în mod prudent, evită să emită ipoteze asupra epocii în care a trăit juristul Florentinus, în absența unui studiu aprofundat cu privire la aceasta, și afirmă că juristul a scris după Antoninus Pius. În ciuda faptului că în doctrina mai recentă (a se vedea Querzoli 1996) s-a afirmat, cu argumente ce privesc conținutul *Instituțiilor*, că Florentinus a fost un jurist severian contemporan cu Paul, există autori care și acum îl plasează pe jurist în epoca Antoninilor, cel mai târziu spre finele celui de-al doilea secol d.Hr. (a se vedea Giaro 1998). Consider că Florentinus trebuie plasat în epoca Severilor în baza folosirii de către jurist a tripartiției dreptului privat (*ius privatum*) în fragmentul D. 1.5.4 pr.-1, care redă definițiile libertății și a sclaviei: FLORENT. D. 1.5.4 pr.-1, *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*⁵⁴. Această tripartiție a fost concepută de către Ulpian:

⁵¹ FERRINI, *Sulla palingenesi delle Istituzioni di Marciano*, cit., 328. A se vedea, în același sens, și BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Volume Secondo, cit., 119: „L'opera, giusta l'ordine dell'indice fiorentino delle Pandette, parrebbe scritta verso i tempi di Commodo, ed è certo posteriore alla morte di Antonino Pio” (a se vedea același text în BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Volume Secondo, *Ristampa* della IV Edizione, cit., 132).

⁵² F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953², tr. it. Guglielmo Nocera, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 280.

⁵³ Cf. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, cit., I, 804: „Aemilius Papinianus (Claruit sub Imp. Septimio Severo et Caracalla, interfectus est p. Chr. 212).”

⁵⁴ *Iustiniani Digesta. Liber primus. Digestele lui Iustinian. Prima carte*, traducere de T. Sâmbrian, Craiova, 2002, 99-100: „Libertatea este facultatea naturală a fiecăruia de a face

ULP. (D. 1.1.1.2), *privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*⁵⁵.

ceea ce îi place, afară numai dacă nu i se interzice ceva prin forță sau prin (*norma de*) drept. Sclavia este o stare după dreptul ginților prin care cineva este supus, contra naturii, stăpânirii altuia.” Expresia *naturalis facultas* se referă la *ius naturale*. Vezi și P.G. Bran, *Libertatea naturală (naturalis libertas) potrivit dreptului roman, în Pandectele Române*, nr. 2, 2015, p. 137. Cf. VOGGENSPERGER, *Der Begriff des „Ius naturale” im Römischen Recht*, Basel, 1952, 20-21. În opinia lui Voggensperger, dacă admitem faptul că sclavia este o instituție în totalitate de drept civil, care în principal este reglementată din punct de vedere juridic în *ius gentium*, dar și în *ius civile*, trebuie să ajungem în mod necesar la acceptarea unei antiteze între dreptul care a aprobat această instituție a sclaviei și cererile unui drept care sunt în contrast cu acesta (*ius naturale*): „Wenn wir von der Tatsache ausgehen, daß die Sklaverei ein zivilrechtlich vollkommenes Institut ist, das unter juristischen Gesichtspunkten hauptsächlich im *ius gentium*, aber auch im *ius civile* seinen Entstehungsgrund hat (nota 7: Vgl. Marcian Dig. 1, 5, 5, 1: Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili aut gentium: iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est: iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur aut qui ex ancilis nostris nascuntur.), so müssen wir notwendig zur Annahme eines Gegensatzes zwischen dem Recht, das dieses Institut akzeptiert hat, und den Forderungen eines Rechts kommen, dem es zuwiderläuft.” Vezi și P.G. BRAN, *Libertatea potrivit lui Florentinus și potrivit lui Montesquieu. Observații critice, în Pandectele Române*, nr. 6, 2015, 125 și n. 22.

⁵⁵ *Iustiniani Digesta. Liber primus. Digestele lui Iustinian. Prima carte*, cit., 28: „Dreptul privat este compus din trei părți; într-adevăr, el strânge la un loc precepte din dreptul natural, din dreptul ginților sau din dreptul civil”.